



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta tesis doctoral contiene un índice que enlaza a cada uno de los capítulos de la misma.

Existen asimismo botones de retorno al índice al principio y final de cada uno de los capítulos.

[Ir directamente al índice](#)

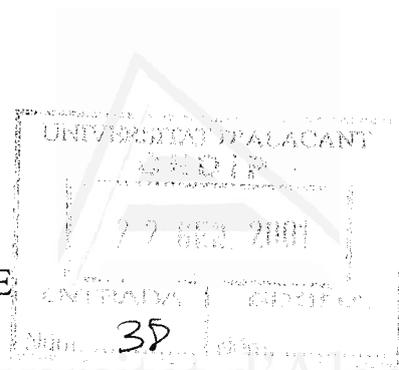
Para una correcta visualización del texto es necesaria la versión de [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriores

Aquesta tesi doctoral conté un índex que enllaça a cadascun dels capítols. Existeixen així mateix botons de retorn a l'índex al principi i final de cadascun dels capítols .

[Anar directament a l'índex](#)

Per a una correcta visualització del text és necessària la versió d' [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriors.

UNIVERSIDAD DE ALICANTE
FACULTAD DE DERECHO



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

**LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON EL ABOGADO
DEFENSOR COMO GARANTIA DEL DERECHO DE DEFENSA**

Trabajo de investigación presentado por Verónica López Yagües para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho, bajo la dirección del Prof. Dr. D. José María Asencio Mellado.



Alicante, enero de 2001



Universitat d'Alacant
A mi padre, las palabras sobran
Universidad de Alicante



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1º.	
IMPUTACIÓN PENAL Y NACIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA.....	9
1. EL IMPUTADO COMO SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL.....	9
1.1 <i>Preliminar</i>	9
1.2 <i>Nacimiento y consecuencias de la imputación penal</i>	21
1.2.1. La adquisición de la condición de imputado.....	23
1.2.2. La posibilidad de ejercitar la defensa.....	26
1.2.3. La imputación penal en el marco del derecho comparado europeo.	27
1.2.3.1. Su reconocimiento en la norma procesal francesa.....	27
1.2.3.2. La imputación en el Código Procesal Penal italiano.....	29
1.2.3.3. Las previsiones de la norma procesal portuguesa.....	31
1.2.3.4. Su tratamiento en la Ordenanza Procesal alemana.....	32
1.3. <i>Inmediata comunicación y consecuencias del retardo en el reconocimiento de la condición de imputado</i>	34
1.3.1. El conocimiento de la imputación en garantía de la defensa.....	34
1.3.2. El tratamiento de la cuestión en distintos ordenamientos procesales europeos.....	38
1.3.3. El derecho a la información acerca de la imputación formulada en contra que consagra nuestra LECrim.....	42
2. EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO.....	45
2.1. <i>El derecho de defensa: concepto y reconocimiento</i>	46
2.1.1. Fundamento o razón de ser del derecho de defensa en su doble vertiente. La necesaria complementariedad entre defensa material y formal.....	48
2.2. <i>Breve aproximación a la doble manifestación del derecho de defensa</i>	52
2.2.1. La defensa privada o autodefensa.....	53

	Índice
2.2.2. La defensa formal o técnica.....	65
2.2.2.1. Primera aproximación a la figura del defensor.....	68
2.2.2.2. La justificación de la intervención del defensor en el proceso.....	71
2.2.2.3. Sobre la relación que liga al Abogado y su cliente.....	76
2.2.2.4. La intervención del defensor como colaborador de la Jurisdicción.....	78
2.2.2.5. Vías de entrada del defensor en el proceso: la libre designación y el nombramiento de oficio.....	81
2.2.2.5.1. La libre designación de Abogado.....	82
2.2.2.5.2. La llamada al proceso de un defensor de oficio.....	84
2.2.2.6. La defensa técnica en el marco del Derecho comparado europeo.....	89
2.3. <i>Nacimiento del derecho a la defensa técnica y su obligatoriedad</i>	94
2.3.1. El régimen de intervención del defensor en el proceso.....	96
2.3.1.1. La obligatoriedad de la defensa técnica en las situaciones de detención y prisión provisional.....	98
2.3.1.2. La necesidad de la asistencia y defensa técnica del imputado en libertad.....	101
2.3.2. La participación del defensor en las distintas etapas procedimentales.....	105
2.3.2.1. La intervención del Letrado en las primeras diligencias de investigación. Especial referencia a la asistencia letrada reconocida al detenido o preso.....	107
2.3.2.1.1. La libre designación de Abogado o su nombramiento de oficio.....	107
2.3.2.1.2. La presencia del Abogado durante la práctica de esas primeras diligencias.....	110
2.3.2.1.3. La entrevista reservada al término de la diligencia.	116
2.3.2.1.4. El estado de la cuestión en el ámbito del Derecho comparado europeo.....	117
2.3.2.2. Especial referencia a la intervención del defensor durante la fase de instrucción o sumarial.....	122

2.3.2.2.1. Planteamiento general.....	122
2.3.2.2.2. Sobre la conveniencia y medida de la vigencia de las garantías de contradicción y publicidad de las actuaciones e igualdad de las partes en la instrucción.....	125
2.3.2.2.3. Aproximación al modelo de investigación e instrucción del proceso penal español.....	130
2.3.2.2.4. Acercamiento a la fase preparatoria del juicio en distintos ordenamientos procesales europeos.....	133
2.3.2.2.5. La intervención de las partes en el desarrollo de las investigaciones y la formación del material probatorio.....	138
2.3.2.2.5.1. Breve mención a la reforma italiana de 1995.....	146
2.3.2.2.6. El papel de la defensa durante el desarrollo de la instrucción.....	147
2.3.2.2.6.1. El defensor como garante de la legalidad de las actuaciones instructorias.....	150
2.3.2.2.6.2. La intervención del defensor en garantía de la contradicción.....	152
2.3.2.2.6.3. Conclusiones en cuanto a las posibilidades de intervención del Letrado y extremos de su actuación.....	155
2.3.2.3. La actividad del defensor durante el desarrollo del juicio....	162
2.3.2.4. La labor del Abogado defensor durante la fase de ejecución, en particular, de las penas privativas de libertad.	164
2.4. <i>La garantía de una defensa preprocesal eficaz en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos.....</i>	172

CAPÍTULO 2º.

EL DERECHO A LA LIBRE COMUNICACIÓN CON LETRADO COMO PRESUPUESTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA

TÉCNICA.....	179
---------------------	------------

1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO.....	179
1.1. <i>Introducción</i>	179
1.2. <i>Investigación penal versus libre desarrollo de la actividad de defensa</i> ..	182
1.3. <i>La garantía del libre desarrollo de la defensa en el marco del Derecho comparado europeo</i>	183
1.3.1. La singular protección conferida por el legislador procesal italiano.....	184
1.3.2. Su tutela en la norma procesal portuguesa.....	190
1.3.3. Las previsiones del legislador procesal francés.....	191
1.3.4. Peculiaridades de la Ordenanza Procesal alemana.....	194
1.4. <i>Las previsiones del legislador español al respecto de la protección del libre ejercicio de la defensa</i>	201
2. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN CON LETRADO COMO INSTRUMENTAL DEL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA TÉCNICA.....	209
2.1. <i>El reconocimiento y efectividad del derecho a la libre comunicación con Letrado en el ámbito del Convenio y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	213
2.2. <i>El reconocimiento y posibilidades de limitación del derecho en el ordenamiento jurídico español</i>	219
3. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS COMO DERECHO CONSTITUCIONAL DEL MÁS ALTO RANGO.....	223
3.1. <i>La significación de los Derechos Fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho</i>	224
3.2. <i>En torno a la limitabilidad de los Derechos Fundamentales. El carácter no absoluto del derecho al secreto de las comunicaciones</i>	228
3.3. <i>Límites a la actividad legislativa en el desarrollo de los Derechos Fundamentales</i>	232
3.3.1. Reserva de ley y absoluto respeto del contenido esencial del derecho.....	233
3.3.2. La exigencia de ponderación y proporcionalidad del límite.....	234
4. LAS POSIBILIDADES DE LIMITACIÓN DEL DERECHO A LAS	

COMUNICACIONES CON LETRADO A LA LUZ DEL CEDH Y LA JURISPRUDENCIA DE SU TRIBUNAL.....	238
4.1. <i>Las previsiones del Convenio y su interpretación por el TEDH.....</i>	239
4.2. <i>La Jurisprudencia del TEDH en torno a la posible injerencia en el derecho que consagra el Art. 8º del Convenio.....</i>	241
4.2.1. La exigencia de previsión legislativa.....	242
4.2.2. La necesaria persecución de una finalidad legítima y la exigencia de proporcionalidad y adecuación de la medida a su consecución.....	245
4.3. <i>La injerencia en el derecho a las comunicaciones con Letrado en la Jurisprudencia del TEDH.....</i>	248
5. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES: RECONOCIMIENTO Y LÍMITES.....	254
5.1. <i>Contenido y alcance del derecho constitucional a la libertad y secreto de las comunicaciones privadas.....</i>	255
5.1.1. El objeto de protección constitucional.....	257
5.1.2. Límites extraordinarios a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas: la suspensión del derecho ex art. 55 CE.....	262
5.1.2.1. La suspensión del derecho prevista en el art. 55.1º CE.....	263
5.1.2.2. La excepcional suspensión individualizada del Derecho Fundamental.....	264
5.1.3. Límites ordinarios a la restricción del derecho.....	267
6. A MODO DE EPÍLOGO Y PRÓLOGO. SISTEMATIZACIÓN DE LAS POSIBILIDADES DE LIMITACIÓN DEL DERECHO PARA UN PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PROBLEMÁTICA A ABORDAR.....	270
6.1. <i>Límites del derecho en el marco de la investigación criminal: la intervención de las comunicaciones del imputado a los efectos de la investigación y adquisición de futuras pruebas.....</i>	272
6.2. <i>La limitación del derecho en situaciones de privación de libertad con finalidad cautelar: la incomunicación de detenidos y presos.....</i>	274
6.3. <i>Aproximación a los límites previstos por el legislador penitenciario.....</i>	277



CAPÍTULO 3º.

LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON ABOGADOS, EN GENERAL, Y CON EL DEFENSOR EN PARTICULAR. SUS EXCEPCIONES.....	281
1. IDEAS PREVIAS.....	281
2. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES, EN ESPECIAL CON ABOGADOS, EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO....	284
2.1. <i>Aspecto general de la cuestión.....</i>	284
2.2. <i>El control de las telecomunicaciones en el Código procesal penal francés.....</i>	286
2.3. <i>Breve alusión a las previsiones contenidas en algunos otros ordenamientos continentales.....</i>	289
2.4. <i>El régimen de intervención de las comunicaciones personales en el ordenamiento jurídico alemán.....</i>	291
2.4.1. <i>El régimen general de intervención de las comunicaciones.....</i>	294
2.4.2. <i>Especiales previsiones al respecto de determinadas conductas delictivas.....</i>	301
2.5. <i>Las garantías previstas por el legislador procesal italiano.....</i>	305
3. LÍMITES A LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	311
3.1. <i>La intromisión en el desarrollo de las comunicaciones personales como medida instrumental a la investigación e instrucción penal.....</i>	312
3.2. <i>La insuficiencia de la regulación contenida en la norma procesal española.....</i>	316
3.3. <i>La intervención de las comunicaciones como medio de investigación y obtención de futuras pruebas: el art. 579 LECrim.....</i>	318
3.3.1. <i>Formas de injerencia en el ejercicio del derecho a la libre comunicación.....</i>	320

3.3.1.1. En torno a la noción de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones privadas.....	323
3.3.1.2. Los distintos modos de injerencia previstos en la norma procesal.....	329
3.3.1.2.1. Límites a la comunicación postal y telegráfica.....	329
3.3.1.2.2. Intervención u observación de las comunicaciones telefónicas.....	332
3.3.1.3. En torno a la naturaleza y fines perseguidos con su aplicación.....	335
4. PRESUPUESTOS Y LÍMITES PRECISOS EN ORDEN A LA LEGÍTIMA INTROMISIÓN EN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES.....	339
4.1. <i>Ideas básicas</i>	339
4.2. <i>Exigencias determinantes de la legitimidad constitucional de la medida de injerencia</i>	343
4.2.1. La observancia del principio de legalidad.....	344
4.2.2. La garantía de jurisdiccionalidad en el acuerdo de la injerencia....	346
4.2.2.1. La necesaria motivación de la resolución judicial.....	350
4.2.3. La proporcionalidad de la medida en orden a la satisfacción de una finalidad constitucionalmente legítima.....	356
4.2.3.1. La persecución de un fin relacionado con la investigación e instrucción de los delitos.....	357
4.2.3.2. La preexistencia o simultaneidad de la tramitación de un proceso.....	359
4.2.3.3. La necesaria existencia de una imputación delictiva de relevancia.....	360
4.2.3.3.1. La presunta comisión de un delito de carácter grave.....	364
4.2.3.3.2. La determinación del marco de posibles sujetos pasivos de la medida de intervención.....	370
4.2.4. La idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la intervención...	377
4.2.4.1. La necesidad y excepcionalidad de la medida.....	377
4.2.4.2. Su idoneidad y proporcionalidad <i>stricto sensu</i>	379

4.2.5. La proporcionalidad de la medida en atención a su duración: requisitos de carácter temporal.....	382
4.2.6. La necesidad de información al sujeto pasivo y práctica de la medida con todas sus garantías.....	386
4.2.7. La importancia del control judicial en el desarrollo de la medida.....	390
5. LÍMITES AL LEGÍTIMO ACUERDO DE INJERENCIAS EN EL DESARROLLO DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES.....	396
5.1. <i>Sobre la intervención de las comunicaciones del Abogado, como límite objetivo a la actividad de investigación y adquisición de fuentes de prueba.....</i>	397
5.1.1. Ilegitimidad de las medidas de injerencia directamente decididas sobre las comunicaciones del Abogado defensor.....	402
5.1.2. Excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones de los Abogados, en general, y del defensor del imputado, en particular.....	406
5.1.3. La necesaria exclusión, por ilegítimas, de medidas de vigilancia sobre las comunicaciones del imputado habidas con su defensor.....	408
5.2. <i>Distintas consideraciones y propuestas de reforma en torno a la injerencia en las comunicaciones habidas por razón de la defensa.....</i>	411
5.3. <i>Búsqueda de soluciones a los interrogantes planteados y propuestas de lege ferenda.....</i>	418
6. PRIMERA CONCLUSIÓN.....	425
 CAPÍTULO 4º.	
LÍMITES AL DERECHO A LA COMUNICACIÓN CON LETRADO EN SITUACIONES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD CON FINALIDAD CAUTELAR: LA INCOMUNICACIÓN DE DETENIDOS Y PRESOS.....	427
 1. RECONOCIMIENTO Y POSIBILIDADES DE LIMITACIÓN DEL DERECHO DEL IMPUTADO PRESO A LA LIBRE COMUNICACIÓN CON EL	

ABOGADO DEFENSOR EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO.....	428
1.1. <i>El ordenamiento procesal francés</i>	428
1.2. <i>Las previsiones del legislador procesal italiano</i>	433
1.3. <i>La norma procesal portuguesa</i>	440
1.4. <i>Las especialísimas medidas previstas en el ordenamiento jurídico alemán</i>	443
1.4.1. La libertad de la comunicación con el defensor.....	445
1.4.2. La sujeción a control del desarrollo de las comunicaciones.....	451
1.4.2.1. El control de la comunicación escrita.....	452
1.4.2.2. Especial vigilancia de las entrevistas celebradas en prisión.	454
1.4.2.3. Excepcionales medidas de absoluta incomunicación.....	455
2. PRIVACIÓN DE LIBERTAD CON FINALIDAD CAUTELAR Y DERECHO A COMUNICAR.....	459
2.1. <i>Distintas modalidades de cumplimiento de la medida cautelar adoptada</i>	465
2.1.1. La prisión provisional en forma atenuada.....	466
2.1.2. El régimen de cumplimiento ordinario: la prisión provisional comunicada.....	473
2.1.3. La prisión provisional incomunicada.....	476
2.1.3.1. Concepto y caracteres básicos.....	477
2.1.3.2. Necesaria observancia de la nota de jurisdiccionalidad en el acuerdo.....	479
2.1.3.3. La interinidad del estado de incomunicación.....	482
2.1.3.4. Ámbito de aplicación.....	484
2.1.3.5. Fundamento y fines perseguidos con su adopción.....	486
2.1.3.6. Contenido y efectos de la incomunicación judicial.....	492
2.2. <i>Primera valoración crítica acerca del concreto régimen de cumplimiento de la medida en forma incomunicada</i>	497
2.2.1. Sobre la legitimidad constitucional de la medida a la vista de la restricción de derechos en que se traduce.....	499
2.2.1.1. La posibilidad de impedir la relación con el defensor.....	501
2.2.1.2. La designación, en todo caso, de un Abogado de oficio.....	505

2.2.1.2.1. La cuestión relativa al respeto de la esencia del derecho a la asistencia letrada.....	507
2.2.1.2.2. Dudas en torno a la proporcionalidad de la medida arbitrada por el art. 527 a) LECrim.....	510
2.2.1.2.3. La aparente inconstitucionalidad de la medida desde su consideración como medida de exclusión del Abogado.....	515
2.2.1.3. La privación de la facultad de mantener comunicación reservada.....	516
3. APROXIMACIÓN A LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA COMUNICACIÓN DEL DETENIDO O PRESO CON SU ABOGADO DEFENSOR EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA: LA DETECCIÓN DE CIERTAS DISONANCIAS.....	523
4. EN TORNO A LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A COMUNICAR CON EL DEFENSOR EN SITUACIONES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD CON FINALIDAD CAUTELAR.....	528
4.1. <i>Incomunicación y restricciones del derecho a la asistencia y defensa técnica.....</i>	528
4.1.1. Obstáculos a la relación con el Abogado defensor.....	532
4.1.2. El error de entender la automaticidad de los efectos previstos.....	533
4.1.3. Su extrema repercusión sobre el fundamental derecho de defensa.....	534
4.2. <i>Conclusión crítica.....</i>	542
 CAPÍTULO 5º. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN CON ABOGADOS EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA. POSIBILIDADES Y LÍMITES.....	 545
I. INTRODUCCIÓN.....	545
II. BREVE APROXIMACIÓN A LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. LA SINGULAR CONDICIÓN DEL CONDENADO.....	547

1. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA EJECUCIÓN PENAL.....	550
2. CONSECUENCIAS DEL INTERNAMIENTO EN PRISIÓN. EL NACIMIENTO DE UNA ESPECIAL RELACIÓN DE SUJECCIÓN.....	553
3. LA CONFIGURACIÓN DE UN PARTICULAR ESTATUTO JURÍDICO DEL INTERNO.....	555
3.1. <i>Los derechos del interno en el marco constitucional</i>	556
3.1.1. El art. 25.2º de la Constitución española.....	559
3.1.2. El alcance de la triple limitación constitucionalmente prevista.....	562
3.2. <i>Los derechos penitenciarios del interno</i>	566
3.2.1. La restricción de la esfera de derechos inherentes a la condición de recluso.....	569
3.2.1.1. Concretos criterios de limitación de los derechos de carácter penitenciario.....	570
3.3. <i>El derecho del interno a la libre comunicación con el Abogado defensor en el ámbito penitenciario</i>	574
III. PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	577
1. PRELIMINAR.....	577
2. RECONOCIMIENTO Y LÍMITES DEL DERECHO A LAS COMUNICACIONES CON ABOGADOS EN PRISIÓN.....	581
2.1. <i>El desarrollo legislativo del derecho operado por la LOGP y su reglamento de ejecución: primera aproximación al régimen de comunicaciones y visitas</i>	586
2.1.1. <i>Ámbito de aplicación del régimen de comunicaciones y visitas previsto</i>	588
2.1.1.1. <i>Las posibilidades de comunicación con el exterior de la prisión. La configuración de regímenes diferenciados</i>	588
2.1.1.2. <i>Identificación de los sujetos intervinientes en el desarrollo de la comunicación. El interno como titular del derecho a comunicar</i>	591
2.1.2. <i>Ejercicio del derecho a comunicar con Abogados y Procuradores en prisión</i>	592

Índice

2.1.2.1. La necesidad de autorización de las comunicaciones, en general, y con letrados, en particular.....	592
2.1.2.2.La previsión de una triple modalidad de vías de comunicación autorizadas.....	597
2.1.2.2.1.Las comunicaciones orales del interno con letrado...	597
2.1.2.2.2.La libre correspondencia con Abogados.....	602
2.1.2.2.3. La comunicación vía telefónica.....	606
3.LA LIMITABILIDAD DEL DERECHO A MANTENER LIBREMENTE COMUNICACIÓN CON EL ABOGADO EN PRISIÓN.....	614
3.1. <i>Ideas previas</i>	614
3.2. <i>La posibilidad de suspender o intervenir las comunicaciones con letrados</i>	616
3.2.1. Especial naturaleza de las comunicaciones con Abogados.....	620
3.2.2. Requisitos exigidos para la limitación del derecho a comunicar.	
La necesaria concurrencia de un doble presupuesto legitimador....	621
3.2.2.1. Antecedentes doctrinales y jurisprudenciales.....	621
3.2.2.2. La solución del legislador expresada en el Reglamento Penitenciario de 1996.....	625
3.2.2.3.Análisis de los requisitos exigidos en orden a la legitimidad de la injerencia.....	630
3.2.2.3.1. El necesario acuerdo de la medida por “orden de la autoridad judicial”.....	630
3.2.2.3.2. Proporcionalidad de la medida y necesaria motivación de su adopción.....	632
3.2.2.3.3. La sola limitabilidad del derecho en el marco de los delitos de terrorismo.....	641
3.2.2.3.3.1. Breve aproximación al delito de terrorismo.....	642
3.2.2.3.3.2. La mayor intensidad de la injerencia estatal en el marco de estas graves conductas delictivas.....	646
3.2.2.3.3.3. En torno a las razones justificativas de esta discriminación delictiva. La concreta	

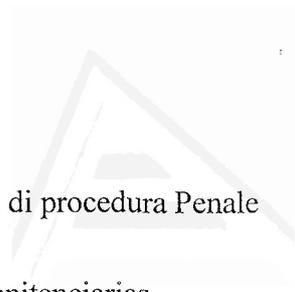
Índice

2.1. <i>Ideas previas</i>	712
2.2. <i>Efectos derivados de la legítima intervención de las comunicaciones personales y las consecuencias derivadas de su ilegitimidad</i>	716
2.2.1. Sobre el valor de eventuales manifestaciones autoincriminatorias del sujeto pasivo de la injerencia.....	718
2.2.2. Efectos derivados de la intervención de las comunicaciones del imputado con Abogados, en general, y con su defensor, en particular.....	724
2.2.2.1. Consecuencias de la ilegitimidad de la intervención de comunicaciones habidas por razón de la defensa.....	728
2.2.2.2. El supuesto excepcional que representa la imputación dirigida al defensor.....	732
2.2.2.3. El imposible empleo de manifestaciones del Letrado en las comunicaciones mantenidas en ejercicio de la actividad defensiva.....	736
2.2.2.4. La falta de virtualidad probatoria.....	738
3. PRIMERAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	742
4. ESPECIAL ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA ILICITUD PROBATORIA.....	750
4.1. <i>Ilegitimidad en la obtención y prueba de valoración prohibida</i>	751
4.2. <i>Posibilidades de alegación y reconocimiento judicial de la ilicitud probatoria</i>	757
4.2.1. La inadmisibilidad de la fuente de prueba ilícita.....	760
4.2.1.1. Ausencia de un trámite procesal específico para la alegación y declaración de la ilicitud probatoria.....	763
4.2.1.2. Difícil equiparación de las notas de ilicitud e impertinencia como causa de inadmisión probatoria.....	771
4.2.2. La imposibilidad de valoración del resultado probatorio.....	774
4.2.2.1. Sobre el alcance de la prohibición de valoración.....	775
4.2.2.2. La declaración de ilicitud de la prueba base o fundamento de la sentencia.....	783
CONCLUSIONES	787
BIBLIOGRAFÍA	801



ABREVIATURAS

ADP	Anuario de Derecho Penal
AJ	Actualidad Jurídica
AnwBl	(Revista)"Anwaltsblatt"
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BJC	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung 1.8.1959
BVerfGE	Bunderverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
Cap.	Capítulo
Cass. pen.	(Revista) Cassazione penale
CC	Código Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CJM	Código de Justicia Militar
Corte. cost. it.	Corte Constitucional italiana
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPPfr	Código Procesal Penal francés
CPPit	Código Procesal Penal italiano
CPPPort	Código Procesal Penal portugués



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

disp. att. CPPit	Disposizioni di attuazione del Codice di procedura Penale italiano.
DGIP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias
DF	Disposición Final
DT	Disposición Transitoria
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EGA	Estatuto General de la Abogacía
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
fasc.	Fascículo
FIES	Ficheros de internos de especial seguimiento.
FJ	Fundamento Jurídico
GG	Grundgesetz Ley Fundamental (Constitución alemana)
Giur. it.	(Revista) Giurisprudenza italiana
Gius. pen.	(Revista) Giustizia Penale
RJVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria.
JZ	(Revista) Juristenzeitung
LAJG	Ley de Asistencia Jurídica gratuita
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal de Jurado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPM	Ley Procesal Militar
marg.	marginal
MF	Ministerio Fiscal
NJW	(Revista) Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	(Revista) Neue Zeitschrift für Strafrecht
núm.	número
op. cit.,	obra citada
OP	Ordinamento penitenziario italiano
pág.	página
PIDCPo	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos



PJ	Policía Judicial
RAP	Revista de Administración Pública
Rass. penit. crim.	Rassegna penitenziaria e criminologica
RD	Real Decreto
Rev.	Revista
Rev. AP	Revista Actualidad Penal
Rev. Der. Proc	Revista de Derecho Procesal
Rev. Der. Proc. Ib.	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
REP	Revista Estudios Penitenciarios
REPC	Revista Estudios Penales y criminológicos
Rev. PJ	Rev. Poder Judicial
Riv. it. dir. e proc. pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista de Legislación y Jurisprudencia.
RP	Reglamento Penitenciario
RDJ	Revista de Derecho Judicial
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RVDPyA	Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje
RVEA	Revista Valenciana de Estudios Autonómicos
ss.	siguientes
SS	sentencias
STC	sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StPO	Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal alemana)
StV	(Revista) "Strafverteidiger"
StVollzG	Strafvollzugsgesetz Ley sobre ejecución de la pena privativa de libertad y medidas de corrección y salvaguarda.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STEDH	Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos

ETD	Tribunal europeo de Derechos Humanos
trad.	Traducido por
UvollzO	Untersuchungshaftvollzugsordnung (Ley de cumplimiento de la prisión provisional)
Vid.	véase
Vol.	Volumen
(v. gr.)	verbi gratia

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



INTRODUCCIÓN

No por inevitable deja de ser contradictorio ni es de fácil justificación el hecho de que el Estado Constitucional, que hace de los Derechos Fundamentales que reconoce a sus ciudadanos su espina dorsal, se sirva de la restricción de esos mismos bienes cuando se enfrenta a la necesidad de restaurar la paz social perturbada por la comisión del delito. En compensación, arbitra -como instrumento único de aplicación del *ius puniendi* que se reserva- un proceso de partes, gobernado por los principios de contradicción e igualdad, que no ha de ser sino marco de garantías para aquél que, merced a la imputación, adquiere en él la condición de parte y sujeto pasivo, a la que es inherente la titularidad del derecho de defensa.

Este último y el interés en su salvaguarda, particular del imputado, entra en colisión con el interés general en la persecución del delito y castigo del delincuente para satisfacción de las exigencias de seguridad de la comunidad y se resuelve en la intromisión en la esfera de derechos del primero. Esta injerencia estatal, sin embargo, puede sólo alcanzar legitimidad desde el punto de vista constitucional si en su acuerdo y aplicación se observan ciertos presupuestos y garantías derivadas, en esencia, del principio de proporcionalidad.

En ese trance, efectivamente, puede en particular hallarse el derecho que a toda persona asiste a la inviolabilidad de sus comunicaciones privadas, cuando, al servicio de los fines de investigación e instructorios se decide la aplicación sobre el presunto autor del delito o, quizás, sujetos distintos con los que se relaciona, de medidas limitativas que impidan su celebración o el levantamiento del secreto por el que han de venir cubiertas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Lo cierto es que el acuerdo e, incluso, la previsión misma por el legislador, como diligencias orientadas a la averiguación y obtención de elementos probatorios, de medidas de intervención de las comunicaciones del imputado cualquiera que sea su vía de transmisión -y, con mayor motivo, si afectan a sujetos ajenos a la comisión del delito- constituye uno de los puntos de mayor debate del proceso penal moderno, por razones en las que no es posible aquí profundizar y como consecuencia de una deficientísima regulación de la materia en la LECrim, frontalmente opuesta a las exigencias que al respecto se contienen en el art. 8.2º CEDH.

Es más, la nada infundada polémica que envuelve a la siempre delicada cuestión de la injerencia estatal en uno de los más preciados bienes del inculcado, se torna intensísima en aquellos supuestos en los que el derecho a comunicar sirve de soporte al ejercicio de otros derechos merecedores de idéntica protección constitucional y, en mayor grado si cabe, cuando el mismo resulta instrumental a la efectividad del elemental derecho de defensa, que se concibe como garantía procesal suprema.

En verdad, la intervención -como remitente o destinatario de las comunicaciones del imputado- del profesional de la Abogacía en ejercicio de las altas funciones de asesoramiento y defensa jurídica, hace obligado el manejo de nuevos parámetros conforme a los que ponderar la legitimidad de toda medida dirigida a la obtención de datos útiles a la investigación y quizás incriminatorios en contra de su defendido, restrictiva del derecho que a ambos corresponde a comunicar de forma libre y secreta.

A este respecto, es premisa básica de la que ha de partirse, la consideración del derecho a mantener comunicaciones reservadas con el Letrado como presupuesto esencial a la efectividad del fundamental derecho a la asistencia y defensa técnica; de ahí que, el prisma desde el que ha de darse tratamiento a la materia relativa a su limitación no sea tanto la garantía constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones que reconoce el art. 18.3º CE, cuanto la más elemental garantía de defensa, refrendada por el

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

art. 24.2 CE, en paralelo a lo dispuesto por el 6.3º b) y c) de la CEDH, que hace explícita la exigencia de otorgar al acusado del delito todas las facilidades necesarias para preparar su defensa y, a estos efectos, designar y mantener comunicaciones reservadas con un abogado de libre elección.

Es bien cierto que el éxito de la defensa en el proceso depende, no sólo de un puntual reconocimiento al imputado del derecho a recibir los servicios de un abogado, sino de la atribución a ambos de la facultad de mantener cuantos contactos orales o escritos precisen, de forma confidencial; pero, no lo es menos que al propio tiempo resulta preciso el reconocimiento en favor del Letrado de ciertas prerrogativas, en garantía de un libre y adecuado desenvolvimiento de la actividad defensiva.

Así concebidas, las especiales cautelas a las que se alude, y que carecen de refrendo en la norma procesal, habrían de traducirse en la configuración de un auténtico límite a las potestades de investigación del mismo juez penal que, en particular y por lo que al objeto de estudio interesa, impida la adopción de medidas de intromisión sobre las comunicaciones habidas por el abogado con su cliente u otros sujetos, en el ejercicio de las funciones que se le encomiendan, y que en todo caso responda a la necesidad preservar el secreto que debe envolverlas.

En este punto, la duda que se plantea e interesa resolver por su repercusión de todo orden es la relativa al alcance que habría de reconocerse a dicha previsión, en el intento de que la misma, lejos de convertirse en un privilegio profesional, constituya una garantía para el ciudadano que precisa de consejo y defensa técnica; cuestión ésta complicada, que anima a reflexionar en torno a la idea de si puede o no hallar legitimidad constitucional y, en su caso, en qué condiciones y bajo qué presupuestos es posible someter a vigilancia las comunicaciones habidas por el Letrado en cumplimiento de la misión que se le encomienda; ello, una vez superado el canon de proporcionalidad

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

determinante de la legitimidad de toda medida, como cualquiera de las aludidas, restrictiva de un derecho fundamental.

La concreción de tales extremos, sin embargo, es solo un primer paso, que ha de seguirse de la determinación de las consecuencias procesales que se derivan de la inobservancia de aquella suma de garantías, y que se resuelve en menoscabo del derecho de defensa constitucionalmente consagrado; propósito este último, que ha de conducirnos a la tan controvertida cuanto atractiva materia relativa a la ilicitud probatoria. Convendrá, en consecuencia, una aproximación a la doctrina de la "prueba ilícita" o "prohibida" -que, precisamente, en materia de intervención de comunicaciones personales es donde parece haber encontrado mayor hueco en nuestro sistema procesal- para, conforme a las pautas que suministra, impedir la recepción procesal de toda información nacida de la vulneración de un derecho fundamental como el que ahora ocupa.

En cualquier caso, no es apresurado afirmar que, por su instrumentalidad a la efectividad del derecho de defensa, del que no es siquiera clara su limitabilidad, la relación del imputado con su defensor se hace acreedora de la máxima protección del ordenamiento. La inviolabilidad, en principio intangible, de dicha garantía, ha de suponer un muro infranqueable a limitaciones del derecho que al primero asiste a la libertad y secreto de la comunicación con el defensor en todo estado y grado del proceso, que impidan su ejercicio mismo o el más absoluto respeto de la confidencialidad de su contenido.

Ello invita a profundizar en las razones sobre las que dicha regla se asienta para, desde mejor posición, dar respuesta a la delicadísima cuestión acerca de su absolutividad o el carácter sólo relativo de su formulación, en el sentido de afirmar el que la misma consienta en algún supuesto ser excepcionada. El silencio del legislador procesal español en ésta y en una suma de cuestiones directamente relacionadas con su solución complica enormemente la búsqueda, que ha de extenderse a un más amplio

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

espacio normativo; la respuesta que, en cambio, sí han recibido en distintos ordenamientos procesales del marco europeo, en lo positivo de su formulación, puede indudablemente servir de referente al legislador español de cara a la definitiva regulación de una materia de repercusión *socio-política* innegable.

A pesar de la dificultad, una mirada a ciertas previsiones contenidas en las normas procesal y penitenciaria permite constatar que, en atención a la necesidad de satisfacer intereses que el legislador entiende prevalentes puede hallar justificación la restricción del derecho del inculpado a la libertad y secreto de la comunicación con su defensor, en las situaciones de privación de libertad.

Ante esta realidad, son dos los puntos de interés a los que conviene atender y que, en cualquier caso, han de contemplarse desde la perspectiva que ofrece la convicción de que la falta de libertad del individuo, ya en cumplimiento de una medida cautelar, ya de la pena impuesta por sentencia, en absoluto implica el desconocimiento de su derecho a comunicar libremente con distintas personas, y en especial, con aquella a quien encomienda su defensa.

De una parte, es la misma LECrim la que abre paso a la posibilidad de acordar restricciones en la esfera del derecho, por razón del sometimiento del inculpado al extraordinario régimen de detención o prisión provisional incomunicada; este último, puede traducirse en un impedimento al sujeto que la padece de la relación con su defensor y, en cualquier caso, entraña una sustancial transformación de su fundamental derecho a la defensa que, si bien no es absolutamente ignorado, sí padece limitaciones intensísimas a partir de la restricción de las distintas facultades en que se descompone.

Por motivos que difícilmente pueden ser expresados como merecen en este espacio introductorio, son muy serias las dudas de legitimidad constitucional que planean sobre una medida que parece haber institucionalizado una inadmisibile

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

restricción de la esfera de derechos del ciudadano sometido a prisión provisional por su presunta participación en ciertos delitos de la máxima gravedad.

El equilibrio inestable en el que permanentemente se hallan, de un lado, la necesidad de asegurar el perfecto desarrollo de la instrucción y, de otro, la de hacer máxima la garantía del fundamental derecho a la defensa, se inclina en favor de la primera por voluntad del legislador, que hace oídos sordos a las exigencias que impone el principio de proporcionalidad de sacrificios de inexcusable observancia en ésta, como en toda materia en que se hallen implicados los derechos fundamentales de la persona constitucionalmente consagrados.

De otra parte, es el marco de la legislación penitenciaria donde se detectan las, aparentemente, más intensas injerencias estatales en el derecho que a todo interno asiste a mantener visitas y correspondencia con su abogado defensor; comunicaciones que, por su especial naturaleza, vienen sujetas al privilegiado régimen que diseñan la Ley y, en su desarrollo, el Reglamento Penitenciario, y que afecta por igual a todo interno con independencia de su situación procesal o penitenciaria.

El legislador penitenciario, en verdad, parece ignorar el singular estatuto jurídico que ha de otorgarse al preso provisional, beneficiado por la presunción de inocencia, frente al que corresponde al penado por razón de la especial relación de sujeción que le une a la Administración; diferente *status detentionis*, que habría de traducirse en sustanciales diferencias en cuanto a las posibilidades de limitación del derecho que a ambos asiste a la libre comunicación con abogados, en general, y con su defensor, en particular.

Así las cosas, se hace preciso examinar los más singulares aspectos del régimen de comunicaciones penitenciarmente previsto, en un intento de precisar la verdadera naturaleza jurídica de las medidas previstas por el art. 51.2º LOGP, que se adivina distinta a la arbitrada por el legislador procesal a los fines de averiguación e

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

instructorios; si se acierta en la predicción, también distintos habrán de ser los fines en atención a los cuales puede hallar justificación una medida restrictiva del derecho con relación al sujeto preso, de aquellos -no declarados abiertamente, pero que se presumen de carácter penitenciario- que justifiquen la limitación de las comunicaciones que celebre el penado en ejercicio del derecho a la asistencia y defensa técnica en cuyo disfrute ha de mantenerse, aun con las modificaciones derivadas de la relación penitenciaria.

Es, pues, impresión personal que el resultado de este estudio confirmará o despejará del todo, la idea de que la problemática que de por sí comporta la injerencia estatal en el desarrollo de las comunicaciones privadas -y, en especial, las que se celebran con abogados- se agudiza particularmente en el ámbito penitenciario.

Es cierto que la reforma de la norma reglamentaria de 1996 supuso un salto cualitativo enorme respecto de la regulación anterior, al incorporar la acertadísima doctrina sentada por el TC que permite afirmar la prohibición e ilegitimidad de intervenciones administrativas de las comunicaciones personales del privado de libertad; sin embargo, no puede silenciarse y es nuestro propósito poner de manifiesto en estas páginas, la dificultad con la que puede el interno ver satisfecho su fundamental derecho a la asistencia y defensa técnica, ante el desconocimiento de aquellos otros de cuya previa garantía depende que alcance en este marco el grado de realidad y efectividad que merece, como manifestación del más amplio derecho de defensa.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



CAPÍTULO 1º: IMPUTACIÓN PENAL Y NACIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA

1. EL IMPUTADO COMO SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL.

1.1. PRELIMINAR.

Que el proceso debe su existencia al principio de contradicción es algo que no puede ponerse en duda; uno y otro, en verdad, se hallan unidos por una auténtica relación existencial, de suerte que, el primero se concibe como estructura en la que dos sujetos exponen a un tercero que decide, sus opiniones en forma de controversia²; de ahí que se afirme que, "existirá proceso allá donde exista un Juez con partes justiciables en

¹ El principio de contradicción, como acertadamente señala GIMENO SENDRA, es inherente a la estructura del proceso y consustancial al mismo, de suerte que si éste falta, en absoluto puede hablarse de proceso sino antes, de un mecanismo de solución de controversias que encierra una fórmula autocompositiva. Vid. GIMENO SENDRA, V., con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1996, pág. 292. En el mismo sentido, BERZOSA, V., *Principios del Proceso*, "Rev. Justicia", 1992, pág. 560; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Barcelona, 1997, págs. 137 y 138 y asimismo, con BARONA VILAR, S., GÓMEZ COLOMER, JL., y MONTÓN REDONDO, M., *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, Tomo I, Valencia, 1999, pág. 318; UBERTIS, G., *Principi di Procedura Penale europea*, Milano, 2000, pág. 35.

En cuanto a la íntima conexión existente entre contradicción y proceso, véanse las SsTC 216/1988, de 14 de febrero y 42/1982, de 5 de julio.

² ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, 1960, pág. 92.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

igualdad de posturas, por lo que a ataque y defensa se refiere, con deberes y derechos recíprocamente señalados y teniendo la seguridad del derecho que se pronuncia"³.

Si, en verdad, el principio de contradicción es consecuencia de la estructura dialéctica del juicio⁴, aciertan quienes, como CALAMANDREI, lo entienden fuerza motriz y garantía procesal suprema⁵. El proceso penal, en consecuencia, no puede sino ser configurado como un proceso de partes que se traduce en la exigencia de un enfrentamiento entre tesis contrapuestas, y que ha de recibir solución de un órgano situado por encima de ellas⁶.

Sin embargo, a nadie se le escapa que la decisión de este último no llega a encerrar una certeza absoluta⁷, sino cierta convicción o verdad, sólo jurídica, que permite superar la duda planteada, precisamente, mediante la confrontación. La evidencia, en palabras de FOSCHINI, "no puede surgir sino de la oposición entre la acusación y su antitético pensamiento, cual es, la defensa"⁸. Es más, la primera sin el contrapunto de la defensa, no es tal acusación sino inmediata y definitiva condena, que hace del proceso

³ Son palabras de PRIETO CASTRO, de las que se hace eco CAROCCA, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, 1998, pág. 18.

⁴ GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Introducción al Derecho Procesal", op. cit., pág. 292.

⁵ La contradicción es, en opinión del autor italiano, un eficaz instrumento técnico, el dispositivo más apropiado para garantizar la exacta aplicación de la ley y la imparcialidad del juzgador. Vid. *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, 1960, pág. 148. De esta opinión se hace eco MONTERO AROCA a quien no escapa que el principio opera, pues, "no solo para mejor defensa de las partes, sino para el interés público de la Justicia". Vid. "Derecho Jurisdiccional", Tomo I, op. cit., pág. 324.

⁶ GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, pág. 28; CARNELUTTI, F., *Principi del processo penale*, Roma, 1960, pág. 95.

⁷ En efecto, resolver la duda planteada en torno a la inocencia o culpabilidad de la persona que se sospecha autor de ciertos hechos aparentemente delictivos, exige del juzgador una elección frente a la doble alternativa; y, es obvio que tanto mejor estará en condiciones de emitirla, cuanto con mayor claridad se encuentre ante una y otra de las dos soluciones posibles. CARNELUTTI, F., "Principi del processo penale...", op. cit., págs. 45 y 46.

⁸ FOSCHINI, G., *L'imputato. Studi*, Milano, 1956, pág. 26; entiende igualmente ARAGONESES que, la convicción de verdad no se logra sino después de haber examinado las opiniones opuestas a la acusación, en cuantas exposiciones completadas y razonadas puedan aducirse. Vid. "Proceso y Derecho Procesal", op. cit., pág. 5. En el mismo sentido, TRANCHINA, G., con PAGLIARO, A., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3ª ed., Milano, 1996, pág. 242.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

un instrumento represor con el que satisfacer los ánimos sociales de venganza, que en absoluto funciona como mecanismo eficaz en el hallazgo de la verdad⁹.

A este respecto, se ha llegado incluso a afirmar que, quien no garantiza la contradicción o confiere audiencia a la parte comete, por ese sólo hecho, una parcialidad¹⁰ en tanto no ha investigado sino la mitad de lo que le correspondía indagar. En tal supuesto, obtener una resolución acertada sería obra del simple azar¹¹, en merma de la efectiva realización de la Justicia penal en que ha de resolverse el proceso¹².

En conclusión a lo expuesto puede afirmarse que, la garantía de contradicción contribuye de forma decisiva al fortalecimiento de los fines procesales más inmediatos, y que se resumen en la actuación del derecho penal, mediante la declaración como existente o inexistente de la relación jurídica que nace del delito y su correlativo deber de persecución¹³. Pero, al propio tiempo sirve a la satisfacción de aquellos otros fines a

⁹ ASECIO MELLADO, JM^a., *El imputado en el proceso penal español, La restricción de los Derechos Fundamentales*, "Cuadernos del CGPJ", Madrid, 1993, pág. 65.

¹⁰ En opinión de JIMÉNEZ ASEÑO, la acusación sin el contrapunto de la defensa, no es sino venganza o crueldad. *La defensa penal*, "Rev. Derecho Judicial", núm. 7, 1961, pág. 29.

¹¹ GOLDSCHMIDT, J., *La imparcialidad como principio básico del proceso*, Buenos Aires, 1955, pág. 136. En este punto, y para garantizar el acierto de la decisión judicial y así, la realización de la Justicia, afirma el italiano CARNELUTTI que, aunque indispensable, no resulta garantía suficiente la imparcialidad del juzgador; el acusador, en la figura del Ministerio Fiscal y a diferencia del Juez que se encuentra por encima, está situado *inter partes* y, en ese sentido, ha de entenderse parcial; en opinión del autor, recuperar cierto margen de imparcialidad hace preciso que este primer combatiente tenga ante sí un adversario, toda vez que, en otro caso, se aproximaría al Juez, transgrediendo la misión que en realidad se le encomienda. "Principi del processo ...", op. cit., pág. 47.

Cierto es que, al Fiscal corresponde también hacer valer cierta defensa, pero no lo es menos que quien debe determinar el culpable y la culpa, difícilmente puede desprenderse de cierta predisposición o de apreciar sin prejuicio los motivos del imputado; y es por ello que, según entiende VERGÉ GRAU, no puede examinar "fríamente" y con objetividad los resultados de su esfuerzo para conseguirlo. *La defensa del imputado y el proceso acusatorio*, Barcelona, 1994, pág. 69.

¹² Es más, si lo que se pretende es el logro de un proceso penal eficaz, éste último, debidamente entendido, no es aquel a través del que obtener una condena segura y cierta, sino el que culmina en aquella que castiga al verdadero culpable. ASECIO MELLADO, JM^a., "Los derechos del imputado...", op. cit., pág. 65.

¹³ Son palabras de WACH, que recoge ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)*, "Rev. Der. Proc.", 1996, núm. 2, pág. 266. En este mismo sentido, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la LECRIM*, t. II, Barcelona, 1947, pág. 162; MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso penal español*, Pamplona, 1985, págs. 13 y 14.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

los que, como bien advierte GIMENO¹⁴, el proceso ha de dar igual satisfacción, habida cuenta de que su función no se reconduce a la exclusiva y mecánica aplicación del *ius puniendi* estatal, sino que se extiende a declarar, en su caso, la libertad del inocente, y la pronta y efectiva reparación a la víctima¹⁵.

En cualquier caso, su ya evidenciada estructura heterocompositiva, permite apreciar un segundo aspecto del proceso a partir de su concepción como marco de garantías.

En efecto, uno de los principales logros del sistema acusatorio es la configuración del proceso penal como un proceso de partes enfrentadas en condiciones de igualdad, en el que la defensa se dibuja como parte procesal que, opuesta a la acusación, ocupa el lado pasivo de la relación. Esto último, nos coloca frente a una de las dos facetas de la garantía de contradicción procesal de las que advierte MONTERO¹⁶, cual es su vertiente como derecho fundamental de la parte, complementaria de aquel otro aspecto -con el que al parecer alcanza virtualidad plena- que lo revela como mandato

¹⁴ GIMENO SENDRA, V., con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 44. De la misma opinión, ASENSIO MELLADO, JM^a., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 1998, págs. 27 a 29 y RUIZ VADILLO, L., *Estudios de Derecho Procesal*, Granada, 1995, págs. 37 y 129.

¹⁵ Entiende GÖSSEL como fines esenciales del proceso, a cuyo cumplimiento queda comprometido el Estado, el reestablecimiento de la paz jurídica y aquellos otros orientados en el sentido de la Justicia material. Vid. *Ministerio Fiscal y Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho*, "Cuadernos de política Criminal", 1996, núm. 60, pág. 616.

¹⁶ En particular, esta segunda faceta del principio se traduce en el otorgamiento a las partes de la posibilidad de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional. MONTERO AROCA, J., "Principios del proceso penal...", op. cit., págs. 139 y 140. Ello, obviamente, implica la necesidad de que las partes sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar, para conformar aquella resolución judicial, y de que conozcan y puedan debatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la misma. Del mismo autor puede verse, "Derecho Jurisdiccional, Tomo I, Parte General", op. cit., pág. 324, y de su misma opinión UBERTIS, G., "Principi di Procedura penale europea", op. cit., págs. 35 y 36.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

dirigido al legislador y relativo al modo de arbitrar el mecanismo procedimental en el sentido de garantizar el respeto de aquél derecho¹⁷.

Así, desde la perspectiva de su consideración como derecho de defensa y siempre sobre la base de la existencia de una dualidad de posiciones, la garantía de contradicción se manifiesta, en primer término, en la facultad de la parte de intervenir en el proceso y ser oída¹⁸; no en vano, la exigencia de contradicción se ha expresado en los brocardos latinos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari potest*, que en el sentido actual vendrían a significar que "nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y vencido en juicio"¹⁹.

La doctrina, aunque convencida de su necesaria observancia, parece inclinarse por una interpretación de la citada exigencia en términos no absolutos. Desde esta convicción, se afirma la necesidad de que en el proceso exista una contradicción bien real, bien potencial, que puede entenderse satisfecha otorgando a las partes la facultad, efectiva y real, de estar presentes²⁰ y ser escuchadas²¹.

¹⁷ Aunque íntimamente conectados, el principio de contradicción y el derecho de defensa -del que, el primero es presupuesto- en opinión de PEDRAZ PENALVA, no han de ser confundidos. Vid. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2000.

¹⁸ FAIRÉN GUILLÉN, V, *Doctrina general y Política del Derecho. Hacia una Teoría y Ley General Procesales*, Barcelona, 1990, pág. 36. Manifiesta el autor que, conforme a la máxima "ne absens dormetur", a cada una de las partes debe concederse una cantidad de oportunidades, "chances" en el decir de GOLDSCHMIDT, "para intervenir atacando, defendiéndose, probando (...), que ha de ser igual para ambas".

¹⁹ La doctrina alemana resume esta garantía en la máxima "*eines Mannes Red ist keine Red, der Richter soll die deal verhoeren beed*", que viene a significar que "la alegación de un solo hombre no es alegación. El Juez debe oír a ambas partes". Vid. ARAGONESES ALONSO, P., "Proceso y Derecho Procesal", op. cit., pág. 91.

²⁰ En realidad, como premisa básica de una efectiva contradicción, ha de entenderse la presencia de la parte en el proceso y, en particular, la del acusado es, según ha expresado BERZOSA, una obligación para el Estado y para aquél, un derecho irrenunciable. "Principios del proceso", op. cit., pág. 567.

Ahora bien, la exigencia de necesaria presencia del sujeto imputado -indisolublemente unida al principio de audiencia- se impone en una y otra de las dos grandes fases en que se estructura el proceso con distinta intensidad. Así, mientras el periodo de investigación e instrucción sumarial, preparatorio del posterior juicio, puede ser desarrollado sin su intervención, la fase de juicio oral -a salvo las excepciones a las que se refieren los arts. 791 LECrim respecto del juicio de faltas y los arts. 789.4, 791.4 y 793.1 todos ellos de la LECrim, en el ámbito del procedimiento abreviado- no

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Sin embargo, no puede ponerse en duda que la efectividad de dicha garantía requiere como presupuesto básico e inexcusable, la puesta en conocimiento de la parte tanto de la existencia del proceso cuanto de los términos en que la acusación haya sido formulada²²; información ésta²³, que habrá de ser inmediata y completa²⁴, a los efectos de posibilitar la intervención del sujeto en el proceso y el ejercicio en él del fundamental derecho de defensa²⁵.

En efecto, comunicada la imputación, se abre paso al posible desarrollo por la persona en ella indicada de cierta actividad procesal que se traduce en la facultad de alegar o introducir el material de hecho que ha de servir de soporte a su pretensión defensiva; pretensión, que no es otra que evitar aquella imputación, primeramente, y más tarde la condena. Pero, asimismo se manifiesta en la facultad de probar cuantas razones contribuyan a favorecer su posición en el proceso, a cuyo efecto podrá valerse de los distintos medios de prueba que el ordenamiento jurídico reconoce, sin más límite que el impuesto por la apreciación judicial de su utilidad y pertinencia.

puede tener lugar en ausencia del sujeto pasivo del proceso. Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1992 y MARTÍN OSTOS, J., *La posición del imputado en el nuevo proceso penal abreviado*, "Rev. Justicia", IV, 1989, págs. 813 y ss. Sobre el particular, véanse asimismo las SsTEDH de 12 de febrero de 1985 (Asunto COLOZZA c/ Italia), y de 6 de diciembre de 1988, (Caso BARBERÁ, MESSEGUÉ y JARABO c/ España).

²¹ RUIZ VADILLO, E., *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 111; en este mismo sentido, ARAGONESES ALONSO, P., "Proceso y Derecho Procesal...", op. cit., pág. 92.

²² ARMENTA DEU, T., "Principio acusatorio: realidad y utilización ...", op. cit., pág. 276.

²³ Esta particular manifestación de la garantía, traducida en el derecho de la parte a ser informada de la acusación deducida en su contra, será objeto de más detenido análisis, con ocasión del examen de la defensa y de los derechos que, como instrumentales a la misma, nacen con ella.

²⁴ Vid. STEDH 19 de diciembre de 1989, asunto KAMASINSKI. Como bien advierte UBERTIS, este derecho a ser informado posee una triple dimensión: "temporal" o la exigencia de que el inculpado la reciba en el más breve plazo, "formal", en el sentido de exigir la comunicación al mismo de la existencia de un proceso en contra por parte de las autoridades, esto es, de modo oficial, y en un modo no necesariamente escrito, en una lengua que comprenda -o con el auxilio de un intérprete en caso de desconocimiento del idioma empleado- y "sustancial" de suerte que la información alcance tanto a aspectos fácticos -los motivos- cuanto jurídicos -la naturaleza- de la imputación. Vid. "Principi di Procedura Penale europea", op. cit., pág. 41.

²⁵ SCHMITZ, R., *Das Recht auf Akteneinsicht bei Anordnung von Untersuchungshaft*, "Rev. Wistra", 1993, núm. 9, págs. 319 y 324.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En definitiva, conforme expresamente ha declarado nuestro Tribunal Constitucional, el principio de contradicción entraña "la facultad de alegar y probar, e intervenir en la prueba ajena para, de un lado, controlar su desarrollo y, de otro, contradecirla"²⁶. Esto último, conduce inevitablemente a afirmar que la garantía de contradicción precisa de un complemento indispensable cual es la garantía de la igualdad entre partes procesales.

Es, en verdad, incuestionable la existencia de una estrecha relación entre la garantía de contradicción e igualdad toda vez que la controversia y su solución es posible tras el choque de posturas equivalentes, desde posiciones iguales y no con imposición de una sobre otra, que implicaría autotutela²⁷. La observancia de esta segunda garantía procesal obedece, pues, a exigencias de doble orden.

De un parte, es claro que la presencia de contradicción -y, contradicción efectiva- hace ineludible la existencia de una igualdad potencial entre las partes, lo cual, implica reequilibrar las posiciones procesales enfrentadas. Este objetivo, si bien, puede sólo lograrse a través de un reforzamiento del lado de la balanza que ocupa la defensa, mediante la introducción de un defensor que pasa a integrar esa parte procesal.

Esta solución viene necesariamente impuesta por razón de la diferente condición en que se halla el acusador público, como técnico y experto en leyes, y la persona sometida al proceso que, por lo general y salvo excepciones, carece de aquellos conocimientos o, como en tono expresivo señalara CARNELUTTI²⁸, "de la sangre fría precisa para contrarrestar, por sí solo, la fuerza del primero". Es por ello que la doctrina, con enorme energía en unos primeros tiempos²⁹ y algo calmada en los más recientes³⁰,

²⁶ Vid. STC 176/1986.

²⁷ Cfr. CAROCCA PÉREZ, A., "Garantía constitucional de la defensa ...", op. cit., pág. 317.

²⁸ "Principi del processo penale", op. cit., pág. 46.

²⁹ Del todo gráficas resultan las palabras en su día pronunciadas por MARTÍNEZ DEL CAMPO, de las que se hace eco AGUILERA DE PAZ, E., en *Comentarios a la LECRIM*, Tomo II, Madrid, 1923, pág. 9. Coinciden ambos autores en la opinión de que "el Estado no llena su cometido de protección

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

aboga por la necesaria presencia de un defensor técnico en el proceso, en respuesta a esa exigencia de justo equilibrio entre partes contrapuestas.

De otro lado, y si se atiende ahora a la segunda de las vertientes de la garantía de contradicción aludidas, es claro que el cumplimiento de la función punitiva precisa del mencionado equilibrio, esta vez traducido en el conferimiento a acusador y acusado de idénticos poderes en el desarrollo del proceso, de suerte que, a uno y otro sean atribuidos medios parejos de ataque y defensa³¹.

Pero, lo cierto es que no parece posible afirmar una perfecta igualdad entre las partes procesales³². En realidad, se parte ya de posiciones desiguales³³ y en ocasiones, por imperativos del propio éxito del proceso, dicha igualdad debe ceder en favor o en contra de una de ellas³⁴.

al derecho individual con dar jueces imparciales, pues siendo el Fiscal-acusador experto en leyes, la igualdad entre acusador y acusado exige que éste tenga derecho a ayudarse de los consejos de alguien que, versado también en la Ciencia del Derecho, en condiciones semejantes, defienda en juicio con la serenidad necesaria a quien el interés o la pasión acaso contribuyan a cegar, y que dirija sus gestiones por los rumbos propios para el descubrimiento y manifestación de la verdad, cuya aparición judicial es muchas veces rebelde a los meros deseos, sin la ayuda de los debates contradictorios y de los choques de la acusación y de la defensa productores de la luz que busca el proceso".

³⁰ MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, págs. 36 a 38; asimismo, GIMENO SENDRA, V., *Constitución y Proceso*, Madrid, 1989, pág. 116 y JIMÉNEZ ASENJO, E., "La defensa...", op. cit., págs. 23 a 56.

³¹ Las posibilidades de intervención de cada parte, afirma sin reservas FAIRÉN, han de ser iguales para la contraria. Vid. "Doctrina general del Derecho Procesal", op. cit., pág. 36. Véase asimismo, UBERTIS, G., "Principi di Procedura Penale europea", op. cit., pág. 38.

³² CARNELUTTI, F., "Principi del processo ...", op. cit., págs. 47 y 101; En este punto, parece acertar DE FIGUEIREDO DIAS en algunos de los razonamientos de que se sirve para afirmar que "so pena de craso error", no puede entenderse como obligatorio el establecimiento de una igualdad matemática o siquiera lógica entre las partes; de ser así, habría de dirigirse la misma crítica a numerosas normas que, sin embargo, poseen un buen fundamento", como sucede con algunas referidas al sujeto imputado. *Sobre os sujeitos processuais no novo Codigo de Proceso Penal*, "Para una reforma del nuovo Codigo", op. cit., págs. 29 y 30.

³³ Véase la Exposición de Motivos de la LECrim de 1882.

³⁴ FAIRÉN GUILLÉN, V., "Doctrina general del Derecho Procesal...", op. cit., pág. 36; de la misma opinión CARNELUTTI, F., "Principi del processo...", op. cit., pág. 46.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ello no obstante, si como se apuntaba la garantía de contradicción implica la facultad de las partes de alegar y probar, es claro que la garantía de igualdad procesal ha de satisfacerse mediante el otorgamiento a ambas partes de idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación³⁵, de manera que cada una de ellas pueda valerse³⁶, cuanto menos, de los mismos medios de los que se sirva la parte contraria³⁷ para el logro de su respectiva pretensión.

De otra parte, bajo un prisma diferente puede hablarse de la consagración del proceso como única vía de realización del derecho de penar³⁸, en lo que -según la doctrina ha señalado³⁹- constituye una clara autolimitación del propio Estado en su poder de persecución del delito y castigo del culpable. Desde esta perspectiva, el proceso penal se entiende orientado a la salvaguarda del individuo frente a la imputación penal y así, preservado de todo eventual tratamiento injusto o inadecuado procedente de la maquinaria estatal⁴⁰.

³⁵ Según ha expresado nuestro máximo intérprete constitucional, "el art. 24 impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de promover el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de la acusación y defensa, que las partes cuenten con medios parejos para evitar el desequilibrio entre ellas y ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación". Vid. la STC 66/1989, de 17 de abril; y, en la misma línea que la anterior, las SsTC 27/1985; 190/1985; 47/1987; 155/1988; 226/1988; 101/1989, de 5 de junio.

³⁶ En opinión acertada de UBERTIS, la garantía que ha de reconocerse al inculpado de no ser colocado en "situaciones de desventaja tales que comporten el riesgo de una decisión fundada en elementos no sometidos al canon de la igualdad de armas, opera a lo largo de todo el arco procesal". "Principi di Procedura Penale europea", op. cit., págs. 37 y 38.

³⁷ La plena observancia de las garantías de contradicción e igualdad resulta precisa, en definitiva, para la consecución del proceso que CARNELUTTI idealiza como "duelo, sostenido noblemente entre combatientes con armas iguales". El autor es citado por BELLAVISTA, G., *Studi sul processo penale*, Tomo II, Milano, 1952, pág. 132.

³⁸ FAIRÉN GUILLÉN, V., "Doctrina General del Derecho procesal...", op. cit., pág. 21; GÓMEZ ORBANEJA, E., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Tomo I, op. cit., pág. 27; PISAPIA, GD., *Compendio di Procedura Penale*, Padova, 1979, pág. 11; RUIZ VADILLO, E., "El derecho penal sustantivo ...", op. cit., 204 y asimismo en "Estudios de Derecho Procesal, op. cit., pág. 37.

³⁹ GOLDSCHMIDT, J., "Problemas jurídicos y políticos ...", op. cit., pág. 8.

⁴⁰ GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., *Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal*, Rev. "Der. Proc. Iberoamericana", 1973, pág. 761. En este mismo sentido se pronuncia ASENSIO MELLADO, quien afirma la existencia de una iniciativa estatal potencialmente agresiva. Véase, "El imputado en el proceso ...", op. cit., pág. 63.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Como apunta BETTIOL⁴¹, las normas procesales han de entenderse como instrumento para la realización de la pretensión punitiva estatal frente al reo y, en consecuencia, la norma penal ha de actuar en defensa del primero contra el individuo que delinque; sin embargo, la misma ha de servir al propio tiempo a la defensa del ciudadano frente al Estado.

En consecuencia, parece acertado afirmar que, junto a aquella primera finalidad instrumental, al proceso se encomienda, aunque de forma velada, una función de garantía que responde a la permanente necesidad de conciliar los intereses enfrentados que al mismo subyacen, cuales son el interés general de defensa de la colectividad frente al delito, y el siempre opuesto interés individual o privado del sometido al proceso, en la salvaguarda de su libertad⁴².

Así las cosas, el proceso penal no puede sino ser configurado como un proceso de partes enfrentadas en condiciones de igualdad⁴³ en el que, por lo que aquí interesa, el titular del derecho amenazado puede intervenir activamente en calidad de sujeto procesal pasivo⁴⁴; este último, abandona la condición de mero objeto que asumiera en el ya superado proceso inquisitivo, en palabras de GÓMEZ ORBANEJA, "aquella persecución penal disfrazada bajo la vestidura de proceso"⁴⁵.

⁴¹ BETTIOL, G., *Scritti giuridici*, tomo I, Padova, 1966, págs. 307 y 308.

⁴² Vid. Exposición de Motivos de la LECRIM de 1882.

⁴³ Es éste para GIMENO SENDRA el principal de los logros del sistema acusatorio. Vid. "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 112.

⁴⁴ En cuanto al papel de protagonista del imputado en el proceso configurado a partir del s. XIX, es interesante la reflexión de MORENO CATENA, V., con COQUILLAT VICENTE, A., DE DIEGO DÉZ, A., JUANES PECES, A., DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., *El proceso penal*, Vol. I, Valencia, 2000, págs. 162 a 165.

⁴⁵ GÓMEZ ORBANEJA, E., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", op. cit., Tomo II, pág. 165. De forma gráfica expresa CORDERO que, en el modelo inquisitivo, el imputado era considerado un animal de confesión, del que había de fluir la información que llevaría a la condena; y esto último, con las técnicas "jurídicamente amorfas" que relatan ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, Autocomposición y autodefensa*, Méjico, 1970 y VAZQUEZ SOTELO, JL., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984, págs. 11 y ss. Vid. CORDERO, F., *Procedura Penale*, Roma, 1996, pág. 235.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

El proceso penal moderno convierte a la persona que al mismo se vincula como sujeto procesal pasivo que pasa a ostentar la titularidad de ciertos derechos al servicio de la efectividad de su defensa; derechos que podrá ejercitar, bien personalmente, bien valiéndose de los servicios de un defensor técnico. Ello, en realidad, constituye el eje fundamental en torno al cual se hace girar nuestra reflexión en el presente capítulo, pero también en los que le suceden, dedicados al examen del derecho a la libre comunicación con el defensor, instrumental del derecho de asistencia letrada y defensa técnica, a su vez, principal manifestación del más amplio derecho de defensa.

En el camino de aproximación a este último derecho fundamental parece oportuno, como primer paso, averiguar el modo y momento en que la persona adquiere su titularidad, y en consecuencia, la facultad de ejercitarlo plenamente, esto es, en su doble modalidad de autodefensa o defensa privada, y de defensa pública. A esta última, si bien, se dedica mayor atención, especialmente en esta parte de nuestra investigación en la que interesa un acercamiento a la relación que el sujeto pasivo del proceso mantiene con la persona a la que se encomienda el desarrollo de su defensa.

Con este propósito, una breve alusión a alguna de las manifestaciones de la defensa privada abre paso en nuestra exposición al debate en torno a la necesidad, o cuanto menos conveniencia, de la intervención de un letrado en el proceso; sujeto que, como en breve se tendrá ocasión de constatar, se incorpora e interviene en su desarrollo en cumplimiento de una misión trascendental al éxito de un proceso que, en cualquier caso, ha de ser respetuoso con los principios de contradicción e igualdad, público y sin dilaciones y, en definitiva, el proceso debido y con todas las garantías que eviten la indefensión constitucionalmente proscrita⁴⁶.

Lo cierto es que, sin obviar del todo el tratamiento del resto de etapas procedimentales, la fase de investigación o instrucción criminal es el marco en que, en

⁴⁶ Vid. Art. 24 de la Constitución española de 1978.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

un principio, interesa examinar con mayor detenimiento la efectividad del derecho fundamental de asistencia letrada y defensa técnica. Ello, habida cuenta del contrasentido que supone ser éste el periodo procesal en que se precisa con más fuerza de su garantía -por su repercusión en ulterior devenir del proceso- y, al propio tiempo, un espacio del proceso en que pueden constatarse intensísimas limitaciones en su esfera de ejercicio⁴⁷.

⁴⁷ Esta última circunstancia aconsejaba estrechar los márgenes a los que ajustar la investigación para, una vez conocido un primer modo de afectación del derecho a partir de la injerencia en el derecho instrumental a la libre comunicación como medio de investigación, examinar el modo en que el derecho viene garantizado en las situaciones de privación de libertad, inicialmente, con finalidad cautelar. Así, había de atenderse en primer término a la garantía -parece que reforzada- del derecho que se reconoce a todo detenido o preso, para de inmediato analizar distintas previsiones contenidas en la LECrim y que suponen, precisamente, la limitación de algunas de las manifestaciones del derecho, y en particular, la relación con el defensor y el desarrollo de la entrevista reservada posterior al interrogatorio.

No parecía, en cambio, conveniente prescindir absolutamente de referencias al reconocimiento y eventual limitación del derecho del imputado en distintos momentos procesales y, por razones en las que no conviene ahora profundizar, especialmente durante la fase de cumplimiento de las penas privativas de libertad. En este punto, se detectan ciertas disonancias entre los Textos normativos que contienen el régimen jurídico al que ha de quedar sujeto el privado de libertad con finalidad cautelar o en virtud de una sentencia de condena, que hacía inevitable la ampliación del objeto de este estudio.

Aunque quizás no sea éste el momento y lugar más adecuado para examinar dicha discordancia, puede adelantarse que la misma es consecuencia del sometimiento a un mismo régimen, cuando debiera ser diferenciado, del derecho que se estudia y en cuyo disfrute ha de mantenerse a todo interno al margen del diferente *status* jurídico que corresponde a su titular. Como en breve se tendrá ocasión de constatar, la condición de preso preventivo, al que ha de amparar la presunción de inocencia, no parece impedir la aplicación, con todo su rigor, de ciertas medidas previstas por la legislación penitenciaria que repercuten de forma directísima sobre la efectividad del derecho de asistencia letrada y defensa técnica.

1.2. NACIMIENTO Y CONSECUENCIAS DE LA IMPUTACIÓN PENAL.

Al igual que desde la perspectiva estructural del proceso se afirma la esencialidad de la garantía de contradicción, ha de considerarse la imputación penal como presupuesto necesario del proceso punitivo⁴⁸.

Ciertamente, la configuración del proceso precisa de una previa imputación, entendida como atribución de la comisión de un hecho, en apariencia delictivo, a una persona concreta con exclusión de cualquiera otra⁴⁹. Ello, inicialmente, sobre la base de una mera sospecha de participación del individuo que, a medida que el proceso avanza, evoluciona hasta convertirse en certeza -si bien, jurídica- con ocasión de la sentencia⁵⁰.

La imputación, en cualquiera de sus manifestaciones, determina la puesta en marcha del mecanismo procedimental en cuyo desarrollo queda involucrado un determinado sujeto, y alcanza virtualidad plena con ocasión del conferimiento a la persona que en ella se indica de la singular condición de imputado y parte pasiva del proceso que comienza; condición que, en esencia, se traduce en el reconocimiento de la titularidad y facultad de ejercitar el derecho de defensa.

⁴⁸ CARNELUTTI, F., "Principi del processo ...", op. cit., pág. 95; CONSO, G., *Instituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 1967, pág. 89. En el mismo sentido, MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 315 y 316.

⁴⁹ La imputación, según precisa GÓMEZ ORBANEJA, se dirige contra aquella persona que resulta sospechosa, en mayor o menor grado, de participación en un hecho que se presume delito. Vid. *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1982, pág. 60. Y, de igual modo, identifica ARAGONESES ALONSO al "imputado", con aquél sospechoso de criminalidad vinculado, más o menos fundadamente, al proceso. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1981, pág. 148.

⁵⁰ Cfr. FOSCHINI, G., "L'imputato ...", op. cit., pág. 5; y asimismo, CARNELUTTI, F., "Principi del processo...", op. cit., pág. 110. Ambos autores coinciden en señalar tres posibles situaciones en las que, de forma consecutiva, llega a encontrarse la persona a la que se atribuye la comisión de un hecho delictivo. Así, en primer lugar se refieren a un estado de sujeción a mera sospecha, -momento en que, en el derecho italiano, el sujeto recibe la denominación de "indiciado"; a continuación, durante el procedimiento preliminar, la persona queda sujeta a la verificación de la sospecha anterior, momento en el que pasa a ser designado como "giudicando" o "sottoposto a indagine"; y por último, se señala el sometimiento definitivo de la persona al proceso penal, supuesto en que puede ya hablarse de sujeto procesal pasivo o "imputado formal". Véase, en particular, FOSCHINI, G., "L'imputato....", op. cit., pág. 62.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ahora bien, en favor del sujeto imputado y orientados a garantizar la efectividad del mencionado derecho fundamental, se configura un auténtico estatuto jurídico conformado por un ramo de derechos⁵¹ que definen y, sin duda ninguna, benefician su posición en el proceso⁵².

De ahí que pueda afirmarse, y en ello se coincide con ASECIO⁵³, que la imputación penal lejos de conceptuarse como atentado o afrenta a los derechos del sujeto que la padece⁵⁴, se configura como garantía del mismo, por cuanto posibilita su intervención en el proceso y el ejercicio en él, de forma plena, del derecho de defensa; y de este modo, en particular y por lo que aquí interesa, el disfrute del fundamental derecho asistencia y defensa técnica en que aquél se manifiesta.

Ciertamente, el efecto que de la imputación penal se deriva posee una doble proyección procesal, de suerte que, si de una parte marca el punto de partida de la facultad de ejercitar la defensa, de otra, sirve a la delimitación fáctica del proceso, esto es, a la precisión de los márgenes dentro de los cuales se ha de desarrollar la investigación e instrucción de la causa.

⁵¹ Derechos que, como acertadamente señala MORENO CATENA, resultan instrumentales a la defensa y, en consecuencia, su ejercicio es presupuesto indispensable de la efectiva realización de este otro que entiende como derecho marco. Vid. *Algunos problemas del derecho de defensa*, en "La Reforma del proceso Penal", II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989, pág. 452.

⁵² No exagera ASECIO MELLADO cuando afirma que, el imputado ha de gozar de una posición no igual sino superior a la de las partes acusadoras, "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 63. En este mismo sentido se ha pronunciado RUIZ VADILLO, quien concibe el proceso como sistema de garantías en favor, especialmente del acusado que no tiene por qué igualarse en derechos al acusador; y en verdad, éste último carece de alguno de los que corresponden al primero, o los mismos cobran en su persona una inferior caracterización. Vid. "El derecho penal sustantivo...", op. cit., pág. 100.

⁵³ De este modo, como acertadamente expone el autor citado, la imputación adquiere una nueva dimensión de eficacia de los Derechos Fundamentales que excede del derecho de defensa, propio de un proceso penal democrático. "Los derechos del imputado...", op. cit., pág. 67.

⁵⁴ De lo que no duda CARNELUTTI, entre otros muchos autores, es de que la imputación penal por sí misma, ocasiona al imputado un descrédito y un sufrimiento -según expresa- tanto mayor, cuanto más grave es el delito del que se afirma la existencia. "Principi del proceso...", op. cit., pág. 95.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En efecto, la imputación se halla orientada y contribuye decisivamente a evitar el desarrollo de una actividad de pesquisa indiscriminada y de espaldas al sujeto que la padece que, en otro caso, se vería privado de todo medio para hacerle frente. Este enorme campo de posibilidades defensivas al que la misma parece abrir paso, despierta nuestro interés por analizar con mayor detenimiento alguna de las cuestiones que acaban de mencionarse.

En realidad, son dos los puntos de atención en torno a los que se hace girar nuestro análisis: en primer término, la determinación del momento en que la imputación penal ha de entenderse formulada y precisa ser puesta en conocimiento del sujeto a quien afecta, toda vez que dicho instante se hace coincidir con el del nacimiento del derecho de defensa. En segundo término, conviene hacer notar la importancia de un puntual reconocimiento a la persona de la condición de imputado, en orden a evitar toda merma a la efectividad del derecho de defensa que pudiera causar su retardo.

1.2.1. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE IMPUTADO.

Al abordar esta primera cuestión relativa al surgimiento de la imputación penal resulta preciso atender a lo dispuesto por la norma procesal de la que, sin embargo, no puede fácilmente extraerse un concepto claro de lo que por "imputación" debe entenderse.

Ello no obstante, si se atiende a lo expresado por el art. 118 LECrim, puede convenirse en su consideración como la sospecha de participación de una persona determinada⁵⁵ en la comisión de un hecho en apariencia delictivo. No es tampoco fácil la

⁵⁵ En opinión de GIMENO SENDRA, aunque sí más tarde, inicialmente no resulta precisa la identificación del sujeto imputado. Vid. "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 93. La misma idea defienden, entre otros, FENECH, M., *El proceso Penal*, Madrid, 1982, pág. 238; GÓMEZ ORBANEJA, E., "Comentarios a la Ley ...", Tomo II, Vol. I, op. cit., pág. 580; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", pág. 315; PRIETO CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, F., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1982, pág. 120. Cfr. CORDERO, F., "Proceso Penale",

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

precisión de las distintas fórmulas en que puede la imputación traducirse, habida cuenta de que la misma no necesariamente coincide con la decisión por la que el Juez confiere formalmente al individuo la condición de imputado⁵⁶.

En opinión de MANZINI⁵⁷ que parece acertada, no es preciso un acto jurisdiccional para atribuir la condición de imputado, antes al contrario, basta un acto del procedimiento. El pronunciamiento judicial antes aludido, viene precedido de cierta actividad orientada a confirmar o, en su caso, desvirtuar aquello que comenzó siendo simple sospecha; actuación ésta, que parece manifestar una voluntad de punir que vincula al ciudadano al proceso, y hace surgir la necesidad de defensa. La intervención del órgano jurisdiccional que llega más tarde -en caso de estimar fundada aquella primera impresión- sirve sólo para otorgar solemnidad a la que ya antes había de entenderse verdadera imputación penal⁵⁸.

En este sentido, es acertada la distinción por MORENO CATENA⁵⁹ entre la una "imputación judicial" y una segunda "imputación extrajudicial" que identifica con el desarrollo, por parte de órganos públicos y al margen del proceso, de la investigación de un hecho delictivo o, en virtud de la misma, con la restricción de los derechos del ciudadano sospechoso de su comisión. El autor, en cambio, advierte en la imputación judicial dos momentos claramente diferenciados.

op. cit. pág. 225; parece sostener lo contrario, CARNELUTTI, F., *Derecho Procesal Civil y Penal*, T. II. *Principios del Proceso Penal* (traducc. SENTIS MELENDO), Buenos Aires, 1971.

⁵⁶ Se alude así a la denominada "imputación judicial o formal" que tiene lugar con ocasión del procesamiento del individuo por apreciar el Juez en su contra racionales indicios de criminalidad. Vid. Art. 384 LECrim.

⁵⁷ *Tratado de Derecho Procesal Penal*, (traducc. por SENTIS MELENDO, S., y AYERRA REDÍN, M.), Tomo IV, Buenos Aires, 1953.

⁵⁸ Este parece SER el sentido de la distinción de CARNELUTTI entre "imputación preliminar" e "imputación definitiva". Vid. "Principi del processo...", op. cit., págs. 110 y 115.

⁵⁹ El autor se sirve de la distinción propuesta por LLERA, que parece del todo acertada. Vid. "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 341 y 342.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Inicialmente, ha de hablarse de una simple imputación, resultado de reconocer verosimilitud a ciertas manifestaciones de parte y más tarde su confirmación, esto es, una vez ha ganado fuerza la probabilidad de certeza y de culpabilidad del sujeto implicado. Este robustecimiento, según se desprende de lo expresado por el legislador español, ha de concretarse en la presencia de racionales indicios de criminalidad⁶⁰.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial se ha venido mostrando igualmente partidaria de asumir un concepto amplio y objetivo de imputación⁶¹, en la línea de interpretación seguida por el TEDH en su labor de exégesis de las disposiciones del Convenio de Roma⁶². En verdad, son numerosos los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional⁶³ que permiten entender formulada la imputación a través de todo acto procesal del que se derive, más o menos fundadamente, la atribución de un hecho delictivo a una persona determinada y con ello, el reconocimiento a la misma de la especial condición de parte procesal pasiva.

De lo ahora manifestado, no puede sino evidenciarse la simultaneidad temporal existente entre imputación penal y surgimiento del fundamental derecho de defensa; es más, la verificación de la primera abre paso de modo instantáneo a la posibilidad de

⁶⁰ En estos términos, precisamente se expresa el art. 384 LECrim cuando declara que, "desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada (...)".

⁶¹ UBERTIS, G., "Principi di Procedura Penale europea", op. cit., 39.

⁶² En efecto, distintos pronunciamientos vertidos por el Tribunal en asuntos sometidos a su conocimiento, entre los que merece especial mención la STEDH de 26 de marzo de 1982, caso ADOLF, parece acogerse una concepción material y no formal del término "acusación" que se contiene en el art. 6.1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante). En una ocasión distinta, en cambio, el término imputación se ha interpretado como aquella notificación oficial, proveniente de la autoridad competente, del reproche de haber cometido una infracción penal. Asunto DEWEER, de 27 de febrero de 1980.

⁶³ Entre otras y a título de ejemplo, pueden verse las SsTC 44/ 1985, de 22 de marzo; 66/1989, de 17 de abril; 135/1989, de 18 de julio; 54/1990, de 11 de marzo; 186/1990 de 15 de noviembre; 128 y 129/1993, de 19 de abril; si bien, un concepto de imputación más reducido por entender preciso el complemento de algunas fórmulas mediante la valoración circunstanciada del juzgador, puede verse en la STC 37/1989, FJ 3º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ejercitar la suma de facultades concebidas, precisamente, para dotar de realidad y efectividad a aquel derecho⁶⁴.

1.2.2. LA POSIBILIDAD DE EJERCITAR LA DEFENSA.

Con ocasión de la reforma operada por la ley de 1978 sobre el art. 118 LECrim, la norma procesal española adelanta el reconocimiento de la condición de imputado, al que aúna el nacimiento y disfrute pleno del fundamental derecho de defensa; así, desde que la imputación se manifiesta en cualquiera de sus formas viene reconocida al sujeto que la padece la facultad de intervenir activamente en el proceso para ejercerlo.

Pero, no bastando lo anterior y en un afán de verdadero garantismo, el legislador procesal se ha detenido en precisar, de modo más o menos completo, el conjunto de situaciones que permiten traslucir la imputación. Esto último con el propósito, parece que logrado, a pesar de alguna dificultad interpretativa, de ampliar y objetivar recortando la libre apreciación judicial, el modo y momento en que la persona, por su condición de imputada, puede valerse de los distintos derechos que configuran dicho *status* jurídico.

La necesidad de no extralimitar el objeto de esta investigación, lamentablemente, impide dar tratamiento individualizado a las distintas formas de imputación legalmente previstas⁶⁵; sin embargo, conviene hacer notar que sea cual fuere

⁶⁴ El adelanto del surgimiento del derecho de defensa al momento mismo de la imputación, en opinión de VERGÉ GRAU, entraña la ventaja de evitar, de un lado, el avance de una investigación inquisitiva y, de otro, el tratamiento de quien recibe la imputación como testigo, en sacrificio de sus derechos. Esta anticipación, sin embargo, ha de acompañarse de un refuerzo de las garantías y, en un primer momento, del derecho a la información acerca de la imputación formulada, que habrá de ser inmediata y, en consecuencia, oral con independencia de su constancia escrita. Vid. VERGÉ GRAU, J., "La defensa del imputado...", op. cit., págs. 54 y ss.

⁶⁵ Para un conocimiento en profundidad, véase ASECIO MELLADO, JM^a., "Los derechos del imputado en el proceso penal español", "Cuadernos CGPJ", op. cit., y así mismo en "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 74 y ss. Igualmente interesante es el tratamiento de esta cuestión por VERGÉ GRAU, en su obra "La defensa del imputado y principio acusatorio", op. cit., págs. 47 y ss.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

la fórmula a través de la cual la imputación sea inferida, el efecto que se genera no es otro que el reconocimiento a la persona de la condición de sujeto pasivo del proceso y, en consecuencia, de la facultad de ejercitar en él la defensa.

Esta actividad defensiva, en efecto, puede ser desarrollada por el mismo imputado personalmente, en lo que constituye la llamada "defensa privada", "material" o "autodefensa", valiéndose desde un primer momento de cuantos derechos hacen posible su efectividad. En otro caso, el titular del derecho confía su ejercicio a un sujeto distinto, que orienta su actuación en el proceso a la salvaguarda de sus derechos e intereses, en desarrollo de lo que se ha dado en llamar "defensa formal", "pública" o "técnica".

Abordar a continuación, como es nuestro propósito, el análisis de esta doble modalidad de ejercicio del derecho de defensa, aconseja un previo acercamiento a lo previsto al respecto en distintos ordenamientos jurídico-procesales del marco europeo, al que se dedican las páginas que suceden.

1.2.3. LA IMPUTACIÓN PENAL EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO.

1.2.3.1. Su reconocimiento en la norma procesal francesa.

En el proceso penal francés, la "mise en examen" -expresión, que sustituye al tradicional término "inculpación" que, según lo alegado por los redactores de la reforma, evoca a oídos profanos una prematura culpabilidad del sujeto implicado⁶⁶- procede, cuando en contra de una persona existan indicios "que hagan suponer que ha participado como autor o cómplice" en los hechos que están siendo sometidos a conocimiento de la

⁶⁶ En opinión de CHAMBÓN, sin embargo, resulta un tanto inútil esta modificación operada en la norma francesa, habida cuenta de que la misma no varía la realidad de la imputación de los hechos y en nada favorece a la persona por ella afectada. *Le juge d'instruction*, 4ª ed. Paris, 1997, pág. 151. De la misma opinión, ADER, H., *La procédure pénale bilan des réformes depuis 1993*, (dir. ROUJOU de BOUBÉE), con HUET, JM., MAIESTRE DU CHAMBON, P., Paris, 1995, pág. 61.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

jurisdicción de instrucción⁶⁷. En verdad, la misma no obedece a una formalidad particular y, normalmente tiene lugar con ocasión del interrogatorio de primera comparecencia que debe acordar el Juez sobre la persona que, según entiende, ha de ser sometida al proceso.

Ahora bien, el Código Procesal penal francés -en adelante, CPPfr- prevé diferentes formas de atribuir la condición de imputado; así pues, puede también tener lugar a través del envío de una carta certificada en la que consten y se den a conocer, los hechos que le son imputados y su calificación⁶⁸; pero igualmente, supone imputación de la persona, la misma notificación llevada a cabo por un oficial de Policía a quien el Juez de instrucción ha encomendado esta misión⁶⁹.

Según puede verse, tras la reforma operada por ley de 4 enero de 1993, la norma procesal francesa diseña un complejo régimen de imputación conforme al cual, a partir de la expedición de ciertos mandatos⁷⁰, si bien la persona no llega a adquirir la condición de parte procesal, se verá beneficiada de cuantos derechos se reconocen al

⁶⁷ Art. 80.1º del CPPfr.

⁶⁸ No se prevé, en cambio, dar aviso de esta última al acusador público, en lo que a juicio de MAYAT encuentra quizás justificación en su innecesariedad, habida cuenta de la falta en el derecho procesal francés de una vía de control sobre dicha decisión judicial, a salvo en los supuestos de imputación tardía. Vid. *Procédure Pénale*, Paris, 1996, pág. 180.

⁶⁹ Esta última y la anterior forma de imputación permiten al órgano jurisdiccional proceder inmediatamente al interrogatorio sobre el fondo, de la persona así notificada, durante el curso de la primera comparecencia.

⁷⁰ La referencia a estos últimos se contiene en los artículos 122 a 136 del CPPfr. Asimismo, la condición de imputado se extiende a la persona indicada por la parte civil en su denuncia, en ausencia de requisitoria del Ministerio Fiscal, desde el interrogatorio de primera comparecencia, por cuanto según lo prevenido en el art. 104, la misma se beneficia de ciertos derechos reservados al inculpado, cuya titularidad adquiere con independencia de la falta de su cualidad de parte procesal.

En la hipótesis inversa, la persona indicada en la requisitoria, sea o no indicada por la parte civil, adquiere dicha condición con anterioridad al interrogatorio de primera comparecencia y, si bien es entendido por el Juez como testigo, según el art. 105.3 al mismo corresponderán cuantos derechos se reconocen al sujeto sometido a imputación. CHAMBON, P., "Le juge d'instruction", op. cit., pág. 157.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

sujeto formalmente imputado; en particular, el derecho a ser asistido por Abogado y consultar el sumario⁷¹.

1.2.3.2. La imputación en el Código Procesal Penal italiano.

El derecho procesal italiano, por su parte, afirma la existencia de un sujeto imputado desde el momento en que existe proceso, esto es, cuando el Ministerio Fiscal le da apertura a través de un acto transitorio que se identifica con la "imputación"⁷².

En atención, pues, a lo que dispone el art. 60 del Código Procesal Penal italiano -CPPit, en adelante- asume la condición de imputado⁷³ la persona frente a la cual el acusador público ejercita la acción penal; condición ésta que, por otra parte, permanece a lo largo del proceso, en todo estado y grado del mismo⁷⁴.

En verdad, los diversos modos de adquirir dicho *status* coinciden con las distintas actuaciones a través de las cuales se da inicio al proceso; sin embargo, conviene tener presente que, durante el desarrollo de la investigación no existe, como tal, sujeto imputado; en esos instantes, puede sólo hablarse de sujeto "sottoposto a la indagine"⁷⁵ o persona sujeta a investigación, si bien, la distinción entre uno u otro, en realidad, no es

⁷¹ Vid. Art. 80 CPPfr. Sobre el particular, puede verse asimismo, ADER, H., con HUET, JM., y MAISTRE CHAMBON, P., *La procédure pénale bilan des réformes depuis 1993*, (dir. ROUJOU de BOUBÉE, G.), Paris, 1995, pág. 57.

⁷² En este sentido, identifica CORDERO al imputado con aquel sujeto al que el acusador público atribuye un hipotético delito, instaurando así el proceso. "Procedura Penale", ed. 1996, op. cit., pág. 221.

⁷³ Esta cualidad de imputado, según la norma procesal expresamente declara, permanece y ha de ser garantizada en todo estado y grado del proceso. Vid. Art. 60.2º CPPit.

⁷⁴ Véase el art. 60. 2º CPPit.

⁷⁵ El individuo, resulta así designado con ocasión del registro de la noticia criminis referido en el art. 335 C.P.P it.; en ocasiones, se habla de él como "indiziato", si bien, el término parece reservarse para aquellas situaciones caracterizadas por el surgimiento de un *fumus* o apariencia tal, que hace sospechar de la responsabilidad del sujeto y justifica la adopción de una medida cautelar; sin embargo, según precisa TRANCHINA, a pesar de lo que literalmente dispone el art. 61 CPPit, a éste último parecen corresponder los mismos derechos que se reconocen al "sottoposto a la indagine". Vid. TRANCHINA, G., con SIRACUSANO, D., GALATI, A., y ZAPPALÁ, E., *Diritto Processuale penale*, Vol. I, Milano, 1996, págs. 178 y 179.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

más que terminológica, por cuanto a esta última se extienden los derechos y garantías reconocidas al primero⁷⁶, salvo en aquellos puntos en que cosa distinta se disponga.

Es claro, pues, que la imputación no nace de la nada, sino que resulta de un proceso de elaboración, a través de la recopilación de cierto material -bien por el Juez, bien por el Fiscal en aquellos ordenamientos en los que, como el italiano, dirige la instrucción- y practicando determinados actos, algunos de los cuales poseen cierto valor probatorio congénito o pueden adquirirlo más tarde. Téngase presente que, si la actividad investigadora o instructora fuera llevada a cabo secretamente, el futuro imputado quedaría expuesto a perjuicios quizás irreparables, para cuya evitación resulta preciso adelantar el nacimiento a su favor de las garantías defensivas, equiparando su condición a la del formalmente imputado, en cuanto se refiere a poderes, facultades o derechos.

Ahora bien, aun cuando es claro que ha de evitarse que el sujeto quede privado de la posibilidad de ejercitar tempestivamente la defensa⁷⁷, lo cierto es que no toda atribución de un hecho delictivo durante este periodo preprocesal permite al sujeto adquirir la condición de parte. Pero, en cualquier caso, se entenderá como si lo fuera el sujeto que se indique como reo en una *noticia criminis* cualificada⁷⁸, esto es, aquel sobre el que recaigan serios indicios de criminalidad.

⁷⁶ Véase el art. 61.1º CPPit.

Esta equiparación responde, a juicio de la doctrina, a un intento de reconducir todas las situaciones útiles y favorables al imputado, y en especial, aquéllas que hacen referencia al derecho de defensa, a quien no es por el momento imputado, pero puede llegar a serlo; en verdad, se hace preciso tutelar la posición procesal del mismo desde un primer momento, y con referencia especialmente al cumplimiento de la actividad investigadora, de innegable trascendencia ulterior; ello, por cuanto la misma puede llegar a ser destinada, incluso, a valoración con fines decisorios. Véase. TRANCHINA, G., (et. alter), "Diritto processuale penale", op. cit., pág. 246.

⁷⁷ CORDERO, F., "Procedura Penale", op. cit., págs. 221 a 223. De la misma opinión, NAPPI, A., *Guida al Codice di Procedura Penale*, Varese, 1996, pág. 47.

⁷⁸ Con valentía afirma CORDERO que a estos efectos bastaría una denuncia, querrela, "referto" o "richiesta" formulada en contra del sujeto e igualmente, se ha de reconocer dicha condición al detenido en flagrancia, al "arrestato" o "fermato", esto es, personas frente a las que se solicita la adopción de una medida cautelar; a juicio del autor, sería suficiente la apreciación de cualquier

1.2.3.3. Las previsiones de la norma procesal portuguesa.

Tampoco el Código de Proceso Penal portugués (CPPPort, en adelante), determina con precisión la figura del imputado, si bien, se refiere al sujeto sospechoso como "aquel con relación al cual exista un indicio de que cometió o se prepara para cometer un crimen, que participó o se prepara para participar en él"⁷⁹.

En realidad, la constitución de la persona en "arguido" puede tener lugar *ope legis* o, a través de cierta comunicación procedente de la autoridad judicial o el órgano de Policía criminal⁸⁰.

La primera de las formas señaladas se advierte en los supuestos a los que se refiere el art.57.1º CPPPort., según el cual, ha de entenderse formulada, bien mediante la notificación de la acusación, bien a partir de un requerimiento de instrucción. La segunda de las vía apuntadas opera, sin embargo, en virtud de cierta comunicación⁸¹, que puede ser tanto oral cuanto escrita, en la que se habrá de expresar que, a partir de ese momento, la persona que la recibe ha de considerarse imputada, debiendo contener igualmente la indicación de los derechos y deberes procesales que constituyen su *status*.

En efecto, adquirida de uno de estos modos la calidad de sujeto procesal, el individuo pasa a ostentar la titularidad de ciertos derechos y se somete a determinados deberes procesales⁸², sin perjuicio de la imposición de medidas de coacción y garantía

indicio como reo sobre el mismo, incluso en el supuesto de que el Ministerio Fiscal se encontrara ya indagando al respecto sobre noticias que procedan de fuentes distintas - aunque no cualificadas como pudiera ser la prensa- o bien emerjan indicios de criminalidad en su contra de investigaciones relativas a personas distintas. "Procedura Penale", op. cit., pág. 221.

⁷⁹ Para un mayor conocimiento puede verse, MARQUES DA SILVA, G., *Curso Processo Penal*, Lisboa, 1996, pág. 265.

⁸⁰ LEAL HENRIQUES, M., SIMAS SANTOS, M., y BORGES DE PINHO, D., *Codigo du Processo Penal*, Vol. I, Lisboa, 1996, pág. 276.

⁸¹ A ella se refieren los artículos 58 y 59 del mismo CPPPort.

⁸² Éstos últimos -a diferencia de nuestra norma procesal- se relacionan de modo expreso en el art. 60.3º CPPPort., en el que se incluye un deber de comparecencia, de responder a la verdad sobre su identidad, y de sujetarse a diligencias de prueba y a medidas de coacción o garantía patrimonial.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

patrimonial, así como la realización de diligencias preparatorias, en los términos especificados en el ley.

Esta condición de imputado, según precisa la norma procesal penal⁸³, se mantiene íntegra a lo largo del proceso, y su respectivo estatuto jurídico permanece inalterado, excepto en lo que se refiere a la presunción de inocencia que cesa en virtud de la sentencia de condena.

1.2.3.4. Su tratamiento en la ordenanza procesal alemana.

La norma procesal penal germana -StPO, en adelante- considera "inculpado"⁸⁴ al encausado frente al cual es ejercitada la acción pública; sujeto éste, que pasa a entenderse acusado una vez es acordada la apertura del proceso penal en su contra⁸⁵.

Este último, según dispone el § 163 a) StPO, debe ser interrogado con carácter previo a la finalización de las diligencias de investigación⁸⁶, y es al inicio de dicho acto cuando han de serle comunicados los hechos que se le imputan y las disposiciones penales que le son de aplicación⁸⁷. Asimismo, debe el imputado ser informado de cuantos derechos le asisten y, en particular, de su libertad de prestar o no declaración⁸⁸ y

⁸³ De esto último da cuenta el art. 58. 3º CPPPort.

⁸⁴ Los conceptos de "inculpado" y "acusado" se recogen, concretamente, en el § 157 StPO.

⁸⁵ Lo cierto es que, el proceso penal alemán no parece concebido como un auténtico proceso de partes, y el inculpado parece entenderse en él como objeto o medio de prueba. Ello, sin embargo, no impide su consideración al propio tiempo como sujeto procesal, en la medida en que al mismo se reconoce la facultad de intervenir, no solo pasivamente sino también de forma activa, en el devenir procesal. PETERS, K., *Strafprozess*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981, pág. 191. ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, München, 18ª ed, 1983, págs. 85 y 86.

⁸⁶ A estos efectos, según precisa el § 163 a)(3) StPO, el inculpado-acusado habrá de ser citado por escrito; citación, que debe contener la advertencia de que, de no comparecer voluntariamente, podrá disponerse su conducción de modo coactivo y la orden que así lo disponga, contendrá la información relativa al hecho por el cual viene sometido al proceso. Vid. § 133 StPO.

⁸⁷ Sobre el derecho del inculpado y consiguiente obligación para el agente policial que lleva a cabo el interrogatorio, de dar información al primero de los hechos que se imputan, véanse los §§ 136 y 163.4 StPO, y asimismo, los comentarios al respecto de KRAMER, B., *Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, Köln, Berlin, 1997, pág.81.

⁸⁸ Se prevé asimismo la posibilidad, en determinados supuestos, de prestar declaración por escrito. Vid. § 163 a) (1) StPO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de consultar a un Abogado de su propia elección, con carácter incluso previo a la emisión de su testimonio⁸⁹.

Desde ese instante, pues, comienza para el sujeto la posibilidad de ejercitar su defensa. Como bien expresa el § 136 (2) StPO, el interrogatorio debería dar a éste oportunidad de eliminar los motivos de sospecha presentes contra él y de hacer valer los hechos que hablan a su favor. Así, junto al derecho a guardar silencio, queda al individuo reconocida la facultad de solicitar la práctica de aquellas pruebas que se entiendan precisas al efecto de su exculpación⁹⁰; es claro, pues, que durante el interrogatorio, el inculcado tratará de desvirtuar los indicios y hacer valer los hechos que le sean favorables⁹¹.

A la vista de expuesto, se desprende como conclusión y es nota común a los distintos ordenamientos procesales aquí nombrados, que el reconocimiento y la posibilidad de ejercicio del fundamental derecho de defensa implica el despliegue de una suma de derechos del mismo rango, que no son sino manifestación e instrumento de la efectividad de este primero; interesa, en consecuencia, una mínima aproximación al modo en que los mismos contribuyen a su aseguramiento, como primera incursión en la materia relativa al desarrollo efectivo de la garantía defensiva.

Antes, sin embargo, parecía conveniente reservar algunas líneas a evidenciar la importancia del aspecto temporal en el reconocimiento a la persona de la condición de imputado, ello, a propósito del análisis igualmente interesante de una de las más básicas

⁸⁹ § 136 (1) StPO. Sobre el particular, pueden verse KRAMER, B., *Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, 1997, pág. 30 y RANSIEK, A., *Belehrung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation: Folgerungen für die Beschuldigtenvernehmung*, "Rev. StV", 1994, núm. 6, pág. 343.

⁹⁰ El § 163 a (2), en efecto, reconoce al inculcado la facultad de solicitar la práctica de pruebas para su descargo.

⁹¹ Vid. § 136 (2) StPO. Véanse los comentarios al respecto de GÓMEZ COLOMER, JL., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985, págs. 77 a 79, especialmente.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

manifestaciones de la garantía de contradicción procesal⁹², cual es el derecho de la persona a ser informado de la existencia y contenido de toda imputación formulada en su contra.

1.3. INMEDIATA COMUNICACIÓN Y CONSECUENCIAS DEL RETARDO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE IMPUTADO.

1.3.1. EL CONOCIMIENTO DE LA IMPUTACIÓN EN GARANTÍA DE LA DEFENSA.

Cierto es que la imputación penal abre paso a la posibilidad de ejercitar la defensa y, no lo es menos que la inmediata comunicación de su existencia a la persona a la que viene dirigida, constituye un presupuesto necesario para la puesta en marcha de su ejercicio en la dirección adecuada. Como acertadamente ha señalado CARULLI "no es posible a la persona defenderse de un proceso del que ignora su existencia"⁹³.

En este sentido, en anteriores páginas se señalaba que, desde el mismo instante en que la imputación penal se manifiesta, ha de reconocerse al sujeto afectado la condición de imputado que posibilite el disfrute, sin retardo, de cuantos derechos resultan inherentes a dicho *status*⁹⁴ y, en consecuencia, el derecho a recibir información

⁹² El derecho a ser informado de la acusación, como bien advierte VERGÉ, contribuye a la garantía del ansiado equilibrio entre partes procesales. VERGÉ GRAU. J, "La defensa del imputado...", op. cit, pág. 119.

⁹³ *Il diritto di difesa dell'imputato*, Napoli, 1967, pág. 222.

⁹⁴ A pesar del silencio de la norma, no puede dudarse que la información referida a los derechos que asisten al privado de libertad ha de ser completa y clara, de tal suerte que resulte comprensible a su titular; en absoluto bastaría, pues, la mera lectura de dicha relación si la persona que puede ejercerlos no alcanza a entender su significado y trascendencia. Vid. ASECIO MELLADO, JM^a., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989, pág. 122.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de forma inmediata acerca de los distintos elementos sobre los que dicha imputación se sustenta⁹⁵.

Ello, indudablemente, representa una auténtica garantía para el sometido al proceso, en la medida en que evita el desarrollo de una investigación indiscriminada y secreta de la que resultaría ser mero objeto⁹⁶.

Ahora bien, lo cierto es que en nuestro proceso, la doctrina detecta y no ahorra esfuerzos en denunciar la erradicación⁹⁷ de ciertas prácticas de innegable carácter inquisitivo, consistentes en el retraso del reconocimiento a la persona de la condición de imputado con la intención de desarrollar una investigación sin sujeción a límite alguno.

Como se tuvo antes ocasión de señalar, la imputación judicial, generalmente posterior al nacimiento mismo del derecho de defensa, llega sólo tras la práctica de determinadas diligencias a las que viene sometida la persona sujeta a indagación, esto es, una vez ganan firmeza ciertos datos indiciarios iniciales. Ahora bien, no es admisible que el órgano jurisdiccional investigue, siquiera para constatar la verosimilitud de iniciales sospechas, sin el previo conferimiento y la comunicación a la persona de su condición de imputada⁹⁸, habida cuenta de la repercusión que ello entraña sobre la elemental garantía de defensa.

⁹⁵ Vid. STEDH de 19 de diciembre de 1989, Caso KAMASINSKI.

⁹⁶ Cfr. MORENO CATENA, V., con GIMENO SENDRA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 338.

⁹⁷ ASENCIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 66 y 67; relaciona asimismo LÓPEZ LÓPEZ como conductas que constituyen fraude de ley, el retraso en la comparecencia o interrogatorio judicial del imputado que ordena el art. 789. 4º de la LECrim, o bien, el recibir su declaración con las formalidades previstas para los testigos, y entender que la imputación se formula tan sólo con el auto de apertura a juicio oral y una vez deducidos los escritos de calificación. *Defensa técnica y proceso penal*, "Rev. Actualidad Penal", 1994, núm. 39, marg. 715.

⁹⁸ Cfr. CARNELUTTI, F., "Principi del processo penale", op. cit., pág. 115. El autor, establece un paralelismo entre las situaciones en las que, en el ordenamiento italiano, queda el Ministerio Fiscal frente al "giudicando" y la que ocupa el Juez de cara al "imputado"; ambos deben verificar el fundamento de su imputación, y ninguno puede hacerlo sin razón o prueba.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A nadie escapa que dicha información resulta indispensable⁹⁹ al efecto de asegurar la efectividad de aquellos derechos que, como instrumentales al ejercicio del fundamental derecho de defensa, nacen con la imputación misma¹⁰⁰.

A mayor abundamiento, debe atenderse al hecho de que es, precisamente, durante este periodo preprocesal cuando tiene lugar la primera de las manifestaciones autodefensivas del sujeto imputado, cual es su declaración ante distintas autoridades públicas, en tanto en cuanto, la misma puede servirle para, por vez primera, oponerse a los cargos que le vienen formulados¹⁰¹.

En efecto, es la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal la que ordena que toda persona indiciada de culpabilidad haya de ser citada y comparecer para, ante la autoridad judicial o en su caso el Ministerio Fiscal¹⁰², prestar declaración en calidad de imputado - de la que habrá de ser conocedor- con el tratamiento que corresponde a esa nueva condición.

⁹⁹ Información, en opinión acertada de LEONE, fundamental e ineludible, que "hunde sus raíces en una visión democrática de la Justicia en el proceso penal". Vid. *Interventi e Studi sul Processo Penale*, Napoli, 1990, pág. 113.

¹⁰⁰ Derechos a los que se refieren los arts. 118 y 520 de la LECrim.

¹⁰¹ Ésta última, y no la de mero medio de investigación, es la naturaleza que un amplísimo sector doctrinal reconoce a las declaraciones del imputado, entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, las entiende como ocasión que la ley le ofrece para "tomar posición frente a la acusación y las pruebas de que ésta se valga, y no para fijar objetivamente la verdad", Vid. (con HERCE QUEMADA), "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 256. Parece, en verdad, superada la exclusiva consideración de las mismas como medio de prueba, sostenida por autores como JIMÉNEZ ASENJO, E., *La confesión del reo o inculgado*, "Rev. Der Proc.", núm. 3º, 1954, págs. 335 y ss., VIADA ARAGONESES, C., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1974, Tomo I, pág. 332 o, en la doctrina italiana, FOSCHINI, G., "L'imputato", op. cit., pág. 28 y DE MARISCO, A., *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, 1938, pág. 199. En el momento actual, es mayoritaria la doctrina que aboga por su consideración como acto mixto de investigación y de defensa, representada por FAIRÉN GUILLÉN, V., *La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español*, en *Temas del ordenamiento Procesal*, Tomo II, Madrid, 1969, pág. 1218 y ss.; GIMENO SENDRA, V. con VIVES ANTÓN, T., *La detención*, Madrid, 1977, pág. 152 y ss; MUÑOZ ROJAS, T., "El imputado en el proceso penal español", op. cit., pág. 71; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *El imputado*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pág. 691 y VAZQUEZ SOTELO, JL., "Presunción de inocencia...", op. cit., págs. 64 y ss. En la doctrina italiana se pronunciaba tiempo atrás en este sentido PISAPIA, GD., "Compendio di Procedura", op. cit., 31.

¹⁰² Véanse los art. 785.2 y 785 bis, ambos de la LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En ocasiones, sin embargo, se recibe testimonio al imputado detenido o preso con anterioridad, en virtud del sometimiento de este último a la diligencia de interrogatorio que la Ley de Enjuiciamiento autoriza practicar a los órganos de Policía Judicial, siendo ése el instante en el que, a nuestro juicio, ha de comenzar el despliegue de las distintas posibilidades de autodefensa aludidas.

En este punto, no exagera ASECIO¹⁰³ cuando reconoce como uno de los más burdos ataques que el imputado puede padecer, el hacerle intervenir en el proceso prestando en él declaración en calidad de testigo y, de este modo, privado del disfrute de cuantos derechos corresponden a su verdadero estatuto jurídico. En este sentido, es claro asimismo el Tribunal Constitucional al manifestar que "no debe el órgano jurisdiccional retrasar el otorgamiento de la condición de imputado a alguien de quien fundadamente se sospeche, ni podrá valerse de un consciente retraso para interrogarle en calidad de testigo, quien a diferencia del imputado está obligado a comparecer y a decir verdad, en tanto que al imputado le asiste su derecho a no declarar contra sí mismo. El instructor (...) deberá considerarlo imputado con advertencia expresa de la imputación para permitirle su autodefensa (...)"¹⁰⁴.

Ahora bien, aun cuando falta y se echa de menos en la norma procesal española la previsión de una sanción específica a esta práctica, es claro que la inobservancia de la mencionada garantía de información al imputado de su condición determina la pérdida de todo valor, a los efectos probatorios¹⁰⁵, del contenido de las manifestaciones de ese modo obtenidas¹⁰⁶.

¹⁰³ ASECIO MELLADO, JM^a, "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 66.

¹⁰⁴ Véase la paradigmática STC 135/1989, de 19 de julio; de fechas más recientes y en idéntico sentido, STC 29/1995, de 6 de febrero.

¹⁰⁵ En la doctrina italiana, sostiene CORDERO que la declaración prestada por el sujeto que no recibe previa información acerca de la imputación formulada en su contra y, en consecuencia, de los derechos inherentes a dicha condición, en caso alguno puede alcanzar valor probatorio y servir más tarde de fundamento a la sentencia. Vid. "Procedura Penale", op. cit., págs. 234 y 235. La misma opinión parecen sostener, entre otros autores, ASECIO MELLADO, JM^a, "Prueba prohibida...",

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Mayor atención a la cuestión aquí tratada parecen prestar, en cambio, los legisladores francés e italiano, a cuyas previsiones se atiende a continuación brevísimamente.

1.3.2. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN DISTINTOS ORDENAMIENTOS PROCESALES EUROPEOS.

El **legislador procesal francés**, en efecto, muestra su preocupación ante el problema de las denominadas "imputaciones tardías" a las que se intenta dar solución.

Como en páginas precedentes se señalaba, en el modelo procesal francés los derechos instrumentales al de defensa no entran en juego sino a partir del "interrogatorio de primera comparecencia". El órgano jurisdiccional, en consecuencia, podría verse tentado de retardar el reconocimiento de dichas garantías y, en detrimento de las mismas o su posibilidad de ejercicio, diferir el interrogatorio o continuar entendiendo como testigo a la persona sobre la que, sin embargo, existen serios indicios de criminalidad.

El comportamiento que en esas circunstancias debe el Juez observar es, en cambio, bien distinto; éste último ha de poner en conocimiento del ya imputado la condición adquirida y los hechos que han dado lugar a la misma¹⁰⁷, con carácter previo a la recepción de su testimonio. Una actuación de la autoridad judicial de signo distinto al aquí expresado, determina que la declaración que el imputado presta pueda verse afectada de nulidad, si llega a constatarse que el interrogatorio de la persona en calidad

op. cit., págs. 122, 132 y 133 y MORENO CATENA, V., "La defensa en el proceso penal", op. cit., págs. 63 y 64; ORTEGA PINTO, LT., *Tratamiento de la ilicitud probatoria en el proceso penal*, "Rev. Der. Proc.", 1996, núm. 1, pág. 176.

¹⁰⁶ Otorga GIMENO SENDRA el valor de mera denuncia a la declaración que el imputado presta ante los órganos de Policía Judicial, viciada de nulidad por inobservancia de las garantías exigidas; y, según su opinión, la realizada ante el Juez no puede suponer, siquiera, una anticipación o creación de fuente de prueba. Vid. "Constitución y Proceso", op. cit., págs. 102 y 108.

¹⁰⁷ Vid. art. 116 CPPfr.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

distinta a la de imputado que le correspondía, se ha obtenido en un intento de eludir las garantías con las que, de serle atribuida, el ordenamiento le beneficia¹⁰⁸.

A estos efectos, a nivel doctrinal se proponen soluciones de un doble orden: de una parte, y dado que no puede admitirse la obligación del imputado de prestar declaración bajo juramento sobre los hechos acerca de los que resulta interrogado, ha de entenderse nula la declaración que presta de forma fraudulenta por razón, esencialmente, del desconocimiento por este último de la facultad de rechazarla. Pero, como advierte CHAMBON, si el mismo hubiere sido advertido de su derecho a guardar silencio y a no prestar declaración, con carácter previo a la celebración del interrogatorio, de someterse voluntariamente al mismo, sus manifestaciones podrían llegar a admitirse como prueba de la sinceridad de su testimonio, pero sólo en aquella parte de las mismas que le favorezcan; en caso alguno, pues, habría de atenderse a la declaración que pueda causarle perjuicio¹⁰⁹.

Lo cierto es que la norma procesal no contiene precepto alguno que determine el orden en que deben sucederse los distintos actos de la instrucción, de tal manera que al Juez queda entera libertad en su tramitación, y nada nombra acerca del tiempo en que debe tener lugar el primer interrogatorio del sujeto¹¹⁰.

En opinión de la doctrina, sin embargo, este contacto del imputado con la autoridad judicial que recibe su declaración debiera ser el primero de los actos instructorios, habida cuenta de que la imputación judicial tiene lugar con ocasión de la misma, y tan pronto como el órgano judicial reúna contra el individuo cargos suficientes.

En cualquier caso, el interrogatorio que en esos momentos puede prestarse ante el órgano jurisdiccional, debe venir precedido de la información de los hechos en que la

¹⁰⁸ Vid. Art. 105.3° CPPfr, y sobre el particular, asimismo ADER, H., (et. alt.), "La procédure pénale bilan des réformes depuis 1993", op. cit., pág. 60.

¹⁰⁹ CHAMBON, P., "Le juge d'instruction", op cit., págs. 165 y 166.

¹¹⁰ Vid. Art. 105 CPPfr.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

imputación se fundamenta. Esto último exige el legislador francés cuando, en el art. 116 CPPfr, obliga al Juez a realizar la mencionada comunicación "en el momento en que tiene lugar la primera comparecencia". El Juez instructor, en efecto, "tras haber constatado la identidad de la persona", debe dar a ésta a conocer "los hechos que están siendo objeto de investigación y por los cuales resulta imputado".

La duda que se plantea es si ha de entenderse o no precisa la comunicación de los hechos con todos y cada uno de sus elementos; en este punto, y a diferencia de lo que parecía entenderse con anterioridad a la reforma operada en 1993, la opinión de la doctrina resulta favorable a entender que dicha información debe extenderse a la calificación jurídica de los hechos que se presumen cometidos, en el intento de dar respuesta a las exigencias de información amplia o general que parece imponerse¹¹¹.

El **legislador procesal italiano** es igualmente sensible a la necesidad de garantizar el derecho a una previa información de la condición de imputado y, asimismo, del contenido de la imputación formulada, y esto último, tanto al sujeto que se entiende imputado, cuanto al "sometido a indagación". Si, como no admite cuestión, a este último se ha de reconocer la facultad de ejercitar los derechos y valerse de las garantías previstas respecto del primero, debe igualmente ponerse en su conocimiento la existencia de una investigación en curso. A esta comunicación se refiere la norma procesal italiana como "información de garantía" y, según la misma precisa, habrá de incluir las normas que se consideran o se presumen violadas, la fecha y lugar de comisión del hecho que se presume delito¹¹².

¹¹¹ CHAMBON, P., "Le juge d'instruction", op. cit., pág. 158 en opinión, que coincide con la de PRADEL, J., *Observations breves sur une loi à refaire* D. 1993, y asimismo en, *Los droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi n° 93-1013, du 24 août 1993*.

¹¹² La reforma procesal de 1995 que introduce el nuevo art. 335.3° CPPit, parece haber conseguido reducir la discrecionalidad del Ministerio Fiscal -en tanto en cuanto desaparece la comunicación que correspondía a la autoridad judicial- respecto del momento en que ha de proceder a informar acerca del objeto de su investigación a aquella persona que no conoce, o ni siquiera imagina, su existencia; no se olvide que, con el antiguo art. 369 C.P.P.it. la notificación aludida tenía lugar únicamente con ocasión de la celebración de actos que requerían la presencia del defensor -v. gr.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Así las cosas, si durante el curso de la declaración de una persona surgieran por vez primera indicios de criminalidad en su contra, la autoridad que recibe su testimonio debe de inmediato interrumpirlo, advirtiéndole al sujeto que queda a partir de dicho instante sometido a investigación y, en consecuencia, le asiste el derecho a designar Abogado que le preste asistencia y defensa. Ello implica que toda información suministrada por el imputado en sus manifestaciones, en caso alguno puede configurar una prueba de cargo y ser valorada como tal al efecto de fundamentar una sentencia de condena, según se desprende de lo expresado por el art. 63 del CPPit, que prohíbe el empleo en el proceso de las declaraciones así recibidas.

El derecho a la información acerca de la imputación se recoge asimismo en el § 136 de la **ordenanza procesal alemana**, según el cual, al inicio de su primera declaración, debe comunicarse al inculcado qué acto se le imputa y qué disposiciones penales entran en consideración, acompañado de la información relativa a los derechos que, como instrumentales a la defensa, puede desde ese instante ejercitar. Tratándose, sin embargo, del primer interrogatorio celebrado ante las autoridades policiales, la obligación que a éstos impone el § 163 (4) StPO alcanza sólo a la comunicación del hecho que es objeto de imputación¹¹³.

interrogatorios, careos, inspecciones, pesquisas, secuestros, actos técnicos no repetibles etc-; de no celebrarse éstos, probablemente, parte de aquella investigación era desarrollada de espaldas al sujeto investigado; tras la Ley de 8 de agosto de 1995, n. 332, no podrá el Ministerio Fiscal eludir la comunicación al afectado del registro de la noticia de delito -a excepción de aquéllos a los que se refiere el art. 407.2 a)- a no ser que hubiera sido acordado el secreto de la instrucción. Un profundo análisis de la repercusión de la aludida reforma sobre el derecho de información al imputado, se contiene en la obra de NAPPI, A., "Guida al Codice di Procedura Penale", op. cit., págs. 46 y 47.

¹¹³ Sobre el particular, véanse SCHÄFER, G., *Die praxis des Strafverfahrens*, Kolhamme, 1976, pág. 141 y KRAMER, B., "Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 81.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

1.3.3. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ACERCA DE LA IMPUTACIÓN FORMULADA EN CONTRA QUE CONSAGRA NUESTRA LECRIM.

En nuestro derecho, efectivamente, asiste al inculpado el derecho a conocer el contenido de la imputación, según acierta PEDRAZ¹¹⁴ al señalar, como garantía esencial de la equidad del procedimiento, en la medida en que le posibilita la articulación, en la justa dirección, de su estrategia defensiva¹¹⁵. El éxito de la misma, qué duda cabe, radica en una oposición eficaz a los cargos formulados en contra, y esto último puede sólo lograrse si previamente el individuo obtiene cumplida información acerca de aquello a lo que habrá de enfrentarse¹¹⁶.

Es precisa, pues, la puesta en conocimiento del imputado tanto de los hechos imputados cuanto de su calificación¹¹⁷; sin embargo, se ha de tener presente que esta es sólo una primera calificación que puede variar a medida que el proceso evoluciona y, el sujeto imputado ha de conocer todos y cada uno de los hechos que van a ser objeto de

¹¹⁴ El derecho a ser informado de la acusación es a nivel jurisprudencial, considerado ínsito en la más amplia garantía del debido proceso que consagra el Texto Constitucional de 1978 y el CEDH, según se desprende de lo expresado por sus máximos intérpretes, en particular, en las SsTC 19/2000, de 31 de enero, 225/1997, de 15 de diciembre y 95/1995, de 19 de junio y la STEDH de 25 de marzo de 1999 (Asunto PLISSIER Y SASSI c/ Francia), respectivamente.

¹¹⁵ Véase el art. 520. 1º LECrim, según el cual, la información habrá de suministrarse, en este caso al imputado detenido, en la forma que menos perjudique su fama, esto es, en un lugar próximo a la detención y de forma reservada.

¹¹⁶ Vid. STS de 23 de marzo de 2000.

¹¹⁷ A juicio de PEDRAZ PENALVA, en efecto, resulta preciso el conocimiento por el inculpado de todos los elementos fácticos y jurídicos que integran la imputación. "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 233. En la misma línea de opinión se sitúan, ASECIO MELLADO, JMª., "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 120; GIMENO SENDRA, V., "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 102, y asimismo en, *Los procesos penales*, con CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., y GARBERÍ LLOBREGAT, J., Barcelona, 2000, Tomo IV, págs. 202 y 203, y sobre la base de lo dispuesto en la STC 105/1983, de 23 de noviembre, VERGÉ GRAU, J., "La defensa del imputado ...", op. cit., págs. 57 a 61.

Sobre el particular, véase igualmente, el Art. 6.3º a) del CEDH que consagra el derecho del inculpado "a ser informado de la naturaleza y causas de la acusación".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

acusación¹¹⁸, de ahí la necesidad de dar al mismo información al respecto de toda eventual mutación de la calificación inicial¹¹⁹.

Es claro que la información que al imputado se ha de suministrar no ha de limitarse a la calificación o la pena que en su virtud se solicita; antes al contrario, debe comprender el hecho natural o histórico¹²⁰ y, en opinión mayoritaria de la doctrina, ha de hacerse extensiva al material probatorio en que se funda la imputación misma¹²¹.

Pero asimismo, resulta preciso dar a conocer al imputado la identidad de las personas que hubieran comunicado los hechos presuntamente delictivos¹²² a partir de la interposición de la oportuna denuncia o querrela, si hubiera éste alcanzado dicha condición tras su admisión a trámite por el órgano jurisdiccional. Y, de igual modo, la persona que sufre detención o prisión provisional ha de ser instruida de las razones motivadoras de su privación de libertad, esto es, el elemento que integra el *fumus bonis iuris* exigido como presupuesto para el acuerdo de la medida cautelar de carácter personal.

En cualquier caso, la puesta en conocimiento al inculpado de tales extremos ha de ser inmediata, esto es, desde los primeros instantes procesales y tan pronto como la imputación penal se entienda manifestada¹²³; ello, por ser ya éste el momento, y no el

¹¹⁸ Vid. STS de 20 de marzo de 2000.

¹¹⁹ De esta opinión es, entre otros muchos, PEDRAZ PENALVA, E., "Derecho Procesal penal", op. cit., págs. 252, 261 y 263, especialmente.

¹²⁰ Este último, en opinión de ASENCIO MELLADO, verdadero objeto del proceso. "Principio acusatorio y derecho de defensa", op. cit., págs. 30 y 31; véase asimismo, ARMENTA DEU, T., "Principio acusatorio...", op. cit., págs. 276 y 277.

¹²¹ Vid. SsTC 230/1997, de 16 de diciembre, y 225/1997, de 15 de diciembre.

¹²² ASENCIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida...", op. cit., pág. 123. Sobre el particular, véase de 28 de enero de 2000.

¹²³ Como acertadamente ha señalado el alto TS, "el conocimiento de los hechos que configuran la imputación, debe proporcionarse al imputado desde el comienzo de la instrucción para que éste pueda ejercitar su derecho de defensa durante la misma (...)", y "el conocimiento de los hechos que constituyen la acusación" ser trasladado a los acusados desde el momento en que sea formulada por los acusadores. Vid. STS de 2 de julio de 1999.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

posterior y formal en que la autoridad judicial lo declara, el que marca el nacimiento del derecho de defensa y la posibilidad de ejercitarla¹²⁴. La información, en cualquier caso, habrá de ser previa a toda actividad defensiva, en orden a dotar de efectividad su propia autodefensa y, en definitiva, encaminar desde un principio y en la forma más adecuada, la actividad defensiva¹²⁵.

No se olvide que la garantía de previa y completa información que aquí se examina ha de proyectarse en adelante y así, ser asegurada más tarde, cuando la acusación se formula y a lo largo del proceso, en cualquiera de sus fases, de alterarse de algún modo su objeto¹²⁶.

Sin embargo sorprende que, a pesar de la expresa consagración constitucional del derecho y de su previsión en la norma procesal, nada se diga acerca de la forma en que la información ha de ser suministrada. En opinión de la doctrina, ésta puede tener lugar tanto de forma oral cuanto escrita, si bien, la realizada oralmente por la autoridad policial en los primeros momentos de la detención, precisa necesariamente de una posterior comunicación confirmatoria que proceda del órgano jurisdiccional¹²⁷.

¹²⁴ Es claro, pues, que los hechos cuyo conocimiento se reclama, son aquéllos en los que se funda la imputación penal, a lo que no empece el empleo por la norma procesal del término "acusación" en el art. 6.3º del CEDH al consagrar la garantía. Si la ratio del reconocimiento es, en verdad, comunicar con objeto de posibilitar a la persona su exculpación, esto es, posibilitarle el ejercicio de su defensa privada, es claro que a éste se ha de dar a conocer la imputación y no la acusación que, en todo caso, resulta ser posterior. Vid. GIMENO SENDRA, V., *Algunas sugerencias de reforma para una nueva ordenación de la defensa en la instrucción*, separata pub. RGD, Valencia, 1980, pág. 10. Asimismo puede verse la STC 37/1989, de 25 de febrero, donde se afirma que el derecho que se analiza es "predicable de toda persona imputada, aunque no lo sea formalmente".

¹²⁵ GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Los procesos penales", op. cit., pág. 203. Según el TS expresamente ha señalado "es necesario garantizar al acusado el conocimiento cierto de los términos de la acusación que se dirige contra él y para ello hay que procurar que en un momento hábil, en el que tenga todavía posibilidades de preparar su defensa, conozca, en su verdadera dimensión, el alcance de los términos de la acusación". Vid. STS de 4 de marzo de 2000.

¹²⁶ Cfr. GIMENO SENDRA, V., "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 102; PEDRAZ PENALVA, E., "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 261 y 263. Sobre el particular, puede verse asimismo la STEDH de 25 de marzo de 1999, (Caso GRANDE CAMERA).

¹²⁷ VERGÉ GRAU, J., "La defensa del imputado", op. cit., pág. 119. En este mismo sentido, PEDRAZ PENALVA, E., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 259.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, según dispone el art. 6.3º del CEDH, el acusado -aunque es extensible a todo imputado, en el sentido antes visto- tiene derecho a recibir, en el plazo más breve, información clara, completa y en una lengua que comprenda¹²⁸, de la acusación formulada en su contra; ello, en el intento de ofrecer al sujeto que viene sometido al proceso, un conocimiento efectivo de la imputación que le sitúe en condiciones de plantear la oposición en los términos precisos, de acometer con garantías de eficacia el desarrollo de la defensa¹²⁹.

2. EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO.

El análisis que aquí se inicia de la elemental garantía defensiva, como no podría ser de otro modo, parte de la convicción de que la misma nace y puede ser plenamente ejercitada desde el instante en que la imputación penal se manifieste en cualquiera de sus formas. Ello, en esencia, se traduce en el inmediato reconocimiento a su titular de la facultad de intervenir en el proceso y desarrollar en él la defensa por sí mismo o a través de la persona de un experto en leyes; de ahí que, tan pronto la imputación se formule, al mismo asiste el derecho a designar Abogado de confianza o solicitar a la autoridad jurisdiccional el nombramiento de un Abogado procedente del turno de oficio, del que recibir asesoramiento y defensa¹³⁰.

Es claro, pues, que ya en ese estadio inicial el imputado puede valerse de los servicios de un defensor que trace la línea de actuación adecuada y luche en su favor

¹²⁸ A este fin, el ciudadano extranjero o español no conocedor del castellano, goza del derecho a ser asistido, de forma gratuita por un intérprete. En este sentido, véanse las STC 74/1987, de 25 de mayo y STC 188/1991, de 3 de octubre y asimismo, la STEDH de 21 de febrero de 1984.

¹²⁹ En verdad, según puede deducirse de lo expresado por el TEDH en su sentencia de 22 de junio de 1993, (asunto MELIN c/ Francia), el inculcado ha de recibir dicha información, "con tiempo suficiente para preparar su defensa".

¹³⁰ Recuérdese el art. 118 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

para, si no dirimir su culpabilidad, sí al menos obtener la mejor condición, la resolución judicial más favorable de entre las posibles.

Así las cosas, conviene proceder a un breve análisis del derecho de defensa, atendiendo especialmente a la doble manifestación posible de su ejercicio, esto es, la vertiente de autodefensa o defensa privada -también denominada material- frente a la defensa técnica o formal, resultado del ejercicio del derecho por un sujeto distinto a su titular, técnico en Derecho.

2.1. EL DERECHO DE DEFENSA: CONCEPTO Y RECONOCIMIENTO.

No admite duda que la defensa, al margen de su proyección como principio universal de derecho natural¹³¹, es la más alta garantía procesal¹³² y, en el decir de GUTIÉRREZ ALVIZ, el más genuino de los derechos, por su consustancialidad con el espíritu del Hombre¹³³.

La defensa, en origen, no es sino una reacción en repulsa a una primera conducta agresiva; sin embargo, desde el momento en que el ordenamiento jurídico la regula y delimita, pierde todo tinte de autotutela para adquirir distinta naturaleza y

¹³¹ MANZINI, V, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, op. cit., pág. 571. En nuestra doctrina, en este sentido se han pronunciado entre otros ARAGONESES ALONSO, P., "Derecho y Proceso Penal", op. cit., pág. 5 y GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, pág. 46. Parece compartir esa idea AGUILERA DE PAZ, cuando afirma que el mismo constituye un principio jurídico indiscutible en la doctrina penal y en el derecho positivo de todos los pueblos civilizados, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", op. cit., Tomo II, pág. 6.

¹³² Convencido de esto último, define JIMÉNEZ ASENJO el proceso, precisamente, como "instrumento ideado para hacer posible la defensa de los reos", "La Defensa Penal", op. cit., pág. 25.

¹³³ GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., "Aspectos del Derecho de defensa...", op., cit., pág. 86.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

categoría de derecho que, en virtud de su consideración como fundamental de la persona, ostenta en nuestro ordenamiento el más alto rango¹³⁴.

Ciertamente, el derecho de defensa surge como respuesta al ataque que, materializado en la acusación -y precedido de la imputación¹³⁵- procede del Estado, cuando ejercita el *ius puniendi* ante la comisión de un hecho delictivo; desde esta perspectiva¹³⁶, el derecho que se examina puede entenderse como facultad reconocida a la persona que se presume partícipe en la comisión de un hecho delictivo, de acudir a un proceso respetuoso con los principios de contradicción e igualdad, justo y con todas las garantías, donde por sí mismo o asistido de letrado hacer valer derechos e intereses legítimos y así oponerse, mediante alegación y prueba de cuanto convenga, a la pretensión que le viene formulada en contra¹³⁷.

Como de inmediato se conocerá, el que la titularidad del derecho corresponda al imputado no impide que su ejercicio se encomiende a un sujeto distinto llamado a

¹³⁴ Como declaraba PISAPIA, "el grado de civilización de un pueblo se mide, sobre todo, en el modo en que se salvaguardan los derechos y libertades del imputado en el proceso penal". Vid. "Compendio di Procedura Penale", op. cit., 23.

¹³⁵ Vid. STC 135/1989, y 186/1990, entre otras.

¹³⁶ En rigor, desde un concepto amplísimo, debe afirmarse que la garantía de defensa extiende su vigencia en favor de todas las partes intervinientes en el proceso, a lo largo de su desarrollo y a medida que se suceden las distintas resoluciones y actividad procesal, hasta el momento en que tiene lugar la ejecución de la sentencia definitivamente impuesta. Vid. CAROCCA, A., "Garantía constitucional ...", op. cit., pág. 200.

Pero, aun cuando la garantía asiste a ambas partes frente al ataque que proceda de la contraria, lo cierto es que en estas páginas se ha optado por la referencia casi única al modo en que de ella se sirve el sujeto pasivo del proceso.

¹³⁷ GIMENO SENDRA, V., *La naturaleza de la defensa penal a la luz de la Constitución española y del Convenio europeo de Derechos Humanos*, en "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 111. Asimismo véase, LEONE, G., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Roma, 1963, pág. 565.

Acierta, pues, FAIRÉN al señalar que "la defensa va más allá de dejarse oír o ser oído"; la misma "supone que se dé conocimiento al presunto reo de la acusación que se le imputa, que la imparcialidad del Juez esté firmemente asegurada, que se le tome a aquél como persona en el juicio y no simple objeto o medio para lograr el esclarecimiento de los hechos, y que se le concedan las más amplias facultades en materia de prueba". Vid. "La disponibilidad del derecho ...", op. cit., pág. 267.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

intervenir en el proceso en defensa de sus intereses¹³⁸. Ello explica que el fundamento del derecho de defensa resulte un tanto complejo.

2.1.1. FUNDAMENTO O RAZÓN DE SER DEL DERECHO DE DEFENSA EN SU DOBLE VERTIENTE. LA NECESARIA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE DEFENSA MATERIAL Y FORMAL.

La defensa, en efecto, configurada como parte procesal opuesta a la acusación, presenta una peculiar estructura. La misma, aun cuando se reconoce como parte-defensa única, se halla en realidad integrada por dos sujetos diversos, el imputado -a quien pertenece el derecho- y la persona que se convierte en su defensor en el proceso¹³⁹.

Como no podría ser de otro modo, el fin último perseguido con el ejercicio, tanto de la autodefensa, cuanto de la defensa formal o técnica coinciden en la salvaguarda del derecho a la libertad del sometido al proceso¹⁴⁰, sin embargo, es bien distinta la razón de ser de una y otra¹⁴¹.

Ciertamente, el derecho del imputado a ejercitar la defensa mediante una directa intervención en el proceso, encuentra su fundamento en el necesario respeto de la propia dignidad humana y en el reconocimiento, a quien se ve amenazado, de la posibilidad de articular la lucha en garantía de sus derechos e intereses¹⁴². Al derecho del Estado de castigar los delitos por su interés en el mantenimiento del orden y paz social, debe corresponder el derecho del sometido al proceso a defenderse¹⁴³.

¹³⁸ MORENO CATENA, V., (et. alt.) "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 359.

¹³⁹ Vid. STC 29/1995.

¹⁴⁰ GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Los Procesos Penales", op. cit., pág. 171.

¹⁴¹ GIMENO SENDRA, V., "La defensa a la luz ...", en "Constitución y proceso", op. cit., págs. 115 y 116.

¹⁴² ASECIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 71.

¹⁴³ AGUILERA DE PAZ, E., "Comentarios a la LECrim", Tomo IV, op. cit., pág. 6.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Por su parte, la razón de ser del reconocimiento del derecho a la defensa formal o aquella desarrollada por el Letrado en favor del imputado, no es otra que el carácter técnico del proceso y la necesidad de suplir la impericia del primero, en el intento de asegurar la garantía de igualdad de partes procesales¹⁴⁴.

En verdad, si se tiene presente la identidad del fin último al que toda actividad defensiva se orienta, puede afirmarse sin reservas que defensa material y defensa formal se complementan¹⁴⁵. Como acertadamente señala SERRA, la una sin la otra es inoperante y en absoluto garantía de una eficaz defensa¹⁴⁶; antes al contrario, se hace preciso conciliarlas y dar posibilidad a una libre pero coordinada manifestación de ambas¹⁴⁷, de forma tal que, en caso alguno la actuación llevada a cabo por uno de ellos se resuelva en perjuicio de la que el otro practica¹⁴⁸.

En cualquier caso, a poco que se descienda a la concreta regulación de un modo y otro de ejercicio del derecho, pronto se comprueba la prevalencia de la defensa pública o técnica en la que se advierte esa otra dimensión objetiva de protección de la libertad en cuanto valor del ordenamiento.

¹⁴⁴ En opinión de AGUILERA DE PAZ, que se comparte, el defensor interviene en el proceso no por razones de tradición histórica, sino para lograr la integración técnica de la parte. Idea ésta que afirman igualmente CARNELUTTI, F., "Principi del processo ...", op. cit., pág. 49; GIMENO SENDRA, V., "La naturaleza de la defensa ...", en "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 107; RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 3ª ed., Barcelona, 1997, págs. 297.

¹⁴⁵ Vid. STC 30 de marzo de 2000, (FJ 13º).

En opinión de VERGÉ GRAU, en efecto, es preciso admitir una intensa interrelación entre ambas y sus respectivos titulares. "La defensa del imputado...", op. cit., pág. 64. Es más, según afirma MORENO CATENA, ha de darse una perfecta compatibilidad entre autodefensa y defensa formal o técnica, "La defensa en el proceso...", op. cit. pág. 37. En este sentido se han pronunciado asimismo, FAIRÉN GUILLÉN, V., *Tendencias actuales del Derecho Procesal Penal*, "Rev. Justicia", 1991, núm. 2, pág. 268, PEDRAZ PENALVA, E., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 236 y el italiano PISAPIA, GD., "Compendio di Procedura Penale", op. cit., pág. 35.

¹⁴⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Estudios de Derecho Procesal", op. cit., pág. 696.

¹⁴⁷ Acierta, pues, PEDRAZ PENALVA al señalar que la opción del inculcado por la defensa técnica no ha de entenderse como renuncia al ejercicio del derecho por sí mismo; ambas modalidades de ejercicio, afirma este autor, son compatibles y la defensa técnica, un complemento de la anterior, la autodefensa o defensa privada. Vid. "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 236.

¹⁴⁸ LEONE, G., "Tratado de Derecho Procesal", op. cit., pág. 563.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Por lo que respecta al interrogante que con anterioridad se formulaba en torno al alcance del reconocimiento del derecho al ejercicio de la defensa por sí mismo o a través de un técnico en Derecho, la doctrina se halla dividida entre quienes defienden la necesidad de reconocer, con la máxima amplitud, el derecho de la parte a ejercitar su autodefensa, en detrimento de la ejercitada por el letrado en su nombre, y un segundo grupo de autores que consideran ineliminable y proponen potenciar la defensa técnica.

En opinión de aquel primer sector doctrinal¹⁴⁹, el sujeto imputado, como auténtico titular del derecho, no puede ser despojado en favor de un tercero de la facultad de ejercitarlo; antes al contrario, al mismo han de asegurarse las máximas posibilidades autodefensivas, razón ésta por la que se entiende precisa una ampliación por el legislador de las que, a tenor de lo previsto en la LECrim, al mismo se garantizan.

Abundando en lo anterior, algún autor ha llegado a afirmar que "ningún sistema procesal podrá alardear de juridicidad, si no se reconoce con la mayor amplitud el derecho de defensa individual"¹⁵⁰.

Sin embargo, por motivos que de inmediato se expondrán, la intervención del defensor en auxilio de la parte resulta precisa y se convierte en garantía procesal inexcusable¹⁵¹. En opinión que parece acertada de un segundo grupo de autores, el ejercicio del derecho en su vertiente de defensa formal, no sólo debe permanecer, sino intensificarse a través de un reforzamiento de las fórmulas arbitradas en garantía de su efectiva realización¹⁵².

¹⁴⁹ CAROCCA, A., "Garantía constitucional ...", op. cit., pág. 446. Apunta esta idea MORENO CATENA, V., en "La defensa en el proceso penal", págs. 36 a 38, aunque parece matizarla en trabajos más recientes. Vid. "Derecho Procesal Penal", op. cit., ed. 1997, pág. 358.

¹⁵⁰ JIMÉNEZ ASENJO, E., "La Defensa penal ...", op. cit., págs. 23 a 56.

¹⁵¹ Considera BELLAVISTA hasta tal punto indispensable la defensa formal, como motor que pone en marcha la maquinaria estatal que, según afirma, si no existiera sería necesario inventarla. "Studi sul processo penale", op. cit., pág. 131.

¹⁵² En opinión de MARQUES DA SILVA, "por exigencias de un proceso concebido y actuado bajo la dialéctica entre las partes, se impone un papel más incisivo (...) del papel del defensor; sin embargo, según entiende el autor, no por ello ha de ensalzarse el aspecto público o "publicista" frente al

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Desde esta segunda posición, enfrentada en cierto modo la anterior, se aboga por otorgar mayor peso a la labor a desarrollar en el proceso por el técnico¹⁵³ ya de libre designación, ya nombrado por la autoridad judicial de entre quienes integran el llamado "turno de oficio".

Lo cierto es que, aun cuando no se hallan en perfecto equilibrio, en nuestro ordenamiento procesal conviven una y otra modalidad de ejercicio del derecho de defensa. En verdad, por consecuencia de la configuración de nuestro Estado como Social y Democrático de Derecho, la balanza parece inclinarse del lado de la defensa técnica que, según ha tenido GIMENO SENDRA¹⁵⁴ oportunidad de constatar, se ha visto sometida a un proceso de intensificación creciente en el conjunto de las democracias europeas contemporáneas.

Conforme ha expresado el mismo TC, el derecho de defensa adquiere cierta naturaleza jurídico-pública¹⁵⁵ que lo hace inalienable e independiente de la voluntad de su titular¹⁵⁶; del reconocimiento y máxima efectividad de este último, según expresa el Tribunal, depende no sólo el mejor servicio de los derechos del imputado sino la regularidad procesal de la organización judicial del Estado en su conjunto¹⁵⁷.

"contractualista" o profesional, siempre presente en la figura del defensor. Vid. "Curso de Processo Penal", Lisboa, ed. de 1993.

¹⁵³ En este sentido parece manifestarse MORENO CATENA, V., (et. alt), "Derecho Procesal Penal", ed. 1997, op. cit., pág. 358.

¹⁵⁴ GIMENO SENDRA, V., "La naturaleza de la defensa ...", en "Constitución y proceso", op. cit., pág. 116.

¹⁵⁵ Ello explica que, mientras las normas que disciplinan la autodefensa son de naturaleza privada y, en consecuencia, materia disponible por las partes, las que regulan el ejercicio de la defensa formal o técnica pertenecen al ámbito del Derecho público, con exclusión de las que rigen la relación que une al imputado con su Abogado defensor. Vid. GIMENO SENDRA, V., "La naturaleza de la defensa ...", op. cit., pág. 114.

¹⁵⁶ Según expresa en su STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 2º, "la asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, además (...) un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial ha de velar (...)".

¹⁵⁷ "El mandato legal de defensa por medio de Abogado", según ha expresado el máximo intérprete constitucional, "encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal (...)".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A la vista de lo anterior, resulta de todo punto interesante una mínima aproximación a esa doble manifestación del ejercicio del derecho de defensa, reflejo de la estructura dualística del proceso mismo.

2.2. BREVE APROXIMACIÓN A LA DOBLE MANIFESTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.

Con todo acierto se ha señalado que la dialéctica entre lo individual y lo social, como intereses permanentemente enfrentados en el proceso, no puede sino traducirse en la exigencia de una dualidad de la actividad defensiva. De ahí que se hable de una doble modalidad de defensa penal, la "defensa material, privada o autodefensa", de un lado, y de otro, la "defensa formal, pública o técnica"¹⁵⁸.

Al margen de esta distinción generalmente admitida, parte de la doctrina hace referencia a una cierta "defensa material" que se considera previa, subsidiaria y complementaria de la "defensa formal" y la propia "autodefensa", que identifica con la actividad que preceptivamente corresponde ejercitar a todas las autoridades públicas llamadas a intervenir en el proceso¹⁵⁹. En verdad, el artículo 2º de la LECrim impone a estas últimas la obligación de constatar junto a las circunstancias adversas, aquellas otras favorables a la posición del inculpado, a quien se habrá de informar por el tiempo en que carezca de Abogado, de todos aquellos derechos de los que pueda valerse. Desde este punto de vista, la defensa material se entendería como aquella llevada a cabo por el propio Tribunal, dirigida a la realización de la Justicia mediante la comprobación de la

Vid. STC 29/1995, en su FJ 4º. Sobre el particular, véase asimismo LÓPEZ LÓPEZ, AM., *Defensa técnica y proceso penal*, "Rev. Actualidad Penal", 1994, núm. 39, margs. 710 y 711.

¹⁵⁸ Vid. LEONE, G., "Interventi e Studi sul Processo Penale", op. cit., pág. 113.

¹⁵⁹ Entre otros, toma posición por una clasificación tripartita, MUERZA ESPARZA, J., con ARAGONES MARTÍNEZ, S., DE LA OLIVA SANTOS, A., HINOJOSA SEGOVIA, R., y TOMÉ GARCÍA, JA., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 168.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

inocencia del imputado o, en aplicación de las reglas jurídicas relativas a la exigencia de prueba cualificada de su culpabilidad¹⁶⁰.

Sin embargo, parece de mayor acierto considerar la actividad aquí aludida, como manifestación de la más amplia función de protección del derecho que a tales órganos compete, de suerte que, "actividad propiamente defensiva" sería únicamente aquélla que procede de la parte so pena, en otro caso, de una completa desnaturalización de la figura¹⁶¹.

En este sentido, asiste la razón al italiano MANZINI cuando afirma que la actividad del Juez, aun cuando es llevada a cabo para hacer posible la defensa del reo, no es en puridad tal, sino simplemente Justicia, como no es acusación la labor que el mismo desarrolla consistente en valorar y comprobar los elementos de la culpabilidad¹⁶².

En cualquier caso, haciendo abstracción de la diferente denominación que se le atribuye y partiendo de la distinción bipartita antes propuesta, a continuación se examinan con cierto detenimiento los diversos modos en que la defensa penal se articula.

2.2.1. LA DEFENSA PRIVADA O AUTODEFENSA.

Define FAIRÉN la defensa personal o autodefensa como actividad llevada a cabo por el propio sujeto procesal pasivo, frente a la que el mismo autor designa como "heterodefensa"¹⁶³, cuyo ejercicio es encomendado a un técnico en derecho. La autodefensa puede, pues, identificarse con "un complejo de actividad a través de la cual", como acertadamente señala UBERTIS, el inculpaado "contribuye activamente a la

¹⁶⁰ MARQUES DA SILVA, G., "Curso de Derecho...", op. cit., pág. 287 y 288. En opinión del autor portugués, debe considerarse defensa toda aquella actividad desarrollada en el seno del proceso que tenga como fin favorecer al imputado.

¹⁶¹ De esta opinión, que parece acertada, es MORENO CATENA, V., "La Defensa en el proceso ...", op. cit, pág. 36. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Derecho Procesal Penal*, Oviedo, 1987, pág. 86.

¹⁶² MANZINI, V., "Tratado de Derecho Procesal", op. cit., págs. 571 y 572.

¹⁶³ FAIRÉN GUILLÉN, V., "Tendencias actuales ...", op. cit., pág. 268.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

reconstrucción del hecho y a la individualización de sus consecuencias jurídicas, así como al control de la regularidad del proceso"¹⁶⁴.

Es, en efecto, unánime en la doctrina¹⁶⁵ la consideración de una doble proyección del derecho que aquí se analiza, de suerte que su reconocimiento implica el disfrute, tanto de la facultad de recibir la asistencia y defensa del Letrado, cuanto de la facultad de ejercitar activamente la propia defensa, distinción ésta, magníficamente avalada por la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Constitucional¹⁶⁶.

Ciertamente, el máximo intérprete constitucional ha llegado a manifestar que, el derecho a la autodefensa "no se agota en su dimensión de derecho alternativo al de asistencia técnica, sino que posee un contenido autónomo y que es expresión del carácter dual de la defensa misma"¹⁶⁷.

En verdad, y aunque no de modo explícito, el Texto Fundamental parece contener el reconocimiento de un derecho a defenderse personalmente cuando hace alusión en su art. 24.2º de un derecho de defensa diverso de aquél otro que igualmente reconoce a recibir la prestada por el Abogado elegido libremente o designado de oficio. Su reconocimiento es, en cambio, expreso en distintos instrumentos jurídicos de ámbito supranacional y, en particular, en el CEDH y el PIDCiPo -arts. 6.3º c) y 14. 3º, respectivamente- con arreglo a los cuales, y por formar parte de nuestro ordenamiento

¹⁶⁴ "Principi di Procedura Penale europea", op. cit., pág. 40.

¹⁶⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Constitución española*, dir. ALZAGA VILLAA-MIL, O., Madrid, 1996, págs. 74 y 75; asimismo entiende RAMOS MÉNDEZ el derecho implícito en el mencionado precepto constitucional, *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, Barcelona, 1993, pág. 136; en la doctrina italiana, PISANI, M., con MOLARI, A., PERCHINNUNO, V., y CORSO, P., *Apunti di Procedura Penale*, Bologna, 1992, 2º ed., pág. 134.

¹⁶⁶ Véanse, entre otras muchas, las SSTC 11/1997, de 27 de enero; 29/1995, de 6 de febrero, en su FJ 3º y 181/1984; ésta última es clara al manifestar, en su FJ 3º que, el derecho a la defensa comprende no sólo la asistencia de letrado libremente elegido o nombrado de oficio, sino también a defenderse personalmente, en la forma o medida que regulen las leyes de cada país configuradoras del derecho".

¹⁶⁷ véase, en particular, la STC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

interno desde su válida celebración, deben ser interpretados los derechos que, como el que se trata, resultan fundamentales e inherentes a la condición humana¹⁶⁸.

En cualquier caso, la existencia de esa doble facultad de ejercicio del derecho de defensa se desprende de lo dispuesto por el art. 118 de nuestra LECrim; conforme en él se señala, desde el mismo instante en que la imputación penal se manifiesta queda al sujeto reconocida la facultad de intervenir directamente en el proceso, y ejercitar en él la defensa¹⁶⁹.

La autodefensa, que entraña el desarrollo por el titular del derecho mismo de cierta actividad dirigida a la salvaguarda de sus más elementales derechos¹⁷⁰, hunde su raíz más profunda en la propia dignidad humana, como manifestación incoercible del instinto de libertad¹⁷¹; de ahí que, en opinión de SERRA, "hacerla callar puede comportar, incluso, sofocar la propia libertad individual"¹⁷².

A la vista de lo anterior, la duda que se plantea es la relativa a su verdadera naturaleza jurídica y, relacionada con esta primera, una segunda duda referida a la disponibilidad o no del derecho por su titular, cuya solución condiciona el mayor o menor campo de acción de la defensa técnica.

Lo cierto es que, en este punto parece apreciarse cierto desencuentro doctrinal que enfrenta a aquellos autores que entienden el derecho a defenderse por sí mismo

¹⁶⁸ Art. 10.2º CE.

¹⁶⁹ Vid. Art. 118. 1º LECrim.

¹⁷⁰ Como acierta a señalar AUGER LIÑÁN, el imputado ejercita una defensa de carácter privado y material, toda vez que es él mismo el que la hace valer, como de inmediato se tratará de evidenciar, bien contestando a la acusación, bien guardando silencio. *El papel y la posición del Abogado defensor en el curso del procedimiento penal y el comportamiento que de ellos se deriva*, "Rev. Poder Judicial", 1985, núm. 14, pág. 14.

¹⁷¹ MANZINI. V, "Tratado de Derecho Procesal", op. cit., pag. 57

¹⁷² citado por MORENO CATENA. V, "La defensa en el proceso penal", op. cit., pág.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

renunciable¹⁷³ por su titular y a quienes, contrariamente, afirman su irrenunciabilidad y la absoluta primacía sobre la defensa a ejercitar por el Letrado¹⁷⁴.

Y, en verdad, no falta razón a quienes afirman la inexistencia de una obligación del imputado a autodefenderse¹⁷⁵, de suerte que, en nuestro proceso, nada impide al individuo renunciar al ejercicio de la defensa privada en favor de la formal o técnica¹⁷⁶. Pero, en cualquiera caso, lo cierto es que el protagonismo del imputado en el ejercicio de su propia defensa es bastante débil en nuestro ordenamiento.

No parece fácil, sin embargo, precisar los concretos supuestos en que a éste último resulta posible intervenir personalmente y ejercitar en el proceso su propia defensa de modo alternativo al ejercicio del derecho por el Letrado. El mismo, por lo general, desarrolla cierta actividad defensiva de forma acumulativa a la llevada a cabo por su defensor en cuantas ocasiones -que son la inmensa mayoría- resulta preceptiva¹⁷⁷.

¹⁷³ Esta parece ser la opinión de PEDRAZ PENALVA que como máximo exponente de la renuncia a la defensa señala la renuncia al proceso que representa "la conformidad" del inculcado prevista en la norma procesal española, figura, en torno a la cual y a sus diferencias con la "guilty plea" norteamericana reflexiona en la obra antes citada "Derecho Procesal Penal", págs. 231 y 232.

¹⁷⁴ La segunda de las opiniones doctrinales nombradas se apoya, en cambio, sobre la firme convicción de que en ningún caso puede desaparecer la posibilidad reconocida al individuo de intervenir personalmente; el derecho es, a juicio de este otro sector doctrinal, irrenunciable. Si ofrecida a su titular la oportunidad de ejercitarlo decide éste no hacerlo, según sostienen, ello no es renuncia del derecho sino ejercicio del mismo en sentido negativo, lo cual, no es más que un juego de palabras que nada aporta al debate. Vid. CAROCCA PÉREZ, A., "La garantía constitucional de la defensa procesal", op. cit., págs. 446 y 450.

¹⁷⁵ MORENO CATENA, V., "La defensa penal ...", op. cit., pág. 110 y asimismo en "Algunos problemas del derecho de defensa ...", op. cit., pág. 459; GIMENO SENDRA, V., ALMAGRO NOSETTE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *El nuevo Proceso Penal. Estudios sobre la LO 7/1988*, Valencia, 1989, pág. 115 y asimismo, en "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 95.

¹⁷⁶ En este punto, acierta UBERTIS al señalar -a la vista de lo expresado por el CEDH- que, "si el acusado tiene derecho a gozar de la asistencia de un defensor", ha de considerarse ilegítimo que pueda ser constreñido a defenderse por sí solo". Vid. "Principi di Procedura Penale europea", op. cit., pág. 49.

¹⁷⁷ En el derecho francés, según precisa RASSAT, el recurrir a un Abogado para el juicio no es una obligación, habida cuenta de que pueden las partes defenderse por sí mismas, pero si deciden hacerlo pueden valerse de un solo Abogado. Vid. *Institutions judiciaires*, Paris, 1993, pág. 278.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A este respecto, conviene traer a colación la novedosa previsión contenida en la LOTJ y a partir de la cual se permite al inculpado colaborar activamente en su defensa; por vez primera, en efecto, para un mejor ejercicio de la actividad defensiva, el legislador exige la colocación del imputado durante el desarrollo del juicio, en situación tal que le permita el contacto directo con su Abogado¹⁷⁸.

La inmediatez y agilidad en sus comunicaciones, de una parte, y la posibilidad de intercambio de documentos o el examen, en particular, de los que el defensor pueda alcanzarle y sobre los que podría aquél realizar las observaciones que entendiera convenientes, parece contribuir magníficamente al mejor y más fácil desarrollo de la estrategia defensiva.

A nadie se le escapa que dicho contacto puede servir al Letrado para el conocimiento de nuevos datos de interés y, quizás, dar pie a la formulación por el mismo de cuestiones o peticiones igualmente convenientes al éxito de la defensa, sugeridas por su interlocutor.

Ahora bien, aun cuando es claro que el inculpado contribuye activamente en el desarrollo de la defensa, su actuación en el modo descrito no debe confundirse con un directo ejercicio por el mismo de la función de defensa jurídica que, en esos instantes, continúa reservada al defensor técnico¹⁷⁹.

En cualquier caso, reconocer como necesaria la intervención del defensor técnico en ejercicio del derecho, en absoluto obliga a excluir ciertas manifestaciones autodefensivas, del mismo modo en que no se entiende un derecho a la autodefensa excluyente de la primera¹⁸⁰. De ahí que se afirme que, mientras la defensa letrada puede

¹⁷⁸ Establece, en efecto, el art. 42.2 LOTJ que, "el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores".

¹⁷⁹ Vid. SALOM ESCRIVÁ, JS., *Comentarios a la Ley de Jurado*, (coord.) MONTERO AROCA, J., y GÓMEZ COLOMER, JL., Pamplona, 1999, pág. 654.

¹⁸⁰ Vid. STC 29/1995. La cuestión relativa a la posibilidad de renuncia del derecho a encomendar la defensa a un técnico, que conduce al ejercicio personal de la defensa, en el derecho norteamericano,

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

imponerse y no ser nunca excluida, la autodefensa puede ser permitida mas en caso alguno impuesta¹⁸¹.

Es claro que la finalidad perseguida por el imputado con la intervención directa en ejercicio de su propia defensa, no es sino la salvaguarda de sus derechos e intereses frente a la imputación de la que es objeto; ello, en esencia, se traduce en la facultad de conocer y estar presente, y de contradecir la acusación, esto es, exponer y demostrar mediante aportación de elementos de hecho y de derecho, tesis opuestas a las formuladas por la parte contraria¹⁸².

Al descender a la concreta regulación contenida en la LECrim en torno a la materia, y en busca de concretas previsiones al respecto de las posibilidades autodefensivas antes aludidas, pronto se advierte el limitadísimo número de preceptos referidos a la participación directa del imputado en el devenir del proceso. Esta realidad sorprende a aquellos autores que, tras afirmar la esencialidad e inalienabilidad del derecho de defensa en su vertiente de autodefensa, reclaman del legislador la definitiva

es tratada por PEDRAZ PENALVA, E., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 237 y ss. El autor se detiene en el análisis de las exigencias que, a partir de lo expresado en la Sentencia FARETTA c/ California 422 US 806 (1975), cuya concurrencia legitima la renuncia del inculcado a su derecho a la defensa técnica y el ejercicio, a cambio, de la autodefensa. La resolución citada, en verdad, marca un antes y un después en cuanto al reconocimiento de las posibilidades de intervenir personalmente en el ejercicio de la propia defensa al exigir del órgano jurisdiccional la constatación de que la decisión de renuncia no es sino una "decisión inteligente y completamente adoptada por el inculcado" que, según apreciación del mismo Juez, comprenda la naturaleza de los cargos, la pena y medios de defensa de los que dispone, circunstancias comprensivas de la responsabilidad y cualquier otro elemento esencial para la completa percepción de sus consecuencias"; asimismo, se exige que el sujeto haya sido alertado debidamente de las distintas desventajas que podrían derivar de su actuación personal; desventajas que, obviamente, sirven de argumento a quienes abogan por el recorte de esta modalidad y la potenciación de la defensa técnica. Vid. "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 237 y 238.

¹⁸¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Comentarios a la Constitución española...", op. cit., pág. 76.

¹⁸² Siguiendo a FOSCHINI puede entenderse que el derecho a autodefenderse entraña el reconocimiento al individuo frente a la imputación, de la facultad de observar una actitud pasiva consistente en recibir información, no declarar, no hacerlo contra sí mismo y gozar de la presunción de inocencia; pero, asimismo implica permitir al imputado una participación activa que se traduce en la facultad de participar en los distintos actos de investigación, solicitar la práctica y valerse de los distintos medios de prueba, así como la de intervenir en la práctica anticipada de la misma. Vid. "L'imputato...", op. cit., pág. 30.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

potenciación del que entienden como primer y más genuino modo de ejercitar la defensa¹⁸³.

Pero, aunque es realmente reducida su participación, lo cierto es que el imputado puede y, en ocasiones, debe intervenir personalmente en las distintas actuaciones de las que se compone el proceso. Sin ánimo de exhaustividad¹⁸⁴, pueden señalarse como manifestaciones del ejercicio de la propia defensa, la práctica de interrogatorios, el sometimiento a careos, las declaraciones de conformidad o disconformidad con los hechos y las calificaciones de la acusación¹⁸⁵ y, muy particularmente, el derecho a la "última palabra" en el juicio oral¹⁸⁶.

¹⁸³ En este sentido, afirma con toda rotundidad JIMÉNEZ ASENJO que "ningún sistema podrá alardear de juridicidad si no se reconoce la máxima amplitud al derecho de defensa individual". Vid. "La defensa penal ...", op. cit., pág. 23: De la misma opinión, CAROCCA PÉREZ. A, "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 450.

¹⁸⁴ En un esfuerzo de sistematización, el mismo TC recoge en su sentencia STC 29/1995, de 6 de febrero, y concretamente en el FJ 4º, las distintas posibilidades autodefensivas de las que puede el individuo valerse. Esta relación incluye, entre otras, la posibilidad de ser oído en cuestiones de competencia por inhibitoria (art. 37), la de proponer verbalmente la recusación cuando estuviere incomunicado (art. 58) y solicitar la reposición del auto que eleva su detención a prisión (art. 501); asimismo, puede el sujeto imputado acudir a las distintas diligencias de investigación que se practiquen (art. 333) y designar privadamente al perito interviniente (art. 356); de igual modo, podrá intervenir en la práctica de prueba anticipada y prestar declaración cuantas veces quiera durante el desarrollo del sumario (art. 400); a todo ello puede añadirse la facultad de prestar su conformidad con la calificación más grave de las formuladas (art. 689), de solicitar la pronta terminación del sumario o la práctica de diligencias sumariales (art. 396), y pedir que sea reconocido por quienes dirijan cargo contra él (art. 368). La facultad de autodefensa de la parte es completa en el juicio de faltas, donde el imputado puede asumir directamente el ejercicio del derecho del que resulta titular (Vid. Art. 969 LECrim).

Sin embargo, es limitada la participación activa del imputado en el desarrollo del procedimiento que se celebra ante el Tribunal de Jurado; ello, por cuanto, aun cuando la LO 5/1995, prevé su intervención en la celebración de las distintas comparecencias que ordena celebrar, ya en la primera de ellas -la audiencia destinada a concretar la imputación- exige que el imputado esté "asistido de letrado de su elección, o en caso de no designarlo, de letrado de oficio". (Art. 24 LOTJ).

¹⁸⁵ Expresiones del derecho a la autodefensa que se contienen en los arts. 655, 708, 713 y 793.3º LECrim.

¹⁸⁶ FAIRÉN GUILLÉN, V., "La disponibilidad ...", op. cit., pág. 214. En opinión de GÓMEZ DE LIAÑO, este derecho a la última palabra es, sin duda, la más clara manifestación de autodefensa del sujeto imputado. "El Proceso Penal", op. cit., pág. 168.

El propio TC entiende el "derecho a la última palabra" como garantía ineludible "por razones íntimamente conectadas con el derecho que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones, o las de los coimputados o de los testigos, e incluso discrepar de su defensa o complementarla de alguna manera". Vid. STC

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En efecto, el acto de prestar declaración ante las autoridades intervinientes en el desarrollo del proceso, en ocasiones diversas¹⁸⁷, ocupa un primer lugar en el amplio cuadro de posibilidades autodefensivas reconocidas al sujeto procesal pasivo¹⁸⁸. No se olvide que, una vez la imputación se formula y es dada a conocer al sujeto al que afecta junto al resto de derechos inherentes a su condición, queda éste ante la alternativa de guardar silencio o, contrariamente, ofrecer su testimonio. Según expresa el art. 396 LECrim, durante el interrogatorio, puede el imputado "expresar cuanto tenga por conveniente para su autoexculpación o para la explicación de los hechos, evacuándose con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere, si el Juez las estima conducentes para la comprobación de sus manifestaciones".

Sin duda ninguna, pues, ha de entenderse superada la consideración de la declaración del imputado como mera diligencia de investigación; ello, con independencia de su ubicación en el capítulo que la norma procesal dedica a los actos que forman parte del sumario, y a pesar de su innegable virtualidad como medio instructorio, quizás de utilidad para el conocimiento de la verdad de lo acaecido.

En realidad, el interrogatorio del imputado adquiere una nueva dimensión, como acto que le permite exponer distintas razones defensivas a los órganos encargados de la investigación e instrucción; la facultad de prestar declaración, qué duda cabe, ofrece al imputado una inmejorable oportunidad de contradecir el contenido de la imputación delictiva que le viene formulada en contra; y, es precisamente esta

29/1995, FJ 4º. El mismo Tribunal, en diferente ocasión señalaba que "la viva voz del imputado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio". Vid. STC 181/1994, FJ 3º.

¹⁸⁷ Según expresa el art. 400 LECrim, "el procesado podrá declarar cuantas veces quisiere, y el Juez recibirá inmediatamente la declaración si tuviere relación con la causa".

¹⁸⁸ PISANI, M., *Le sanzioni per le violazioni dei diritti dell'imputato*, L'indice penale, 24, 1990, pág. 51; PISAPIA, GD., "Compendio di Procedura Penale", op. cit., págs. 31, 36 y 37.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

configuración como medio de defensa¹⁸⁹, la razón por la que el legislador exige que la declaración del imputado se rodee en su práctica de muy estrictas garantías.

Estas últimas, como ya se apuntara, comienzan con la previa información al sujeto que va a ser interrogado, del conjunto de derechos que le asisten y entre los cuales se halla el consistente en observar la conducta opuesta, esto es, el derecho a guardar silencio o, asimismo el derecho a declarar pero no verazmente -configurando así un verdadero derecho a mentir- y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesar la propia culpabilidad.

Si, como no podría ser de otro modo, el ejercicio de tales derechos se entiende como un particular modo de instrumentalizar la defensa¹⁹⁰, solo ésta puede ser la perspectiva desde la que se ha de proceder a la valoración del contenido de las manifestaciones vertidas por el propio imputado en el proceso¹⁹¹; manifestaciones que, por otra parte, no eximen al órgano jurisdiccional de la obligación de practicar cuantas diligencias resulten precisas para el conocimiento de la verdad¹⁹².

Esta concepción de la declaración del imputado como manifestación de su derecho a autodefenderse, se impone igualmente en el **modelo procesal italiano**¹⁹³;

¹⁸⁹ Vid. *infra*, nota 101.

¹⁹⁰ BARBIERI, D., voce *Interrogatorio nel processo penale*, en *Digesto delle discipline penali*, Vol. II, Torino, 1993, pág. 227.

¹⁹¹ El reconocimiento a todo imputado del derecho a no prestar declaración, según se colige de lo expresado por la STEDH de 8 de febrero de 1996 (Asunto JOHN MURRAY c/ RU), no impide que "si la prueba de cargo fuera concluyente más allá de toda duda razonable, pueda ser condenado el acusado".

¹⁹² Según expresa el art. 406 LECrim, "la confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. Sobre el valor a otorgar a las declaraciones prestadas por el imputado véase, ASENSIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 75. En este punto, es interesantísima la reforma operada en el derecho italiano, por Ley de 10 de noviembre de 1999, que introduce un polémico instituto con el que se pretende dar solución al problema que plantea el enfrentamiento entre los derechos de defensa de coimputados en un mismo delito. Sobre el particular puede verse, TONINI, G., "*Giusto processo*", *diritto al silenzio ed obbligo di verità: la possibile coesistenza*, "Rev. L'indice penale", 1999, núm. 3, págs. 35 y ss.

¹⁹³ GREVI, V., *Piu ombre che luci*, en *Nuove norme sulle misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, págs. 149 y 150. En este mismo sentido, CORSO, P., *Diritto al silenzio: garanzia da difende-*

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

precisamente, ésta y no otra es la lógica que ha inspirado la nueva regulación de estas cuestiones en el Código procesal de 1995 que, en esencia, responde a un intento de reequilibrar las posiciones de las partes en el proceso¹⁹⁴.

El legislador italiano, reconoce al sujeto imputado -en el momento incluso en que sólo se entiende sometido a investigación- la facultad de prestar declaración ante el Juez -y la obligación para este último de recibirla sin dilación¹⁹⁵- como primer acto de intervención procesal directa; iniciado el procedimiento y durante su desarrollo, puede el sujeto pasivo del proceso intervenir activamente en determinadas diligencias que, por su carácter eminentemente técnico, no queden reservadas con exclusividad al defensor.

La facultad de ejercitar la propia defensa a través del interrogatorio viene igualmente reconocida en el **Código procesal penal portugués**; según en él se dispone, al sujeto imputado asiste el derecho a realizar personalmente distintas actuaciones procedimentales como alternativa a la intervención del técnico en Derecho a quien viene encomendada su representación y defensa¹⁹⁶. La misma ley, reserva al imputado el ejercicio de ciertos actos defensivos de los que son buena muestra la declaración que posibilita realizar al privado de libertad con fines cautelares ante el órgano jurisdiccional o ante el Ministerio Fiscal, y a todo sujeto sometido al proceso a lo largo de la fase de

re o ingombro processuale da rimuovere?, "Rev. L'indice penale", 1999, núm. 3, págs. 1077 y 1078; TONINI, G., "Giusto proceso", diritto al silenzio ...", op. cit., págs. 37 a 39.

¹⁹⁴ El interrogatorio de la persona imputada, afirma sin reservas CASARTELLI, ha sido definitivamente configurado en el Código procesal italiano como instrumento de defensa, con renovadas energías a partir de la L 332/1995. Vid. BARBIERI, D., "Interrogatorio nel processo ...", op. cit., pág. 227; CASSARTELLI, (et. alt.), *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Milano, 1996, pág. 94. De la misma opinión, PISANI, M., "Le sanzioni per la violazione ...", op. cit., pág. 51.

¹⁹⁵ Según determina el nuevo art. 294 C.P.P.it, de encontrarse la persona sujeta a la medida cautelar de prisión provisional, habrá de recibírsele testimonio antes del transcurso de un plazo máximo de 5 días de duración. Si el imputado se hallare, en cambio, sometido a cualquier otra medida cautelar personal, la práctica de esta misma diligencia debe tener lugar en un tiempo no superior a 10 días. Asimismo se establece que el interrogatorio que como órgano encargado de la investigación puede ser llevado a cabo por el Ministerio Fiscal, no ha de preceder al prestado ante la autoridad judicial a los efectos de evitar que éste último venga reducido a una mera reproducción del anterior, "un simulacro", en palabras de CASARTELLI, limitado a confirmar cuanto ya con anterioridad hubiere sido manifestado. Vid. CASARTELLI, G., "Nuove norme sulle ...", op. cit., pág. 89.

¹⁹⁶ Véanse los arts. 62 y 63 del CPPPort.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

instrucción. Y, es manifestación asimismo de un derecho a autodefenderse, la facultad que le concede a prestar declaración acerca de los hechos que constituyen la acusación, durante el desarrollo del juicio¹⁹⁷.

El **derecho procesal penal francés**, por su parte, entiende el interrogatorio de la persona como un acto indispensable del proceso que, de un lado, puede resultar de utilidad a la averiguación de la verdad¹⁹⁸ y, de otro, permite al imputado poner en conocimiento de la autoridad que lo practica sus puntos de vista para, de este modo, articular su defensa. Es por ello que, con carácter previo a su celebración, al mismo se reconoce el derecho a ser informado de los cargos que se le dirigen, a guardar silencio y a no auto-inculparse. La práctica del interrogatorio habrá de tener lugar, pues, en condiciones tales que no sufra menoscabo su derecho a la dignidad personal ni los derechos de defensa que asisten al sometido al proceso¹⁹⁹.

De forma similar, en el **proceso penal alemán** la declaración del imputado parece concebirse no exclusivamente como medio de investigación o prueba²⁰⁰, en la medida en que a partir del mismo pueden conocerse ciertos elementos indispensables a la investigación -cuanto menos, los relativos a su situación personal, en el primero de los interrogatorios que se celebran²⁰¹- pero, fundamentalmente, por cuanto ofrece al

¹⁹⁷ En el resto de actuaciones la defensa puede ser ejercitada bien personalmente, bien a través del defensor, a excepción de aquellas que, con exclusividad, han de venir ejercitadas por éste último; ello, por tratarse de una actividad en la que la preparación del letrado resulta esencial en interés del propio sujeto imputado, profano generalmente en estas artes.

¹⁹⁸ Ello, aun cuando la falta de sinceridad no resulte penalmente reprobable. Vid. STEFANI, G., LEVASSEUR, G., y BOULOC, B., *Procédure Pénale*, 16 ed., 1996, pág. 521. Sobre el reconocimiento del derecho del imputado al silencio puede verse asimismo, DELMAS-MARTY, *Le droit aus silence en Procédure Pénale*, Travaux de la Fac. Soc. Jurid. Polit. et Soc. Lille, pág. 273.

¹⁹⁹ Señala asimismo LEVASSEUR como segunda manifestación de la intervención directa de la parte en el proceso en ejercicio de su propia defensa, el sometimiento a careos discrecionalmente acordados por el juzgador, en los que habrán de ser observadas las mismas reglas antes aludidas, al respecto de los interrogatorios (Arts. 114, 119 y 121 CPPfr). Vid. LEVASSEUR, G., con STEFANI, G., y BOULOC, B., "Procédure Pénale", op. cit., pág. 527.

²⁰⁰ Sobre el particular, véase, KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., *Strafprozessordnung*, München, 1997, págs. 464 y 466, especialmente.

²⁰¹ Vid. § 136(3) StPO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

imputado la ocasión de pronunciarse acerca de los hechos delictivos que se le imputan y de invocar argumentos o elementos de prueba en su descargo²⁰².

En efecto, en esa fase procesal preparatoria, al sujeto pasivo del proceso se reconoce el derecho, de rango constitucional, a ser escuchado²⁰³, de suerte que, en caso alguno puede el proceso culminar en su condena si no hubiere tenido antes posibilidad de pronunciarse acerca de los hechos y de oponerse a las pruebas propuestas en su contra. Así pues, desde el momento en que la imputación le viene formulada en contra y en diferentes momentos procesales²⁰⁴, a éste se reconoce la facultad de prestar declaración.

Ahora bien, como no podría ser de otro modo, su interrogatorio debe ir precedido, bajo pena de nulidad en otro caso, de la información del derecho que le asiste a rechazar el responder a las preguntas que se le dirijan en su comparecencia ante el Juez de Instrucción, de la facultad de declarar o no sobre el fondo²⁰⁵, de reclamar la asistencia de un defensor -sin que la presencia de éste último sea preceptiva durante el desarrollo del interrogatorio ante los órganos policiales²⁰⁶- y el derecho a dar aviso de su situación a un pariente o persona de confianza que el mismo elija.

²⁰² Según precisa el § 136(2) StPO, el interrogatorio "deberá dar oportunidad al inculpado de despejar los motivos de sospecha que contra él existieran y de hacer valer los hechos que le fueran desfavorables". Sobre el interrogatorio del inculpado, véase asimismo el § 163 a StPO.

²⁰³ § 103 al 1 GG. Sobre el particular puede verse, HÜNERFELD, P., *La phase préparatoire dans le procès pénale en RFA*, RIDP, 1985, pág. 121 y PETERS, K., *Beschleunigung des Strafverfahren*, in Schreiber. "Strafprozess und Reform", Heidelberg, 1979, pág. 82.

²⁰⁴ Según se previene en los artículos, § 136, 163a StPO, el detenido puede durante el curso de la investigación policial prestar declaración, y por supuesto, una vez recibe del Fiscal la notificación de los cargos dirigidos en su contra. (Véase asimismo, el § 201 StPO).

²⁰⁵ Desde el momento en que se considere imputado, el sujeto pasivo del proceso debe ser advertido del derecho que le asiste a guardar silencio, según dispone el artículo § 136 I, en relación con el § 163 IV, ambos de la StPO.

²⁰⁶ Vid. RANSIEK, A., "Belehrung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation ...", op. cit., pág. 346.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

De lo hasta el momento expuesto interesa hacer notar que, en todos y cada uno de los ordenamientos nombrados incluido el nuestro, el reconocimiento a la persona imputada del derecho a prestar declaración y ejercitar la defensa, viene acompañada de la facultad de designar un Abogado de confianza o solicitar la designación de uno de oficio, para que asista a la celebración de la diligencia de interrogatorio a la que se aludía²⁰⁷. Esto último sirve de enlace al análisis que se proponía de aquella otra modalidad de ejercicio de la defensa llevada a cabo por un técnico en derecho en interés de la propia parte²⁰⁸.

Por razones que de inmediato se conocerán y que pueden resumirse en la necesidad de que frente a una acusación técnica exista siempre una defensa del mismo carácter en garantía del restablecimiento de la dialéctica procesal, resulta precisa la intervención junto al imputado de un Letrado que colabore en el ejercicio unitario del derecho de defensa²⁰⁹

2.2.2. LA DEFENSA FORMAL O TÉCNICA.

Se conoce como "defensa formal", aquella actividad llevada a cabo por un profesional del derecho, en nombre de la parte y en favor de sus derechos e intereses.

²⁰⁷ Ciertamente, los distintos ordenamientos procesales examinados coinciden en su reconocimiento al imputado de la facultad de designar libremente Abogado que ha de presenciar el interrogatorio, para cuyo fin, habrá de ser debidamente convocado por la autoridad que corresponda. Pero, aun cuando es común la exigencia de dar conocimiento previo al imputado de la facultad de libre designación del letrado -sin la cual no puede ser obligado a prestar declaración- alguna diferencia se observa en cuanto al papel a asumir por las distintas autoridades que han de recibirla, en particular, en cuanto a la posibilidad de celebrar o no la diligencia en su ausencia.

Por lo que respecta a nuestro derecho es interesante conocer -aunque haya de prescindirse de examinar aquí su contenido- que la STC 229/1999 ha declarado que "la renuncia a la asistencia de Abogado, prestada por una persona que no se encontraba detenida, no vulnera su derecho a la asistencia letrada, ni vicia su primera declaración durante la instrucción" de una causa por delito.

²⁰⁸ La presencia junto a la parte que presta declaración, de un Abogado de libre elección o nombrado y debidamente convocado por la autoridad que corresponda, en opinión de MAISTRE DU CHAMBON, constituye la más elemental de las garantías a observar en un interrogatorio. Vid. MAISTRE DU CHAMBON, P., con CONTE, P. *Procédure Pénale*, Paris, 1995, pág. 198.

²⁰⁹ MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., ed. 1997, pág. 359.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Como puede notarse, característica esencial de esta segunda modalidad de ejercicio de la defensa es su desarrollo por un sujeto dotado de una específica preparación técnico-jurídica, llamado a suplir la impericia por lo general presente en la persona del imputado, que pone en serio riesgo la salvaguarda de su libertad individual.

En este punto, es acertada la opinión de quienes entienden que la "defensa técnica" complementa y posibilita la eficacia de la defensa privada o autodefensa. La misma, en verdad, se configura como elemento indispensable del que depende el logro de una defensa jurídica completa²¹⁰. Ahora bien, si cierto es que el Letrado interviene en el proceso y ejercita la defensa en interés de su patrocinado, también lo es que su intervención sirve a fines de índole superior.

El defensor, en efecto, dirige su actuación a la salvaguarda de los derechos de la parte y se une a ella en el ejercicio unitario del derecho de defensa, pero al propio tiempo satisface un interés que no es solo individual sino también social²¹¹, cual es la protección de la libertad como valor superior del ordenamiento; según afirmaba FOSCHINI, el Letrado ejercita la defensa considerando al sujeto imputado, no como ser único sino perteneciente a una colectividad jurídicamente organizada, de suerte que defiende en uno de sus miembros al grupo social en su conjunto²¹².

²¹⁰ GUTIÉRREZ ALVIZ y CONRADI, F., "Aspectos del derecho ...", op. cit., pág. 772. De la misma opinión, LÓPEZ LÓPEZ, AM., "Defensa técnica...", op. cit, marg. 709, y en la doctrina italiana, LEONE, G., "Tratado de derecho Procesal...", op. cit., pág. 577; PISAPIA, G., "Compendio di Procedura Penale", op. cit., págs. 35 y 36.

²¹¹ El propio artículo 8º del Estatuto General de la Abogacía concibe a este cuerpo profesional como "institución consagrada a la concordia y a la defensa del Derecho y de los intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y de la técnica jurídica".

La doctrina científica es también consciente de que la función encomendada al defensor penal adquiere una connotación pública, que trasciende del mero interés en la tutela de los intereses de la parte. Vid. CAROCCA PÉREZ, A., "La garantía procesal...", op. cit., pág. 497, y de la misma opinión, en la doctrina italiana, DENTI, V., *La difesa come diritto e come garanzia*, "Rev. Il foro italiano", Vol. C, 1977, pág. 55 y FOSCHINI, G., "L'imputato...", op. cit., pág. 27.

²¹² FOSCHINI, G., "L'imputato...", op. cit., pág. 28.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La sociedad, como acertadamente expone la doctrina²¹³, "no puede consentir el desequilibrio procesal y la indefensión material que se produciría de abandonar a su suerte a un ciudadano acusado, ante la cualificación técnica del Ministerio Fiscal y de los acusadores particulares"; la intervención del Abogado en auxilio de la parte viene, pues, a reequilibrar el peso de la acusación en el proceso, sirve, en definitiva, a la efectiva realización de los principios de igualdad de armas y contradicción²¹⁴.

De ello se desprende que la defensa formal o técnica opera como auténtica garantía de autoprotección del propio sistema²¹⁵ y al servicio de los intereses que la Justicia representa²¹⁶. Al Estado, qué duda cabe, interesa que el proceso se desarrolle justa y equitativamente, y en consecuencia, si encomienda la acusación a un órgano técnicamente cualificado, en las mismas condiciones ha de hallarse quien ejercite la defensa²¹⁷.

En garantía, pues, del elemental principio de igualdad de armas procesales ha de entenderse que, aquello que en un principio se configuraba como derecho a recibir los servicios de un Letrado que presta su asesoramiento y defensa, incorpora a esa naturaleza de mera facultad, la condición de requisito procesal necesario²¹⁸. Como en

²¹³ Vid. GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Los procesos penales", op. cit., pág. 179. De la misma opinión, AUGER LIÑÁN, C., "El papel y la posición del Abogado ...", op. cit., pág. 14.

²¹⁴ Vid. SsTS de 21 de julio de 1999, en la línea de la anterior, de 6 de marzo de 1995.

²¹⁵ Cfr. GIMENO SENDRA, V., "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 116. Sobre el particular, véase las SsTC 105/1999, de 14 de junio y, en la misma línea, las SsTC 233/1998 (FJ 3º), 29/1995 (FJ4º), 47/1983 (FJ 3º) y la paradigmática STC 42/1982 (FJ 2º).

²¹⁶ Según expresa uno de los interesantísimos votos particulares formulados al fallo de la STC 196/1987, de 19 de julio, la defensa técnica ha de concebirse como garantía de la existencia del propio Estado de Derecho. En el mismo sentido parece haberse pronunciado el Tribunal en las SsTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 2º y más tarde en la STC 216/1988, de 14 de noviembre, también en su FJ 2º.

²¹⁷ En el ordenamiento procesal portugués, en particular, la garantía es llevada al extremo de exigir, incluso al imputado que posee formación jurídica, ser acompañado de un defensor del que se espera mantenga la serenidad que, según parece sospechase, falta al primero y puede perjudicar a su defensa o a la propia Administración de Justicia.

²¹⁸ Según expresamente ha declarado el TC, en efecto, "la defensa es en ocasiones un derecho y en otras, un requisito". Vid. STC 42/1982, (FJ 2º).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

breve se conocerá, la misma LECrim consagra esta exigencia al imponer, con carácter preceptivo, la intervención del Letrado y el ejercicio por el mismo de la defensa con independencia de la voluntad de la parte privada en contrario²¹⁹.

Ello explica que, la pasividad del titular del derecho en la designación del profesional al que encomendar la asistencia y defensa técnica²²⁰, como primera manifestación del derecho, haya de venir suplida por la actuación del órgano jurisdiccional que de oficio ha de proveerle de Abogado en orden a la efectividad del irrenunciable derecho a la defensa²²¹.

2.2.2.1. Primera aproximación a la figura del defensor.

Como ya se adelantaba, el defensor interviene en el proceso en auxilio de la parte y en garantía de sus derechos, como sujeto procesal que integra esa "parte-defensa única", aunque de singular estructura, que se opone a la acusación. La relevancia de la misión que a este técnico se encomienda, como de inmediato se conocerá, justifica por sí sola la necesidad de su presencia y el énfasis que el legislador imprime a su garantía desde las primeras actuaciones procedimentales y hasta el instante en que culminan.

La norma procesal española, a diferencia de lo que sucede en algunos otros ordenamientos procesales del marco europeo²²², no contiene una concreta regulación de

²¹⁹ La norma constitucional declara necesaria la asistencia de defensor en los procesos por delito, ya en las diligencias policiales y judiciales de investigación. Vid. Art. 17.3º CE en relación con el art. 24 del mismo texto. Por su parte, el art. 520 LECrim tras la reforma operada por ley de 1983, exige de modo preceptivo la presencia del Letrado ya en las primeras diligencias policiales y judiciales que se practiquen.

²²⁰ Tratándose, como así es, de una necesidad procesal, la defensa técnica no puede quedar en las solas manos del imputado que no desea o no encuentra el modo de llevar a cabo la designación del letrado que debe prestarla.

²²¹ La excepción a la regla general de intervención necesaria del defensor en el proceso viene representada por lo expresado en el art. 520.5 LECrim, al respecto de aquellos procesos en los que ha de decidirse acerca de delitos cometidos contra la seguridad del tráfico, y en aquellos otros en los que han de enjuiciarse las faltas. Vid. Arts. 520.2 c), 520.5 y 788.1º todos ellos de la LECrim.

²²² Ello sí sucede, en cambio, en el Código procesal italiano, norma en que se contiene una particularizada regulación referida a cada uno de los distintos sujetos procesales; por lo que ahora interesa, al

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

la figura del defensor que señale con claridad la posición que ocupa en el proceso y las funciones a las que ha de dar cumplimiento durante su desarrollo; en realidad, su regulación se halla dispersa entre distintos cuerpos normativos y que, aunque vagamente, definen el papel que le corresponde desempeñar.

Ahora bien, desde la perspectiva de su consideración como cooperador con la Administración de Justicia, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ, en adelante) dedica su artículo 436 al Abogado al referirse a él como profesional Licenciado en Derecho, que ejercita la doble función de "dirección y defensa de las partes en toda clase de juicios, o el asesoramiento y consejo jurídico". Y, como no podría ser de otro modo, son explícitas las referencias al mismo y a sus funciones que se contienen en la norma reguladora del ejercicio de la profesión.

En efecto, el Estatuto General de la Abogacía (EGA, en adelante) aprobado por RD 2090/1982, de 24 de julio, detalla con precisión los derechos y obligaciones definitorias de su *status* jurídicos, y de este modo, la misión que en su condición de Abogado asume. En realidad, abstracción hecha de alusiones concretas al ámbito o momento procesal en que se articulan, pueden apuntarse como funciones a desempeñar por el profesional de la Abogacía, el asesoramiento o consejo, la representación y la defensa jurídica de la parte privada.

El letrado asume, en primer término, una labor de asistencia al imputado a quien ha de prestar auxilio y consejo jurídico; actúa, pues, como garante o consejero y

defensor se dedica todo un cuerpo de preceptos que definen su condición y el modo en que ha de dar cumplimiento en el proceso a la función de defensa jurídica que se le encomienda.

A nivel doctrinal se ha cuestionado la conveniencia de la inclusión de su regulación en la norma procesal frente a su regulación en una distinta de carácter deontológico. En este punto, y por apreciar en la participación del defensor en el proceso un mayor peso de los aspectos de su regulación de naturaleza pública sobre los de carácter exclusivamente profesional, CONSO y GREVI parecen decidirse por el acierto del primero de los modelos apuntados. Vid. CONSO, G., y GREVI, V., (et. alt.), *Profili del nuovo Codice di Procedure Penale*, 3ª ed., pág. 87.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ofrece el apoyo personal del que precisa el sometido al proceso, debilitado por razón de la especial situación en que la imputación le coloca limitando sus derechos.

A nadie escapa, sin embargo, que el acontecer en esos primeros instantes resulta determinante del destino procesal y, en consecuencia, penal y punitivo²²³; de ahí que el asesoramiento de un experto en leyes resulte necesario ya en esos momentos en que han de fijarse las bases en que sustentar la defensa²²⁴.

Ahora bien, desde que el mecanismo procedimental se pone en marcha, el letrado interviene en cumplimiento del doble cometido de representación -en aquellos supuestos, aunque reducidos, en que dicha labor no corresponda al procurador de los Tribunales²²⁵- y la defensa en juicio de los derechos e intereses de la parte²²⁶.

Pero, en esencia, la misión encomendada al defensor es la de litigar ante el Juez²²⁷; el mismo interviene en nombre y por cuenta, tanto del imputado ausente, cuanto de aquél que se encuentre presente; le corresponde, pues, expresar la intención o razones

²²³ Pero, razón de fuerza es, sin duda, la apuntada por GIMENO SENDRA, relativa a la posibilidad de preconstitución o anticipación de pruebas. "Constitución y Proceso", op. cit., págs. 97 a 100. Según acertadamente advierte el autor, el juicio que con posterioridad se celebra, ha de fundarse en medios de prueba cuyo origen puede ser, precisamente, un acto procesal practicado en estos primeros instantes; el material fáctico sobre el que su resolución se apoya, conforme a lo prevenido en el art 650. 1ª de la LECrim, será aquél que resulte del sumario; de ahí que haya de entenderse necesario el desarrollo de éste último con la intervención del imputado y su defensor.

²²⁴ Véase, GIMENO SENDRA, V., "Algunas sugerencias de reforma para una nueva ordenación de la defensa en la instrucción", op. cit., pág. 8, y asimismo, con VIVES-ANTÓN, T., "La detención", op. cit., pág. 142.

²²⁵ Este otro técnico en Derecho, asume la función de representación de la parte, actividad que básicamente consistirá en la recepción de las notificaciones pertinentes, entendiéndose con él las actuaciones precisas para el avance y correcto desarrollo del proceso. Excepcionalmente, sin embargo, la norma procesal permite que sea el mismo letrado quien asuma la dualidad de funciones, declarando no preceptiva la designación de procurador.

²²⁶ Acierta al señalar MARQUES DA SILVA -aunque refiriendo sus palabras al proceso penal portugués- que, en el ejercicio de sus funciones, debe el defensor prestar al imputado el más completo y esclarecedor consejo del que fuere capaz, asistirle en todos los actos en que debe o pueda participar, y en general, representarlo en el ejercicio de sus derechos procesales. "Curso de Processo Penal ...", op. cit, pág. 286.

²²⁷ Sobre el particular puede verse, AUGER LIÑÁN, C., "El papel y la posición del Abogado ...", op. cit., págs. 16 y 17.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de su patrocinado con ocasión de la práctica de determinados actos procedimentales, y formular la pretensión en sus escritos iniciales y en las conclusiones definitivas e informes²²⁸.

La actuación del defensor, qué duda cabe, ha de ser favorable a la salvaguarda de los intereses privados de la parte y, en consecuencia, se orienta a la protección de la libertad individual de su patrocinado: En realidad, a la defensa inicialmente interesa excluir la imputación, esto es, diluir toda sospecha acerca de la existencia del hecho delictivo o la participación en él de quien se presume autor, y evitar en su caso la adopción de una medida cautelar o la agravación de la que ya adoptada y su pronta revocación.

Ahora bien, desde el momento en que la acusación se formula y en adelante, ese mismo fin de favorecer la pretensión del sujeto pasivo del proceso ha de guiar al Letrado en el desarrollo de una actividad defensiva que posibilite una eficaz oposición a la misma; en el ánimo del defensor ha de hallarse, en definitiva, la consecución de una sentencia absolutoria de la culpabilidad o, de resultar la condena, obtener la menos grave de las penas posibles a imponer a su patrocinado.

2.2.2.2. La justificación de la intervención del defensor en el proceso.

De lo hasta el momento expuesto se desprende la necesidad de la intervención del Letrado a los efectos de diseñar con eficacia la estrategia defensiva; ello, habida cuenta de que dicha actividad ha de articularse conforme a los cauces que las normas procesales establecen.

²²⁸ En el proceso penal francés, la persona es representada en juicio por un mandatario designado al efecto, receptor de las notificaciones a ella destinadas; en su labor de representación, el Abogado es investido por su cliente de un mandato de muy especiales características; un mandato de representación tácito, por cuanto no ha de ser probado ante el Juez, y de aquéllos denominados *ad litem*, válido para todos los actos necesarios a la conducción del proceso. Para un conocimiento en profundidad puede verse, RASSAT, ML., "Institutions...", op. cit., págs. 279 y 280 y PERROT, R., *Institutions judiciaires*, 7ª ed, Paris, 1995, págs. 375 y 376.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Una vez se pone en marcha el mecanismo procedimental, en su condición de técnico, ejercita la defensa allá donde la actuación de la parte por sí sola no garantiza un adecuado aprovechamiento de las posibilidades defensivas que el Derecho deja a su alcance.

Esto último, pone al descubierto la razón fundamental que ha llevado al legislador a entender preciso el ejercicio de la defensa por Letrado, cual es la finalidad última de garantizar las exigencias de contradicción e igualdad entre las partes procesales, en la forma que en breve se expondrá. Acierta, pues, GIMENO SENDRA²²⁹ al señalar que, "el mandato legal de defensa por medio de Abogado, encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo, en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal"¹¹²³⁰.

En efecto, la sujeción al proceso no por voluntad propia sino por efecto de la fuerza coercitiva de la acción estatal, coloca al individuo en una situación de inferioridad, provocada por la amenaza a la que quedan expuestos sus derechos, y en particular su libertad²³¹, posición ésta desde la que, como sujeto pasivo del proceso, ha de proyectar y comenzar a articular su defensa.

Sin embargo, no es extraño que falte al sujeto la serenidad o pericia que la comprensión y el manejo de las técnicas jurídicas exigen, como no lo es tampoco que padezca falta de memoria, de poder relacionante o quizás que carezca de un nivel cultural adecuado que le impida o cause perjuicios, quizás irreparables, a la reunión, selección, exposición y prueba de los hechos y de las circunstancias que haya de ofrecer en su defensa²³².

²²⁹ GIMENO SENDRA, V., "Los Procesos Penales", op. cit., pág. 214.

²³⁰ Véase asimismo, la STC 29/1995.

²³¹ PRIETO CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, F., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 131.

²³² MANZINI, V., "Tratado de Derecho Procesal...", op. cit., Tomo II, págs. 572 y 573.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En estas condiciones, es difícil confiar en que el imputado pueda por sí solo manejarse con éxito y aprovechar las máximas ventajas en el empleo de las distintas posibilidades defensivas que en su favor se prevén, y es por ello que el legislador pone a su alcance la facultad de servirse de personas que poseen una preparación específica. El letrado ejercita, en cambio, una defensa fundada en normas de derecho material o procesal, cuyo conocimiento requiere cierta pericia que por ley debe poseer, y del que la parte privada generalmente carece²³³.

No cabe duda, pues, que el desconocimiento de la práctica forense y esa probable ausencia de templanza suficiente en un sujeto amedrentado ante el poder que representa la autoridad estatal²³⁴, justifican sobradamente la intervención del defensor técnico en su auxilio²³⁵.

A esto último, en ocasiones, se añade la imposibilidad física de actuación²³⁶, o cuanto menos, la enorme dificultad en que se halla el imputado privado de libertad con finalidad cautelar²³⁷, y en compensación a lo cual, el legislador refuerza la garantía a partir del reconocimiento del derecho a la asistencia y defensa técnica desde los primeros instantes del proceso.

²³³ Idem. op. cit., pág. 573.

²³⁴ CORDERO, F., *Procedura Penale*, Varese, 1979, págs. 107 y 108. El autor insiste en el hecho constatado, o cuanto menos, el riesgo permanente de que la altura e idoneidad intelectual del sujeto pasivo pueda estar por debajo del nivel del proceso; según afirma este autor, "el razonamiento jurídico parte de unas premisas que el profano siempre ignora".

²³⁵ La existencia de la defensa técnica, como bien señala AGUILERA DE PAZ, en absoluto obedece a meras razones de tradición histórica. La complejidad y el tecnicismo de las leyes es, sin duda ninguna, el motivo esencial por el que resulta precisa la intervención de un defensor en el proceso. Vid. AGUILERA DE PAZ, E., "Comentarios a la LECrim", Tomo II, op. cit., pág. 7; RAMOS MÉNDEZ, F., "El sistema procesal español", op. cit., pág. 297; ORTEGA PINTO, LT., *Defensa y representación de oficio. Exigibilidad de las minutas de Abogados y procuradores*, Rev. Der. Proc., 1993, núm. 3, pág. 607.

²³⁶ MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El proceso Penal", op. cit., pág. 454.

²³⁷ MORENO CATENA, V., *Garantía de los Derechos Fundamentales en la investigación penal*, "Rev. Poder Judicial", núm. esp. II, pág. 170 y asimismo en "La defensa...", op. cit., pág. 40; GIMENO SENDRA, V., "La naturaleza de la defensa...", op. cit., pág. 107; GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., "Aspectos ...", op. cit., pág. 767; JIMÉNEZ ASENJO, E., "La defensa ...", op. cit., pág. 29. De esta opinión es asimismo BELLAVISTA, G., "Studi sul processo...", op. cit., pág. 132.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La presencia del defensor junto a la parte se mantiene a lo largo del desenvolvimiento de las actuaciones procedimentales; en verdad, la participación de este último viene a equilibrar el peso de la acusación en el proceso²³⁸. Su intervención, que duda cabe, posibilita la integración técnica de la parte y contribuye, a partir de su asesoramiento y prudente dirección, al equilibrio de facultades entre los sujetos procesales²³⁹ en garantía de una oposición eficaz frente a la acusación formulada²⁴⁰.

Pero, si cierto es que la defensa técnica responde a la exigencia de ver asegurado el principio de contradicción y de su complemento inexcusable, el principio de igualdad de armas procesales²⁴¹ en cada aspecto del proceso, no lo es menos que la misma resulta indispensable a los efectos de garantizar el regular ejercicio del poder jurisdiccional²⁴².

En efecto, como experto conocedor del derecho, garantiza con su presencia el correcto desenvolvimiento del juicio²⁴³, a su vez, en garantía de la consecución de la

²³⁸ Son palabras de ORTOLFF, que recuerda BELLAVISTA, G., *La difesa nella istruzione penale*, en "Studi sul Processo Penale", op. cit., pág. 132.

²³⁹ En opinión de GIMENO SENDRA que se comparte, la intervención del defensor responde a la necesidad de que frente a una acusación técnica, aparezca también una defensa técnica. Vid. "Los Procesos Penales", op. cit., pág. 214.

²⁴⁰ LEONE, M., "Tratado de Derecho Procesal", Tomo I, op. cit., pág. 566. La asistencia de un experto en leyes, según acierta a precisar GÓMEZ DE LIAÑO, permite al sujeto pasivo la utilización provechosa de cuantas posibilidades de defensa reconoce la ley en orden, precisamente, al equilibrio de facultades entre las partes. "El Proceso Penal", op. cit., pág. 86. En esta opinión coincide PICÓ I JUNOY, quien señala que la asistencia y defensa por letrado ofrece a las partes la oportunidad de defenderse debidamente, esto es, intervenir en el proceso de la forma más conveniente a sus derechos e intereses. *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1996, pág. 106.

²⁴¹ En este sentido se ha pronunciado nuestro máximo intérprete constitucional, en multitud de sentencias de las que pueden mencionarse, entre otras, las SsTC 92/1996, de 27 de mayo, FJ 3º; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 4; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2º; 162/1993 de 18 de mayo, FJ 3º; 208/1993, de 30 de noviembre, FJ 1º; 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 2º; 135/1991, de 17 de junio, FJ 1º; 71/1990, de 5 de abril, FJ 8º; 194/1987, de 9 de diciembre, FJ 2º; 47/1987, de 22 de abril, FJ 2º.

²⁴² TRANCHINA, A., con PAGLIARIO, G., "Istituzioni di Diritto ...", op. cit., pág. 243.

²⁴³ La presencia del defensor, en opinión del italiano BELLAVISTA, no sólo sirve para reintegrar la dialéctica procesal, sino que obedece a una exigencia de control que permite el desenvolvimiento de la relación jurídica procesal; en este mismo sentido, véase CAROCCA PÉREZ, A., "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 496; CARULLI, N., "Il diritto di difesa..", op. cit. pág. 149; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 177.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

verdad y, de este modo, de la tutela judicial efectiva consagrada por la Norma Fundamental.

Este doble papel que, según parece evidenciarse, cumple el defensor en el proceso, hace surgir ciertas dudas en torno a la naturaleza de la figura y, en particular, al grado de autonomía con el que cuenta en el desarrollo de sus funciones. Dicha incertidumbre afecta, de un lado, a la mayor o menor vinculación en su actuación a las instrucciones que recibe de su patrocinado, y de otro, a la dependencia o no en su proceder de la Administración de Justicia como servidor de los intereses que ésta representa.

La respuesta al primero de los interrogantes aquí planteados en torno a la relación imputado-defensor, será distinta en función de la mayor o menor elasticidad que se reconozca a dicho vínculo y ofrece asimismo solución a eventuales problemas de inconciliación de voluntades entre los sujetos implicados²⁴⁴. Responder, en cambio, a la segunda de las cuestiones propuestas hace obligado examinar la intensidad de la relación del defensor con el órgano jurisdiccional destinatario de su actuación, de la que depende la consideración del primero como órgano colaborador de la Jurisdicción o, como parece más acertado en nuestro modelo procesal, independiente de la misma en el desarrollo de sus funciones.

Al respecto pueden verse asimismo las SsTC 18/1995, de 24 de enero, FJ 2º; 29/1993, de 19 de abril, FJ 3º; 140/1987, de 23 de julio, FJ 3º; 7/1986, de 21 de enero, FJ 2º; 30/1981 de 24 de julio, FJ 3º.

²⁴⁴ En lo que a la relación Abogado-cliente respecta, habrá de prestarse atención a la distinta fuente de la que dicho vínculo procede, esto es, la libre designación por este último o el nombramiento de oficio por la autoridad judicial.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.2.2.3. Sobre la relación que liga al Abogado y su cliente.

La primera de las dudas planteadas -referida a la relación Abogado-cliente- encierra cierta complejidad y no obtiene de la doctrina respuestas claras y unánimes²⁴⁵; en realidad, la misma está en función de la naturaleza que se reconozca al vínculo²⁴⁶ que entre ambos se establece. En verdad, la necesidad de limitar el objeto de esta investigación impide detenerse en el examen pormenorizado de estos extremos, pero no el señalar que el Letrado goza de un cierto margen de autonomía respecto de su patrocinado, en el ejercicio de la actividad defensiva.

En este punto, no falta razón a MORENO CATENA cuando afirma que, el desarrollo de la asistencia y defensa técnica por el defensor en caso alguno puede entrar en colisión con la voluntad del defendido. Este último, en opinión del autor, ha de entenderse como *alter ego* procesal y colaborador en el ejercicio de la defensa a partir de la realización de una función de apoyo técnico carente de virtualidad decisoria²⁴⁷.

²⁴⁵ En torno a esta cuestión, en la doctrina alemana, pueden verse entre otros, BEULKE, W., *Die Verteidiger im Strafverfahren. Funktionem und Rechtstellung*, 1980; KREKELER, W., *Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung*, "Rev. NStZ", 1989, núm. 4, págs. 146 a 153; ULLRICH, CM., *Handlungsmöglichkeiten des Strafverteidigers im Haftverfahren ?*, "Rev. StV", 1986, pág. 268 a 270, en una réplica a C. RÜCKEL.

²⁴⁶ Ciertamente, el carácter preceptivo de la defensa formal o técnica obliga a la autoridad judicial a efectuar el nombramiento de un Abogado de oficio en defecto de la libre designación de Letrado por el titular del derecho.

Esta distinta fuente de la que procede el llamamiento de este último al proceso condiciona inevitablemente la naturaleza de la relación que le une a su patrocinado.

Así puede afirmarse que el vínculo que establece el imputado con el defensor de libre elección viene sujeto a normas pertenecientes al derecho privado y, en consecuencia, de naturaleza disponible para las partes.

La relación que, en cambio, le une al Abogado de oficio que designa el órgano jurisdiccional, se halla regulada por normas de Derecho público e indisponibles por ambos sujetos, habida cuenta de que resulta de interés al conjunto de la sociedad el que el sujeto participe en el proceso, en todo caso, asistido y defendido por Letrado. Vid. GIMENO SENDRA, V., y asimismo en "Los procesos penales", op. cit., pág. 180.

²⁴⁷ MORENO CATENA, V., "Algunos problemas del derecho de defensa ...", op. cit., pág. 460, y asimismo en "Derecho Procesal Penal", op. cit., ed. 1997, pág. 359.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

De lo anterior puede derivarse como conclusión que, de resultar encontradas las voluntades del imputado y su Abogado defensor, habría de hacerse prevalecer la expresada por el primero en su condición de auténtico titular del derecho²⁴⁸.

Sin embargo, entender que el letrado interviene en el proceso en auxilio de la parte y en cumplimiento de una misión que alcanza a la garantía de un perfecto desarrollo del proceso y, en definitiva, de una correcta administración de la Justicia, hace obligado reconocer en el defensor cierto grado de autonomía en su actuación; autonomía, que es absoluta frente al Juez²⁴⁹, pero sólo relativa respecto de la persona en favor de la cual ejercita la defensa²⁵⁰, de quien, en consecuencia, puede el Letrado recibir instrucciones en un sentido determinado, a las que ha de ajustar su actuación.

Lo cierto es que, si se atiende al dato de que el Letrado interviene al efecto de suplir la impericia de la parte, y por razón del diferente grado de conocimiento de las leyes o de serenidad en las actuaciones apreciado entre ambos, no puede evitarse la duda acerca de la conveniencia²⁵¹ de reconocer, en caso de discordia, cierto peso al criterio del

²⁴⁸ Vid. AUGER LIÑÁN, C., "El papel y la posición del Abogado ...", op. cit., pág. 14; CAROCCA PÉREZ, A., "La garantía procesal...", op. cit., págs. 446 y 450; MORENO CATENA, V., "El Proceso Penal", op. cit., pág. 448.

²⁴⁹ Según determina el art. 437.1º LOPJ, en su actuación ante los Jueces y Tribunales, "los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de la buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función, y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa". "Si el Abogado actuante", prevé asimismo el art. 52 EGA, "considerase que la Autoridad, Tribunal o Juzgado coartase la independencia y libertad necesaria para cumplir sus deberes profesionales, o que no se le guardase la consideración debida al prestigio de su profesión, podrá hacerlo constar así ante el propio Juzgado o Tribunal y dar cuenta a la Junta de gobierno. Dicha junta, si estima fundada la queja, remitirá los antecedentes de lo actuado al Consejo General de la Abogacía, para que este Organismo adopte los acuerdos precisos al debido amparo del prestigio de la profesión".

²⁵⁰ MORENO CATENA, V., (et. alt.) "Derecho Procesal Penal", op. cit., ed. 1997, págs. 360 y 361; GIMENO SENDRA, V., "Constitución y Proceso", op. cit., págs. 114 y ss., y asimismo en "Los Procesos Penales", op. cit., pág. 171.

²⁵¹ La LECrim parece reconocer al defensor cierto grado de autonomía en su actuación procesal que, en particular, se manifiesta en el instituto de la conformidad; trámite éste, en el que, a la vista de lo que disponen los artículos 655 y 694 de dicha norma, resulta al Letrado posible prescindir de la voluntad de su patrocinado, o hacer prevalecer su criterio respecto de la conveniencia o no de conformarse con la acusación formulada en contra de su patrocinado.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

defensor llamado al proceso en su condición de técnico y garante de los derechos de su patrocinado²⁵²; ello, habida cuenta de que el interés demostrado por el legislador en el otorgamiento de las máximas garantías al derecho del imputado a la asistencia y defensa por Letrado, como único sujeto al que se presume capaz de aprovechar con éxito las posibilidades defensivas previstas en las leyes en favor del primero, perdería en otro caso parte de su sentido.

Ello, sin embargo, no debe hacer olvidar que el imputado es el auténtico titular del derecho de defensa que se ejercita y, en ese sentido, ha de ser él quien decida el alcance de su resistencia a la acusación que le viene formulada en contra. En consecuencia, como bien advierte MORENO CATENA, no puede ser despojado de su derecho, siquiera en favor de su Abogado; antes al contrario, la titularidad del derecho implica el goce por el mismo del control de su ejercicio²⁵³.

Hallar soluciones al problema de inconciliación de voluntades que eventualmente se plantea entre los sujetos implicados en la relación, en realidad, exigiría un replanteamiento de la verdadera posición que ocupa el defensor en el proceso de cara a la Administración de Justicia y a los intereses que la misma representa que, por exceder del objeto al que había de circunscribirse esta investigación, puede sólo ser objeto de una breve alusión.

2.2.2.4. La intervención del defensor como colaborador de la Jurisdicción.

El defensor técnico se configura en el proceso como sujeto procesal a través o con el auxilio del cual puede, y en algunos casos debe, venir ejercitada la función

²⁵² CARRARA, F., *Acusato e patrono*, escrito que firma en Pisa, 1870, y recoge en, *Opusculi di Diritto Criminale*, vol. III, 1878, pág. 627.

²⁵³ En opinión del autor, en efecto, la nota de "inviolabilidad" inherente al derecho de defensa, equivale a "inalienabilidad". Vid. "Algunos problemas del derecho de defensa ...", op. cit., págs. 459 y 460, donde recoge la opinión de DENTI, que comparte. (Vid. DENTI, V., "La difesa come diritto e come garanzia", op. cit., pág. 50).

defensiva; misión ésta que, en esencia, consiste en hacer valer en el proceso derechos subjetivos y otros intereses jurídicos del imputado²⁵⁴.

Así pues, y aun sin llegar al extremo de VARGHA²⁵⁵ que concibe al defensor como yo formal del imputado, "su boca y oído jurídico", es claro que el Letrado participa en el proceso como uno de los dos sujetos en que la parte-defensa se halla estructurada²⁵⁶. Como ya se adelantara, la entidad de los intereses puestos en juego y la necesidad de actuar conforme a exigencias técnicas para tutelarlos, hace precisa la intervención en el proceso junto al imputado, de un sujeto dotado de capacidad profesional que colabore en el ejercicio unitario del derecho de defensa²⁵⁷.

Ciertamente, al Letrado se encomienda una función "colaboración técnica" en el desarrollo del proceso y al servicio de los intereses de la parte, pero no exclusivamente; su labor, al propio tiempo, sirve a la satisfacción de otros intereses de naturaleza pública directamente relacionados con la Administración de Justicia.

Afirmar esto último obliga, sin embargo, a cuestionarse la consideración del defensor como "ayudante" u "órgano colaborador" de la Justicia, para su recta administración y, en consecuencia, a examinar la existencia de cierta dependencia del defensor respecto del Tribunal al que dirige su actuación²⁵⁸. Ello, inevitablemente,

²⁵⁴ SCHÄFER, G., "Die Praxis des Strafverfahrens ...", op. cit., pág. 99.

²⁵⁵ El autor considera la parte-defensa, en sentido formal, comprensiva de un conjunto de sujetos contrarios a la acusación, y en esta estructura, concibe al defensor como elemento de integración de la parte privada. *Die Verteidigung in Strafsachen*, Viena, 1789, pág. 286, citado por LEONE, G., "Tratado de Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 577.

La misma opinión parece sostener CARNELUTTI al considerar que la figura del defensor se incluye o se une a la del Ministerio Fiscal y el Juez, en la triada del "ufficio giudiziario", razón ésta, por la que se refiere a él como elemento instrumental subjetivo. "Principi del Processo ...", op. cit., pág. 46.

²⁵⁶ FOSCHINI, G., "L'imputato ...", op. cit., pág. 28; GIMENO SENDRA, V., (et. al.), "Los Procesos Penales", op. cit., pág. 171, y asimismo en "Constitución y proceso", op. cit., pág. 95.

²⁵⁷ DE MARISCO, A., *Diritto Processuale Penale*, obra reeditada y puesta al día, por PISAPIA, GD., Napoli, 1966, págs. 93 y 94.

²⁵⁸ Habla CALAMANDREI, y recoge sus palabras GARCÍA TORRES, de una "relación de reciprocidad existente entre esas dos fuerzas -Juez y Abogado- en cuyo equilibrio se resumen todos

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

implicaría el reconocimiento a la autoridad judicial de cierto poder de control sobre la relación imputado-defensor al efecto de acreditar el debido cumplimiento por aquél de la misión que se le encomienda y de la facultad para el mismo de corregir, en su caso, las disfunciones apreciadas a partir de la separación de la defensa del Letrado que se presume incumplidor de sus obligaciones²⁵⁹.

En verdad, según lo expresado por el mismo EGA, "el principal deber del Abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados"²⁶⁰. La Abogacía, según el mismo Texto señala, es una institución consagrada "a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados (...)"²⁶¹, si bien, esto último no ha de llevar al extremo de considerar al defensor interviniente como órgano colaborador, a no ser que esa colaboración se entienda plenamente coincidente con la tutela del derecho a la libertad de su patrocinado²⁶².

La consideración de la figura del defensor como colaborador o funcionario y, en consecuencia, la consideración de su función integrada en un "servicio público" no puede sostenerse, a menos que se apoye en la ignorancia de que el defensor dirige su actuación en el proceso al alto fin de la defensa de los derechos e intereses de su patrocinado, que en caso alguno pueden verse defraudados²⁶³. El Letrado ocupa en el proceso la posición de parte procesal pasiva, que integra junto al imputado, y orienta su

los problemas jurídicos y morales de la Administración de Justicia". Según expresa el autor, "ambos son por sí mismos órganos de la Justicia, dos elementos inseparables de la misma función". Vid. *Jueces y Abogados*, "Rev. Uruguaya de Derecho Procesal", 1996, núm. 4, pág. 647.

²⁵⁹ Cfr. GIMENO SENDRA, V., "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 114.

²⁶⁰ Vid. Art. 39 EGA. Y, según el mismo precepto a continuación señala, "en ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de justicia a que la Abogacía se halla vinculada".

²⁶¹ Vid. art. 8º EGA.

²⁶² Nuestra opinión coincide plenamente con la expresada en este punto por GIMENO SENDRA, V., (et. alt.) "Los Procesos Penales", op. cit., pág. 171 y MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", op. cit., pág. 448.

²⁶³ AUGER LIÑÁN, C., "El papel y la posición del Abogado ...", op. cit., págs. 13 y 14.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

actividad a la salvaguarda de los más elementales derechos de este último, y en particular, de su derecho a la libertad especialmente afectado.

Ello da idea de la enorme intensidad del vínculo que nace del ejercicio del fundamental derecho defensa, ya sea a partir del nombramiento de un Abogado de libre elección, ya lo sea a través de la intervención del que designa la autoridad judicial en lugar de la parte. Pero, si bien ha de excluirse la potestad de control del órgano jurisdiccional sobre la relación imputado-defensor, no puede ignorarse la necesidad de que el mismo asegure con su intervención la asistencia y defensa técnica que ha de garantizarse al primero desde el momento en que la imputación se entienda surgida.

2.2.2.5. Vías de entrada del defensor en el proceso: la libre designación y el nombramiento de oficio.

Como ya señalara TRANCHINA²⁶⁴, el defensor no existe por sí mismo, sino que aparece en función de una relación establecida con un sujeto diverso. Su entrada en el proceso, como se hacía alusión en páginas que preceden, puede tener lugar a través de dos vías que operan sucesivamente, de suerte que el acceso a través de la segunda de ellas tiene solo lugar en defecto de la anterior, por voluntad del titular de la defensa.

A esta doble procedencia obedece la distinción entre Abogado de confianza y aquél otro que se ha dado en llamar Abogado "de oficio", fruto de la libre elección del imputado, el primero de ellos, y de la designación por parte de la autoridad judicial si aquel así lo solicitara o no alcanzara a efectuar el nombramiento siendo éste necesario, el segundo de los nombrados.

²⁶⁴ TRANCHINA, G., con SIRACUSANO, D., GALATI, A., ZAPPALÁ, E., "Diritto Processuale penale", vol. I, op. cit., pág. 219.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.2.2.5.1. La libre designación de Abogado.

La primera de las vías de entrada del defensor al proceso, es consecuencia del ejercicio del derecho de asistencia letrada, en la que puede entenderse como su primera manifestación, cual es la libre elección por el imputado del sujeto que ha de prestarla.

Ciertamente, desde el momento en que adquiere la condición de imputado, viene a éste reconocida la facultad de designar libremente Abogado; designación que, presumiblemente, se hace recaer sobre el Letrado a quien entienda más adecuado para la salvaguarda de sus derechos.

La relación imputado-defensor nace, pues, de una confluencia de voluntades, la del primero que efectúa el nombramiento sobre el profesional que entienda más adecuado para el desarrollo con éxito de la actividad defensiva, y la del destinatario de la designación que ha de aceptar el encargo, pasando a convertirse desde ese instante en defensor de la parte y sujeto interviniente en el proceso.

A nadie se le escapa, pues, que la relación que les une se halla basada en la mutua confianza hasta el punto de que la desaparición de este elemento resulta determinante de la extinción del vínculo mismo que se establece. En consecuencia, tan pronto puede el titular de la defensa llevar a cabo la revocación del mandato, cuanto el Letrado renunciar al encargo, con la exigencia de su comunicación al Colegio Profesional al efecto de la provisión de un sustituto.

Sin embargo, parece conveniente precisar que la mencionada facultad de designar libremente Abogado en que el derecho a la asistencia y defensa técnica se manifiesta, viene impedida a todo detenido o preso sometido a incomunicación. Este último, "en todo caso" y aunque sólo por el tiempo en que se halle en esa situación, habrá de recibir la asistencia de un Abogado de oficio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Pero, al margen de la excepcionalidad que esto último representa²⁶⁵, es claro que la designación de Letrado y su posterior aceptación hace surgir una relación jurídica²⁶⁶ entre el imputado y su defensor, de la que se derivan derechos y obligaciones para ambos, sustentada en la confianza mutua. Esto último, que no admite dudas respecto del vínculo que nace de la voluntad de la parte, algún inconveniente plantea con ocasión de la designación del Letrado por la autoridad en contra de la voluntad del titular de la defensa, ante una eventual inconciliación de voluntades entre los sujetos de la relación²⁶⁷.

²⁶⁵ Cuestión ésta sobre la que se volverá más tarde, con ocasión del análisis de las limitaciones al derecho de defensa que entraña la incomunicación del detenido o preso que recoge el capítulo 4º de este trabajo.

²⁶⁶ Por lo que respecta a la naturaleza del vínculo imputado-defensor, es interesante precisar que, aun cuando puede sin dificultad afirmarse su pertenencia al ámbito del derecho privado, no es tan fácil la determinación de la concreta figura jurídica que lo envuelve. Esta cuestión recibe de la doctrina soluciones diversas que, siguiendo a GIMENO, se resumen en la consideración de la relación, bien como constitutiva de un contrato de obra o servicios, bien de un contrato de representación o mandato.

En opinión de este último autor, en la relación del cliente con su Abogado de confianza, falta alguno de los elementos definitorios de una u otra modalidad contractual; de un lado, aprecia la ausencia de un doble elemento, cual es el precio cierto y la indisponibilidad por las partes del objeto del contrato, que impide su consideración como arrendamiento de obra o de servicios, en contra de lo sostenido por GUASP, PRIETO CASTRO Y FENECH, en la doctrina española, y de otro, rechaza las tesis de quienes la entienden como contrato de "nunciatura" -en el decir de CARNE-LUTTI- representación o mandato, habida cuenta de que, según observa, todas ellas ignoran el grado de autonomía del que goza el defensor en el proceso. En consecuencia, considera de mayor acierto GIMENO la concepción del vínculo jurídico que se establece como "contrato innominado de patrocinio", cuya regulación se contiene, básicamente, en el art. 1967 del Código Civil y asimismo, en distintas disposiciones tanto de la LOPJ, cuanto de la LEC y LECrim. Vid. GIMENO SENDRA, V., "Naturaleza de la defensa ...", en "Constitución y Proceso", op. cit., págs. 97, 116 y 117. Sobre el particular puede verse asimismo, BELVEDERE, R., *Diritti e doveri dei detenuti*, Roma, 1981, pág. 26.

²⁶⁷ Es más, el problema se agudiza cuando el nombramiento del defensor de oficio tiene lugar por razón de la carencia de recursos económicos en el sujeto que ha de recibir la asistencia y defensa técnica, para hacer frente a los honorarios de un Abogado de confianza; problema, que no recibe en nuestro ordenamiento soluciones todo lo claras que debiera.

El legislador ordinario ha desaprovechado la magnífica oportunidad que ofrecía la Ley de asistencia jurídica gratuita de 1996, para dar cumplida satisfacción a cuantas exigencias derivan de la necesidad de garantizar el derecho a la asistencia letrada real y efectiva; y, es por ello que desde la doctrina se insta al legislador a acometer las reformas y prever cuantas medidas resulten oportunas para resolver los inconvenientes que se derivan de la inconciliación de intereses entre el imputado y el defensor que le designa la autoridad judicial, y de infundadas renunciaciones al servicio por parte del Letrado procedente del turno de oficio. En este sentido se manifiesta, en particular, MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", op. cit., págs. 449 y 450.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, interesa hacer notar que este primer y más claro aspecto privado de la relación que liga al imputado con su defensor, posee un trasfondo de marcado carácter público que se manifiesta con especial intensidad en la relación que se establece con aquél designado de oficio por la autoridad judicial, esta última, segunda de las vías de intervención del defensor en el proceso que conviene a continuación examinar.

2.2.2.5.2. La llamada al proceso de un defensor de oficio.

Como con anterioridad se señalaba, la intervención del defensor en el proceso puede tener su origen en la designación llevada a cabo por la autoridad judicial, en defecto del nombramiento de un Abogado de confianza por parte del titular del derecho de defensa. El órgano jurisdiccional viene a suplir la pasividad del imputado que no puede o quiere hacer uso de la facultad que le asiste a la libre designación.

El nombramiento de un Letrado procedente del turno de oficio tiene lugar, pues, si el titular del derecho así lo solicita o si, siendo preceptiva su intervención, no hubiere sido libremente designado por quien ha de recibir la asistencia y cuyo favor ejercita la defensa²⁶⁸.

Esta reacción legislativa, qué duda cabe, responde a la necesidad de garantizar en todo caso al imputado el disfrute del elemental derecho a la asistencia y defensa a partir de los servicios que un técnico en Derecho le suministra; técnico cuya intervención, al tiempo que a la salvaguarda de los intereses de su patrocinado, sirve a una función de control del respeto de las debidas garantías procesales²⁶⁹.

En consecuencia, la designación por parte de la autoridad judicial del Letrado adscrito al servicio público de asistencia, no depende de la sola voluntad del titular del

²⁶⁸ Vid. art. 118.3º y 4º LECrim.

²⁶⁹ PICÓ I JUNOY. J, "Las garantías constitucionales...", op. cit., págs. 106 y 107.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

derecho ni se halla conectada necesariamente a la falta de recursos económicos por parte de éste último; en verdad, aunque guardan estrecha relación, no ha de confundirse el derecho a la asistencia jurídica gratuita con el que asiste a todo imputado a recibir la asistencia técnica por parte de un Abogado designado de oficio, a cuyos honorarios habrá de hacer frente, a no ser que resulte merecedor del beneficio de la Justicia gratuita²⁷⁰.

Es claro, pues, que en el ejercicio de su defensa puede, o quizás sea más apropiado afirmar que debe el imputado valerse de los servicios de un Letrado, que le informe y asesore acerca de las consecuencias jurídicas de sus actos y que asimismo, desarrolle la actividad de defensa jurídica en su nombre. El letrado designado de oficio, debe aceptar el encargo que lo convierte en defensor y, desde el momento de su aceptación, comenzar a prestar sus servicios en las primeras diligencias policiales y judiciales, y continuar en adelante haciéndolo²⁷¹, a menos que el imputado desee ser asistido por uno de su libre elección y proceda a su designación.

En cualquier caso, si faltara el Abogado de confianza²⁷², el nombramiento por parte de la autoridad judicial de un Letrado procedente del turno de oficio ha de tener lugar si su intervención resultara preceptiva, con independencia, pues, de la voluntad del inculcado en contrario²⁷³; téngase presente que al defensor corresponde velar, no sólo por los intereses privados de su patrocinado, sino por la salvaguarda de intereses, que se

²⁷⁰ Sobre el particular, véase BACHMAIER, L., *La asistencia jurídica gratuita*, Granada, 1999, págs. 113 y 114.

²⁷¹ Sobre la base de lo dispuesto por el art. 31.I LAJG, afirma BACHMAIER, ha de ser un único Abogado el que asuma la defensa a lo largo del proceso, pero en la instancia de que se trate, esto es, "hasta que se dicte auto de archivo, de sobreseimiento o se dicte sentencia". Vid. "La asistencia jurídica ...", op. cit., pág. 116. (Cfr. Art. 788 LECrim, derogado en su pf. 2º según lo expresado por la Disposición Derogatoria Única, letra b), LAJG).

²⁷² La designación del Abogado por parte de la autoridad judicial, y con mayor motivo si lo es en sustitución de uno anterior, ha de permitir al inculcado disfrutar "del tiempo suficiente para la preparación de la defensa". Vid. STEDH de 21 de abril de 1998 (Caso DAUD c/ Portugal).

²⁷³ Ello, a salvo el excepcional supuesto previsto en el art. 520.5 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

han de reconocer públicos y para cuya satisfacción se impone obligatoriamente su intervención.

En este punto, ha de traerse a colación lo antes expuesto acerca de la especial condición del Letrado en el proceso. El mismo actúa en el proceso al servicio de bienes de superior alcance a los de la propia parte, como titular de un oficio, razón por la que su intervención y la relación jurídica imputado-defensor que se establece, pertenecen al sector de nuestro ordenamiento ocupado por las normas de Derecho Público, de naturaleza indisponible, de forma tal que el nacimiento y la extinción del vínculo no depende de la voluntad de las partes.

Ahora bien, la consideración del carácter público de las normas que regulan tanto el nombramiento cuanto la actuación del Letrado designado de oficio, despierta nuevamente nuestra inquietud por cuestiones tales como la naturaleza del vínculo que liga a éste último con el sujeto al que patrocina, y con mayor motivo ahora, la dependencia o independencia en su actuación de la autoridad de quien recibe el nombramiento.

En verdad, afirmar que el defensor participa en el proceso al servicio de un interés que va más allá de los intereses de la parte y es de naturaleza o carácter público, hace perder cierta intensidad al vínculo personal que liga a éste con su patrocinado. Es más, según la doctrina viene denunciando a la vista de lo que sucede en la práctica forense²⁷⁴, el Abogado de oficio abandona, en cierto modo, esa condición de sujeto procesal integrante de la parte-defensa, para adquirir un *status* semejante al de colaborador con la Justicia y su recta administración.

²⁷⁴ LÓPEZ LÓPEZ, AM., "Defensa técnica y Derecho penal", op. cit., marg. 711. El autor coincide en este punto con la opinión expresada por PÉREZ MARIÑO en su obra, *La Reforma del Proceso Penal*, Madrid, 1990, pág. 124, quien además se lamenta de la prácticamente inexistente intervención en el proceso del Abogado que resulta designado de oficio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Como puede notarse, aquella duda antes planteada acerca de la consideración del Abogado en nuestro proceso como órgano colaborador o al servicio de la Justicia, se intensifica en el supuesto en que el mismo alcance la condición de defensor por vía de la designación judicial²⁷⁵, aun cuando no parece existir razón válida alguna para afirmar una especial condición del así designado que lo distinga del que resulta de la libre elección del titular de la defensa²⁷⁶.

Considerar, sea cual fuere la fuente de nombramiento del defensor, como órgano colaborador con la Jurisdicción implicaría afirmar que al mismo corresponde contribuir al descubrimiento de la verdad y, de este modo, apreciar en la función del letrado cierta nota de imparcialidad que le aproxima a los intereses que la Administración de Justicia representa tanto como le separa de los intereses privados de la parte a quien asiste y defiende²⁷⁷.

Lejos de lo anterior, se ha de admitir sin fisuras que la defensa ejercitada por el Letrado ha de orientarse en todo caso a la salvaguarda de los intereses del patrocinado. Hablar del defensor como órgano imparcial, como acertadamente sostiene GÓMEZ ORBANEJA, carece absolutamente de sentido.

A nadie se le escapa que la defensa formal o técnica nace como garantía prevista en favor del acusado, en orden a la salvaguarda de sus derechos individuales allá donde más amenazados están -el marco del proceso penal- y donde por su inexperiencia y/o falta de serenidad, el desarrollo de una actividad defensiva en solitario resultaría deficiente. Es más, el ejercicio de un derecho a recibir el auxilio de un técnico que

²⁷⁵ En la doctrina portuguesa, afirman el carácter de colaborador con la Jurisdicción del defensor de la parte, entre otros, DE FIGUEIREDO DIAS, J., "O nuovo Código ...", op. cit., pág. 471 y MARQUES DA SILVA, G., "Curso de Direito Procesal Penal", op. cit., pág. 286.

²⁷⁶ Esto último, en tanto en cuanto, según se desprende de lo expresado por el propio estatuto orgánico de la profesión, dicho papel viene encomendado a la Abogacía como cuerpo y en su conjunto, sin distingos entre aquellos de sus miembros de libre elección o de oficio.

²⁷⁷ Es éste, precisamente, el sentido del pronunciamiento de nuestro TC que se contiene en su STC 71/1988, de 19 de abril, en su FJ 2º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

desarrolla en su nombre la defensa, en caso alguno puede traducirse en desventaja o perjuicio para el mismo²⁷⁸.

Si se afirma que el Letrado coopera con la Administración de Justicia²⁷⁹, o expresado en otros términos, si se sostiene que la labor encomendada al defensor incluye la misión de promover el descubrimiento de la verdad de lo acaecido, debe necesariamente añadirse que dicha colaboración no va más allá de la búsqueda y constatación de hechos o circunstancias que sirvan al juzgador para estimar la inocencia o menor responsabilidad del imputado cuyos intereses representa.

En la doctrina germana opina GOLDSCHMIDT²⁸⁰ que el defensor viene al proceso como "colaborador interesado" del órgano jurisdiccional, de suerte que si bien no queda obligado a cooperar en la averiguación imparcial de la verdad, no debe tampoco evitarla, y es inadmisibles una actuación por su parte dirigida a obstaculizarla o impedir la.

Pero, en cualquier caso, a nuestro juicio ha de quedar sentado que toda "colaboración" que pueda reconocerse en la actuación del Letrado, se desarrolla en el marco de la defensa, con los derechos y deberes que la misma impone²⁸¹. El defensor, participa en el proceso como órgano al servicio de la defensa del imputado y, al propio tiempo, de las exigencias de Justicia, con sujeción en el desarrollo de sus funciones al límite que entraña el respeto de la legalidad.

²⁷⁸ CORDERO, F., "Procedura penale", op. cit., ed. 1979, pág. 108.

²⁷⁹ En la doctrina italiana, ya en sus escritos afirmaba DE MARISCO superada la concepción del defensor como antagonista del Fiscal. En opinión del autor, la actuación de este último había de encuadrarse en la más amplia de colaboración con la función del Juez de aplicación de la ley. Vid. DE MARISCO, A., "Diritto Processuale Penale", op. cit., pág. 97.

²⁸⁰ Comparte plenamente el criterio de este autor alemán GUTIÉRREZ ALVIZ, que recoge su cita en el estudio que titula "Aspectos de la defensa ...", op. cit., pág. 39.

²⁸¹ MANZINI, V., "Tratado de Derecho Procesal", op. cit., pág. 581.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.2.2.6. La defensa técnica en el marco del derecho comparado europeo.

El disfrute del derecho de defensa, en su vertiente de defensa formal o técnica, viene garantizado al sujeto pasivo del proceso en todos y cada uno de los distintos ordenamientos procesales del marco jurídico europeo que se vienen manejando, con cierta singularidad en alguno de ellos que parece interesante señalar.

Dirigida la mirada al nuevo **Código procesal italiano**, pronto puede en él apreciarse, como primera manifestación del derecho de defensa, el reconocimiento de la facultad de designar libremente Abogado²⁸², tanto al imputado, cuanto a la persona sujeta a investigación²⁸³. Y, si el titular del derecho no lleva a cabo la designación del Letrado de confianza, habrá de tener lugar el nombramiento de un Abogado de oficio²⁸⁴. Este último, sin embargo, cesará en sus funciones si la parte, en un punto dado, decide confiar su defensa al Letrado de libre elección²⁸⁵. A estos efectos, se exige la inmediata puesta en conocimiento del sujeto imputado del nombramiento del defensor realizado por la autoridad judicial.

Si el defensor, una vez informado de la designación recaída en su persona, se hallara en condiciones de no poder cumplir el encargo, habrá de dar pronto aviso al

²⁸² El número de Abogados a designar, según dispone el art. 96.1º CPPit, no habrá de ser superior a dos y, de excederse, los nombramientos que sigan al segundo quedan sin efecto, a menos que se acompañen de la revocación de alguno de los precedentes. Vid. Art. 21 de las normas de desarrollo del mismo Código (disp. att. CPPit., en adelante).

²⁸³ Ahora bien, como rasgo revelador de la importancia concedida por el legislador italiano a la presencia del defensor, el art. 69.3º CPPit prevé, para el supuesto en que el imputado se hallara privado de libertad y ante la dificultad o imposibilidad de designar Abogado al que confiar la defensa, que el nombramiento pueda provenir de uno de sus parientes más próximos.

Por otra parte, la norma procesal italiana coincide con nuestra LECrim en la prohibición, a oficiales o agentes de policía judicial y, en general, a todos los funcionarios de prisiones, de aconsejar al imputado acerca de la elección del Letrado que ha de asistirle.

²⁸⁴ Al respecto de las previsiones del legislador italiano en materia relativa al sistema de nombramiento de letrado, puede verse CONSO, G., y GREVI, V., "Profili del nuovo Codice ...", op. cit., págs. 89 y ss.; con ellas, no duda el autor, se ha pretendido asegurar una precisa individualización del Abogado que ha de prestar sus servicios, evitando el margen de discrecionalidad judicial, y respondiendo a las exigencias de certeza y celeridad; ahora bien, el cierto del sistema arbitrado es lo que a, juicio de los autores, admite discusión.

²⁸⁵ Véanse, los artículos 97.5º, al que se añade el art. 30.3 disp. att. y 97.6º del CPPit.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

órgano que le hubiere nombrado, indicando las razones motivadoras del rechazo, a los efectos de su sustitución por un Letrado que acepte el servicio.

No es muy dispar la regulación de estas cuestiones en el seno del **ordenamiento procesal penal portugués**. La garantía de defensa técnica se halla consagrada en el art. 32.3º de la Norma Constitucional y comporta, de un lado, la atribución al imputado del derecho a ser asistido por un defensor de su elección en todos los actos del procedimiento, y de otro, la imposición de esa asistencia como obligatoria en ciertos momentos o fases procesales precisados por el mismo legislador.

En desarrollo de dicha previsión, el art. 62 del CPPPort confiere al imputado la facultad de designar Abogado en cualquier grado del proceso²⁸⁶. Este letrado de libre designación, sin embargo, podrá ser sustituido en caso de revocación del mandato o renuncia por el mismo, previa alegación de justa causa²⁸⁷ y con la exigencia de mantenerse en esa condición para la realización de los sucesivos actos del proceso, hasta tanto no se haga efectiva la sustitución.

²⁸⁶ La ley procesal guarda silencio ante la cuestión relativa a la posibilidad para el imputado de designar más de un defensor. La discusión en la doctrina, encabezada por FIGUEIREDO DIAS, en contra de lo que ha sido la tradición normativa portuguesa y habida cuenta de que el legislador no la excluye, parece definitivamente inclinarse por el reconocimiento al imputado de la facultad de efectuar el nombramiento de más de un Abogado, si bien, no pudiendo todos ellos intervenir de manera simultánea en los distintos actos procesales. Vid. DE FIGUEIREDO DIAS, J., "Curso de Direito Processual Penal", op. cit., Tomo I, pág. 480, opinión de la que se hace eco LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Comentarios al Código de Processo Penal*, 1996, pág. 154. De la misma opinión, MARQUES DA SILVA, G., "Curso de Direito Processual Penal", op. cit, pág. 286.

²⁸⁷ Según prevé el art. 67 CPPPort, en caso de falta defensor, recusación o abandono por el mismo de la defensa, el Tribunal habrá de nombrar de inmediato un nuevo defensor. En atención a la concurrencia de estas circunstancias, y tratándose del debate instructorio o de la audiencia, puede decidirse un aplazamiento del acto en el que dicha eventualidad tiene lugar; esto último, habida cuenta de que la inmediata incorporación del nuevo Letrado, que no conoce el proceso y al que le es imposible preparar la defensa si no es con una mínima interrupción para entrevistarse con el imputado y examinar los autos, puede representar un grave perjuicio a los intereses del imputado. De lo contrario, se corre el evidente riesgo de reducir a mera defensa formal la actuación del recién incorporado. Puede suceder, sin embargo, que interese a la defensa del imputado la prosecución de las actuaciones, y es por ello que no debe atender el Tribunal a las exigencias de celeridad, como criterio orientador único, sino antes a la garantía de una efectiva defensa. MARQUES DA SILVA, G., "Curso de processo penal", op. cit., pág. 297.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ahora bien, cuando la ley determine preceptivamente que el sujeto imputado ha ser asistido por un defensor²⁸⁸, y si hasta el momento no lo hubiere éste designado, corresponde a la autoridad judicial realizar de oficio el nombramiento, con independencia de que aquél lo hubiere o no requerido y aun en el caso en que manifiestamente se hubiera opuesto a la designación²⁸⁹.

Prevé asimismo la norma portuguesa la posibilidad de que, en determinados supuestos²⁹⁰, el nombramiento del defensor proceda no ya de la autoridad judicial, sino del Ministerio Fiscal; pero, en cualquier caso, la designación que a una u otro corresponde realizar ha de hacerse recaer preferentemente sobre un profesional de la Abogacía y, sólo en su defecto, sobre cualquier persona que pueda entenderse idónea para asegurar la eficacia de la asistencia de la que el imputado precisa.

El defensor, por su parte, habrá de desarrollar sus funciones interviniendo en los actos procesales subsiguientes a la designación y continuar dicha labor, a no ser que resulte reemplazado por un Letrado de confianza. La ausencia del defensor en el desarrollo de aquellos actos en que la norma señala la obligatoriedad de su intervención, entraña la nulidad insalvable de las actuaciones²⁹¹ art. 119 del mismo Código Procesal.

²⁸⁸ Los supuestos en que se determina la obligatoriedad de Abogado son aquéllos enumerados, no taxativamente, en el art. 64 C.P.P.Port. El precepto se refiere, entre otros momentos, al primer interrogatorio judicial, al debate instructorio o su necesidad en la audiencia salvo que se trate de procesos que no puedan dar lugar a la aplicación de pena de prisión o de la medida de seguridad de internamiento. Es igualmente precisa la intervención del defensor en cualquier acto procesal, siempre que el imputado fuera sordo, mudo, analfabeto, desconocedor de la lengua portuguesa, menor de 21 años o se suscitara la cuestión de su inimputabilidad o capacidad disminuida. Y, asimismo se exige con ocasión de la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, así como de aquellos otros casos en que la ley lo determine.

Fuera de estos supuestos, el Tribunal puede designar defensor al imputado, de oficio o a petición de este último, si las circunstancias del caso revelan la necesidad o la conveniencia de su intervención. Vid. art. 63. 2º CPPPort.

²⁸⁹ MARQUES DA SILVA, G., "Curso de Dereito Procesal Penal", op. cit., pág. 285.

²⁹⁰ Y, en particular, los previstos por los artículos 64.1º c) y 143. 2º CPPPort.

²⁹¹ Vid. Arts. 118 y 119 CPPPort.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Por su parte, la **Ordenanza procesal alemana** es expresa en la exigencia -que nace en el instante en que el sujeto pasivo del proceso es sometido a interrogatorio²⁹²- de dar aviso al imputado de su derecho a recibir la asistencia de un defensor de elección; facultad, esta última, que según prevé el § 137 (1) StPO, conserva en cada una de las distintas etapas procedimentales²⁹³.

Ahora bien, si el inculcado no conociera Abogado a quien encomendar su defensa, al mismo se abre la oportunidad de contactar con alguno de los incluidos en un listado del que dispone el Tribunal Superior del Land y, en última instancia, de solicitar a la autoridad que proceda a su designación.

Esta designación del defensor, asimismo, puede ser instada por el Ministerio Fiscal, cuando se entienda el asunto llegado a un punto en que resulta la obligatoriedad de su intervención, o en supuestos de prisión provisional por tiempo superior a tres meses, y si el privado de libertad no hubiere recibido hasta el momento la asistencia de defensor técnico alguno²⁹⁴.

En realidad, la defensa por letrado -en un primer momento voluntaria- deviene obligatoria en los distintos supuestos a los que se refiere el § 140 (1) StPO; de ahí que, si el defensor no hubiere sido nombrado, será la autoridad judicial la que de oficio lleve a

²⁹² Según expresa el § 136 (1) StPO, al comienzo de la primera declaración se advertirá al inculcado (...) que, incluso antes de su interrogatorio, es libre de consultar a un defensor por él elegido.

²⁹³ Incluida, pues, la investigación según se desprende de lo dispuestos por los § 136 y § 163 (2) StPO. Sobre el particular, véase KLEINKNECHT, T., MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 480.

En el modelo alemán, "el inculcado podrá servirse en cada fase del proceso de la ayuda de un defensor de libre elección"; la designación podrá alcanzar hasta tres defensores, si bien, un mismo defensor no puede prestar asistencia a más de una persona en idéntico asunto. (Vid. § 137 (1) y § 146 StPO).

El nombramiento de defensor de libre elección, según prevé el § 138 StPO, podrá recaer sobre un profesional de la Abogacía o un jurista profesor de Universidad del más alto rango y, sólo de mediar previa autorización del Tribunal, podría admitirse a la defensa un sujeto distinto. En cualquier caso, si la defensa fuera "necesaria" o preceptiva, la labor a desarrollar por éstos últimos será sólo de colaboración con los primeros.

²⁹⁴ Vid. § 141 (2) y (3) StPO y § 142 StPO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

cabo la designación. Al margen de estos supuestos, el nombramiento del defensor -ya de libre elección, ya de oficio- tiene lugar cuando, por razón de la gravedad del hecho o la dificultad de la situación fáctica o jurídica de relevancia para la resolución del asunto en la instancia de que se trate, su participación resulte conveniente o fuera evidente la imposibilidad para el inculcado de defenderse por sí mismo²⁹⁵.

En definitiva, si en el momento en que se abre para el imputado la posibilidad de pronunciarse al respecto de los escritos de acusación careciere de defensor, el nombramiento de este último se impone preceptivamente conforme a lo previsto en el § 141 StPO²⁹⁶.

En el **ordenamiento procesal francés**, por último, puede igualmente observarse el reconocimiento al imputado de la facultad de designar libremente Abogado o solicitar a la autoridad judicial su nombramiento, con carácter previo al interrogatorio que ha de tener lugar en la primera comparecencia²⁹⁷.

En efecto, según determina el art. 116 del CPPfr, corresponde al Juez informar al imputado del derecho que le asiste a valerse de los servicios de un defensor, a no ser que el propio imputado hubiere efectuado el nombramiento al tiempo de comparecer

²⁹⁵ Vid. § 140 (2) StPO. Para un conocimiento en mayor profundidad puede verse, GÓMEZ COLOMER, JL., "El proceso penal alemán ...", op. cit., pág. 80. En el tiempo de su investigación, el autor detecta en el modelo procesal germano una quiebra del principio de igualdad de partes, precisamente, en la materia relativa a las posibilidades del inculcado de recibir la asistencia de un defensor designado de oficio; razón ésta, por la que se suma a la opinión de quienes, como ROXIN, denuncian la necesidad de reforma de ciertos puntos trascendentales. Vid. "Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 97.

²⁹⁶ Para un conocimiento en mayor profundidad, véase KLEINKNECHT, T., MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 498.

²⁹⁷ Tras la advertencia al inculcado del derecho que le asiste a designar Abogado, puede éste adoptar distintas conductas que resume CHAMBON en la indicación al Juez del nombre del Letrado que hubiere ya designado, la manifestación de su voluntad de llevar a cabo la elección en un momento ulterior o de solicitar en su momento la designación del de oficio, la afirmación de que sólo más tarde adoptará una decisión al respecto o, por último, renunciar expresamente a la asistencia de Letrado. Vid. "Le juge d'instruction", op. cit., pág. 185. Sobre la preferencia del legislador francés por la libre elección, en cualquier caso, frente a la designación de oficio del defensor, puede verse asimismo, DELMAS-MARTY, M., *Procédures pénales d'Europa*, Paris, 1995, pág. 231.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ante él; en ese caso, corresponderá a la autoridad judicial convocar debidamente al letrado sobre el que hubiere recaído la elección²⁹⁸.

La asistencia de un letrado en estos primeros instantes se entiende como derecho del imputado al que en todo caso puede renunciar²⁹⁹; sin embargo, su intervención resulta preceptiva ante la *Cour d'assises* y facultativa ante el *Tribunal de police*. Ante el *Tribunal correctionnel*, la asistencia de un letrado no es obligatoria más que en el caso en que el imputado padezca una enfermedad de tal naturaleza que comprometa su defensa³⁰⁰.

2.3. NACIMIENTO DEL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA Y SU OBLIGATORIEDAD.

De lo expresado en las páginas que preceden se desprende que la asistencia y defensa técnica constitucionalmente consagrada muestra un doble perfil, como facultad reconocida al imputado en el ejercicio de su derecho de defensa, en una primera vertiente y, en una segunda y no menos relevante, como garantía procesal inexcusable.

El Letrado interviene en el proceso en auxilio de la parte, a quien presta asesoramiento y en cuyo favor ejercita la defensa, en busca del "reequilibrio" de las posiciones procesales³⁰¹; pero asimismo, en su condición de técnico en Derecho, actúa

²⁹⁸ La identidad del Abogado elegido o, en su caso, la solicitud de la designación del de oficio, habrá de ser comunicada al funcionario que deba recibirla a través de cualquier medio y sin demora, según expresa el art. 116 CPPfr; y, sin dilación, habrá de darse igualmente aviso al Letrado sobre el que hubiere recaído el nombramiento. CHAMBON, P., "Le juge d'instruction", op. cit., págs. 159 y 160.

²⁹⁹ Critica ADER entre otros que la presencia del Abogado no sea obligatoria desde los primeros instantes de la imputación; a su juicio, la instrucción puede seguir desarrollándose y no sufre menoscabo si el Abogado asiste a su cliente desde el principio, con anterioridad a la primera comparecencia. En este punto, alaba el autor francés las previsiones del legislador español contenidas en el art. 520 LECrim. Vid. "La procédure pénale bilan des réformes de 1993", op. cit., pág. 57.

³⁰⁰ DELMAS-MARTY, M., "Procedures penales ...", op. cit., págs. 231 y 232.

³⁰¹ Vid. Exposición de Motivos de la LECrim, de 14 de septiembre de 1882.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

como garante del perfecto desenvolvimiento del proceso³⁰², lo cual, interesa tanto a su patrocinado, cuanto al conjunto de la sociedad cuyos intereses representa la Administración de Justicia.

De ello se concluye que la participación del defensor en el proceso no es sólo consecuencia del ejercicio del derecho a la asistencia y defensa técnica que nace de la imputación; en ocasiones, y así sucede en el marco de los procesos por delito³⁰³, la presencia del Letrado resulta preceptiva y, en consecuencia, se impone al margen o por encima incluso de la voluntad de la parte en contrario; en este último caso, como acertadamente señala MORENO CATENA, el defensor interviene como garantía de autoprotección del propio sistema, y en orden a la salvaguarda de la dialéctica procesal e igualdad de las partes.

Esta última consideración ha dado pie a cierta distinción doctrinal entre una defensa formal "voluntaria" y aquella otra "necesaria"³⁰⁴, de muy difícil encaje en el marco del proceso penal español. Como de inmediato se expondrá, en nuestro modelo

³⁰² DENTI, V., "La difesa come diritto ...", op. cit., pág. 57.

³⁰³ Esto último, con la excepción que representa lo dispuesto por el art. 520.5º LECrim, que más tarde se examina.

³⁰⁴ La distinción parece acertada, en cambio, en algunos otros ordenamientos procesales europeos -a cuyas previsiones se atenderá mínimamente- y, en particular, en el proceso penal alemán, según ha constatado GÓMEZ COLOMER, JL., "El proceso penal alemán", op. cit., págs. 80 y 81.

Una distinción como la propuesta tendría razón de ser en el marco del proceso penal español anterior a la reforma de 4 de diciembre de 1978 donde, a la vista de la redacción originaria del art. 118 LECrim, la defensa llegó a entenderse prohibida en un momento anterior al procesamiento, permitida a partir de ese acto y sólo obligatoria llegado el trámite de calificaciones. Vid. JIMÉNEZ ASENJO, E., "La defensa penal ...", op. cit., pág. 37.

En opinión de un sector doctrinal distinto, como bien recuerda GIMENO SENDRA, la defensa técnica había de considerarse obligatoria desde el momento en que el individuo fuera objeto de procesamiento y hubiera de someterse al interrogatorio judicial al que dicho acto abría paso; interrogatorio, para cuya celebración precisaba el imputado el consejo previo de Abogado, precisamente, la circunstancia a la que anuda el art. 118.4º la necesaria designación del defensor por la parte o, en su defecto, por el mismo órgano jurisdiccional. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., en "Estudios de Derecho Procesal", op. cit., pág. 698. Para un conocimiento en mayor profundidad de los orígenes y evolución del art. 118 LECrim y, en consecuencia, de la distinta concepción del momento del nacimiento y obligatoriedad de la defensa técnica, véase *El derecho de defensa*, en "Constitución y Proceso", op. cit., págs. 97 a 100.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

procesal, la defensa técnica resulta preceptiva como regla general, con las excepciones que en su momento serán expuestas. La misma se impone, pues, de manera necesaria desde las primeras actuaciones procedimentales y, sin duda ninguna, en los supuestos en que el proceso se inicia a partir de la detención del sujeto imputado.

Tomando como referencia esta última consideración, y una vez se han conocido las funciones que al defensor corresponden, resta por determinar cuándo, no solo puede, sino que debe tener lugar la entrada del defensor en el proceso; planteada en otros términos, la cuestión que ahora se propone consiste en precisar en qué momento y condiciones viene el órgano jurisdiccional obligado a suplir la inactividad del sujeto que renuncia o no alcanza a ejercitar el derecho que le asiste a designar libremente a su defensor, para proveer a éste de un Abogado procedente del turno de oficio.

2.3.1. EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR EN EL PROCESO.

En el análisis de la materia que da título a este epígrafe, ha de partirse de la premisa que representa el afirmar la simultaneidad entre la imputación penal y el nacimiento del derecho de defensa³⁰⁵ de forma plena y, en consecuencia, tanto en su vertiente material cuanto formal.

Esto último se desprende, aunque no con la claridad que debiera, de lo expresado por los arts. 118 y 520 de la LECrim, en relación con lo expresado por los preceptos constitucionales que consagran las más básicas garantías procesales³⁰⁶; sin embargo, a la vista de lo que en ellos se dispone, no es fácil determinar el instante a partir del cual se ha de entender preceptiva la intervención del defensor en el proceso y, en consecuencia, queda la autoridad judicial obligada a asegurarla.

³⁰⁵ Vid. Art. 118.3º LECrim. Sobre el particular, véase asimismo MARTÍN GARCÍA, P., *Derecho de defensa y fase de instrucción*, "Rev. La Ley", núm 4737, 18 de febrero 1999, pág. 1.

³⁰⁶ Se alude de este modo al art. 24 CE, sin perder de vista lo dispuesto por el art. 17.3º CE.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La respuesta a la duda hace obligada una interpretación integradora por parte de la jurisprudencia y más reconocida doctrina, de ciertas previsiones contenidas en la norma procesal y en el Texto Constitucional; interpretación, para la que conviene partir de la distinción entre la doble situación en que puede hallarse el titular de la defensa en los primeros instantes del proceso.

Pero, con independencia del momento en que se entienda surgida la obligatoriedad de la defensa formal o técnica, lo cierto es que la misma no implica la preceptiva intervención del Abogado en todos y cada uno de los trámites procedimentales³⁰⁷. La doctrina, de forma gráfica, ha resumido el régimen de intervención obligatoria del defensor advirtiendo de su aparición con la asistencia al detenido y ocultación durante la fase de instrucción, para surgir de nuevo con la apertura del juicio oral; finalizado éste y abierta una segunda instancia, podría ser distinto el defensor interviniente, y también durante el desarrollo de un eventual recurso de casación o de la fase de ejecución de la sentencia definitivamente impuesta.

Sin embargo, puede observarse cómo el régimen de intervención del defensor en el procedimiento creado por la LO 7/1988 en cierto modo difiere del anterior; ello, por cuanto, desde el momento en que el Letrado interviene y presta su asistencia al sometido a detención -e incluso en el supuesto en que hubiere sido otro el modo de recibir la imputación- se convierte en su defensor y ha de continuar prestando sus servicios hasta la finalización del proceso, entendiéndose por este instante, no ya su culminación con una primera sentencia, sino el momento en que, agotadas las posibles vías de recurso frente a la resolución judicial inicialmente emitida, esta última alcanza firmeza³⁰⁸.

³⁰⁷ La participación del defensor en el desarrollo de las actuaciones, en ocasiones concretas, viene exigida de modo expreso, mientras en otras parece entenderse como mera facultad; sin embargo, ni siquiera en esas es realmente tal.

³⁰⁸ MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El proceso penal", op. cit., págs. 458 y 459.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Dicho esto, procede sin más dilación averiguar el momento en que, por resultar obligatoria la defensa técnica, debe la parte, o el órgano jurisdiccional en su lugar, efectuar el nombramiento del Letrado que ha de prestarla; ello, como ya se adelantaba, distinguiendo si el sujeto que la recibe se halla sometido a la medida cautelar de detención o, por contra, es mantenido en el disfrute de su libertad de movimientos.

En cualquier caso, de lo que no hay duda es de la necesidad de la participación del defensor tan pronto como la parte necesite de su consejo o haya de intentar algún recurso que requiera su intervención³⁰⁹.

2.3.1.1. La obligatoriedad de la defensa técnica en las situaciones de detención y prisión provisional.

La Norma Fundamental, de un parte, y la LECrim en su desarrollo, de otra, aseguran la intervención del defensor en el proceso en los supuestos de privación cautelar de libertad, al garantizar al detenido o preso la asistencia de Abogado de libre elección o designado de oficio, ya en las diligencias policiales o judiciales que preceden a la imputación judicial o a la acusación formal posterior³¹⁰.

Es más, la garantía de la asistencia y defensa técnica, aparece reforzada en las situaciones de privación de libertad³¹¹, de tal suerte que la falta de nombramiento por

³⁰⁹ Vid. Art. 118.4º LECrim.

³¹⁰ Véase el art. 17.3º de la CE, y en su desarrollo el art. 520.2º c) LECrim, en relación con lo establecido por el art. 118.3º y art. 788, ambos de la LECrim.

³¹¹ La efectividad práctica de la garantía constitucional de asistencia letrada exigía, y así dispuso el legislador de 1983, la obligatoriedad de la intervención del letrado; de ese modo, pudo evitarse el elevado número de renunciadas, fruto de la coacción practicada por los propios órganos de policía sobre detenidos amedrentados por su condición. Cfr. GIMENO SENDRA, V., "La naturaleza de la defensa penal a la luz de la Constitución española ...", op. cit., pág. 112. En la misma línea de opinión puede verse, GUTIÉRREZ-ALVIZ, F., "Aspectos del derecho...", op. cit., pág. 777, y RAMOS MÉNDEZ, F., *La situación del enjuiciamiento criminal en España*, "Rev. Justicia", 1983, núm. 3, pág. 552.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

parte del detenido o preso obliga a la autoridad judicial a proveerle de un Abogado que proceda del turno de oficio³¹².

La presencia del defensor en el desarrollo de las primeras diligencias de averiguación sobre el imputado detenido³¹³ se impone, pues, preceptivamente, en garantía del proceso debido³¹⁴, y con independencia de la voluntad contraria del titular del derecho; en este último caso, qué duda cabe, el Letrado actúa, por su condición de técnico en Derecho, como garantía defensiva en su vertiente de exigencia objetiva del ordenamiento, requerida con miras a asegurar un debate contradictorio y para mejor acierto de la decisión que ha de poner fin al procedimiento³¹⁵.

El carácter preceptivo de la defensa formal o técnica al que aquí se alude, se excepciona en aquellos procesos en que se conozca de delitos cometidos contra la seguridad del tráfico³¹⁶; si bien, aun en estos supuestos, según expresa la STC 212/1998, la asistencia y defensa por Letrado ha de garantizarse al imputado y titular del derecho a recibirla, si la solicitara.

³¹² En absoluto duda ASENCIO MELLADO que, al vinculado al proceso ha de quedar plenamente garantizada la defensa desde el instante en que, por consecuencia de la adopción en su contra de un medida cautelar, adquiere la condición de imputado. "Derecho Procesal Penal...", op. cit., pág. 73. Véase asimismo, PEDRA PENALVA, E., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 245.

³¹³ No parece, sin embargo, exigirse la presencia del Letrado en las diligencias policiales de información de derechos al detenido habida cuenta de que, precisamente, esa puesta en conocimiento de los derechos que le asisten se hallaría vacía de contenido en otro caso.

³¹⁴ DENTI, V., "La difesa come diritto e come garanzia ...", op. cit., pág. 57. Por su contribución a la mejor salvaguarda del derecho de defensa, alaba MORENO CATENA esta previsión legislativa cuya imposición, según afirma, asegura la asistencia de Abogado al detenido sin entrañar quebranto alguno del derecho fundamental del que éste es titular. Vid. MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El proceso penal", op. cit., pág. 454. Véase asimismo, la STC 212/1998.

³¹⁵ CAROCCA PÉREZ, A., "Garantía constitucional ...", op. cit., pág. 529; DENTI, V., "La difesa come diritto e come garanzie ...", op. cit., pág. 57; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., ed. 1997, pág. 359.

³¹⁶ Art. 520. 5º LEcrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Pero, en cualquier caso, conviene tener presente que, aunque relacionadas³¹⁷, no son la misma cuestión el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada a todo detenido o preso y el derecho a la asistencia jurídica gratuita, aun cuando la concesión de este último incluya como prestación la asistencia de Abogado al sujeto que se halle en esa situación de privación de libertad, y que no lo hubiere designado³¹⁸.

El derecho a la gratuidad de la justicia, según prevé el art. 6.3º de la LAJG, asimismo consiste en la "defensa y representación gratuitas por Abogado y procurador en el proceso judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de partes en el proceso".

Es claro, pues, que el reconocimiento del derecho a la asistencia de Abogado se traduce, en todo caso, en la necesaria intervención de este último en favor del sujeto que se halla privado de libertad con finalidad cautelar; ahora bien, los honorarios devengados por el Letrado, aun en el caso en que éste no fuere de libre elección sino designado de oficio, habrán de ser cubiertos por el detenido o preso que reciba sus servicios, a no ser que, de reunir las condiciones exigidas, resulte beneficiado con la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita³¹⁹.

³¹⁷ En este punto, conviene hacer notar que la designación de Abogado al detenido o preso no se halla conectada con la carencia de recursos económicos, en la forma que determina el art. 8.2º CEDH. En este punto, el legislador procesal español supera la garantía de mínimos contenida en el Convenio, a partir del reconocimiento al sujeto pasivo del proceso de un derecho a la asistencia y defensa técnica de superior alcance, y que en breve se conocerá.

³¹⁸ En efecto, según detalla el art. 6.2º LAJG, el contenido material del derecho a la gratuidad de la justicia incluye la "asistencia de Abogado al detenido preso que lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un proceso penal en curso, o en su primera comparecencia ante el órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleva a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado Letrado en el lugar donde se preste".

³¹⁹ El coste que, en ese supuesto, ha de ser cubierto por el detenido, en opinión de BACHMAIER, "no habría de exceder del mínimo de los honorarios tarifados o referenciales previstos por el correspondiente Colegio de Abogados, para esa actuación". Vid. "La asistencia jurídica ...", op. cit., págs. 115.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.3.1.2. La necesidad de la asistencia y defensa técnica del imputado en libertad.

En situaciones distintas a la de privación cautelar de libertad, y a diferencia de lo que en ésta sucede, no es tan claro el momento en que resulta obligatoria la intervención del defensor y viene el órgano jurisdiccional obligado a efectuar su nombramiento si no hubiera sido libremente designado por el anterior.

Como se adelantaba, la norma procesal contiene la expresa exigencia de intervención del Letrado cuando, finalizada la fase de instrucción y una vez formulada la acusación, ordena al Juez la apertura del juicio oral llamando a las partes a comparecer representados por procurador, y asistidos de letrado. Pero, en cualquier caso, es el párrafo 4º del mismo artículo 118 LECrim el que, sin mayor detalle, determina que la designación del Abogado ha de tener lugar tan pronto como la parte precise de su consejo o haya de intentar algún recurso que hiciera indispensable su intervención³²⁰.

De lo anterior parece deducirse que la garantía por la autoridad judicial del derecho a la asistencia y defensa técnica -cuyo nacimiento, según se ha evidenciado, coincide con el instante en que se entienda manifestada la imputación *ex art.* 118.1º LECrim- queda supeditada a la apreciación³²¹ por el Juez de la concurrencia de una o otra de las circunstancias aludidas³²².

³²⁰ Según dispone asimismo el art. 788 de la misma LECrim, el nombramiento habrá de tener lugar en el momento en que la asistencia del letrado fuera necesaria.

Precisamente, en el ámbito del procedimiento abreviado advierte GÓMEZ COLOMER el sinsentido de la previsión por la LO 7/1988 de dos momentos distintos en que ha de tener lugar el nombramiento de Abogado; de un lado, conforme al precepto anterior, durante las diligencias previas si fuera precisa su asistencia y, de otro, en el momento en que se ha de proponer escrito de acusación (art. 791.1º LECrim). Como acertadamente apunta este autor, tras entender necesaria la asistencia letrada desde el primer acto de imputación, la segunda de las normas mentadas, en realidad, está de más. GÓMEZ COLOMER, JL., *¿Hacia el futuro proceso penal español? Notas al hilo de la LO 7/1988*, Boletín Ministerio de Justicia, núm. 1543, pág. 85.

³²¹ En este punto, la doctrina ha manifestado su temor por la enorme discreción de la que el legislador inviste al órgano jurisdiccional para determinar la necesidad de la intervención del Letrado en el proceso y, en consecuencia, efectuar el nombramiento. Véase, entre otros, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Comentarios a la Constitución española...", op. cit., pág. 76.

³²² El nombramiento de letrado ha de tener lugar una vez verificada una de estas circunstancias, con independencia de la mayor o menor disponibilidad económica del sujeto afectado. Vid. al respecto,

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esta falta de precisión legislativa deja un amplio margen a la especulación acerca del momento en que el imputado precisa del apoyo y consejo que puede el Abogado prestarle³²³, y que la doctrina mayoritariamente ha situado en las primeras actuaciones procedimentales³²⁴; y, según puede deducirse de lo expresado en el art. 788.3º de la misma LECrim³²⁵, la intervención del defensor se exige necesariamente a partir del interrogatorio que puede prestarse ante la autoridad judicial³²⁶.

la STC 216/1987, de 14 de noviembre, FJ 2º. Si, en cambio, se atiende al tenor literal de lo expresado por el art. 6.3º c) CEDH, la designación del defensor queda supeditada a la falta en el imputado de recursos económicos suficientes, y siempre que "el interés de la Justicia lo exija" (...); ahora bien, para evitar resultados irrazonables y conseguir una defensa técnica efectiva, según ha expresado el máximo intérprete del Convenio, no basta la designación formal de un defensor; las autoridades han de asegurarse de que la asistencia jurídica gratuita no se convierta en una palabra vacía. Vid. STEDH de 13 de mayo de 1980, (Caso ARTICO).

³²³ Como consecuencia de esta imprecisión, queda oculto el sujeto a quien corresponde la verificación de dicha circunstancia, pero parece acertado entender que el nombramiento del defensor habrá de ser llevado a cabo por el órgano jurisdiccional que conozca de la causa en la instancia en que se encuentre.

³²⁴ En este sentido se han pronunciado, GUTIÉRREZ ALVIZ, F., "Aspectos de la defensa...", op. cit., pág. 777; CARNELUTTI, F., "Principi del processo penale...", op. cit., pág. 141; GIMENO SENDRA, V., "Constitución y Proceso ...", op. cit., pág. 120; MORENO CATENA, V., "Garantía de los Derechos...", op. cit., pág. 163; SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Estudios de Derecho Procesal", op. cit., págs. 697 y 698; VAZQUEZ SOTELO, JL., "Presunción de inocencia ...", op. cit., pág. 177; VERGÉ GRAU, J., "La defensa del imputado ...", op. cit., págs. 67 a 69.

En realidad, el solo hecho de la instauración del proceso y el perjuicio que para la persona entraña, justifican el nacimiento del derecho de defensa aun en etapas iniciales que permita, desde entonces, la posibilidad de participar en la formación del convencimiento. Esta convicción doctrinal es el resultado de sucesivas lecturas, siempre en grado creciente de garantismo, que han acompañado a las distintas reformas legislativas que, para un mejor entendimiento del actual estado de la cuestión, serán aludidas.

En todo caso, conviene adelantar que la defensa técnica y asistencia letrada experimenta una magnífica evolución desde sus orígenes como derecho potestativo durante la entera fase de instrucción y en claro perjuicio del contradictorio, sólo presente una vez tenía lugar la apertura del juicio oral; según recuerda GIMENO, con anterioridad a la reforma operada por la ley 53/1978 de 4 de diciembre, la defensa por letrado se entendía prohibida con anterioridad al auto de procesamiento, permitida con posterioridad a él, y obligatoria únicamente durante la fase de plenario, "Constitución y Proceso...", op. cit., págs. 118 y 119. Asimismo, puede verse la Circular de la Fiscalía del TS de 15 de septiembre de 1883.

³²⁵ Vid. art. 788. 3, pf. 2º LECrim, según el cual, llegado el trámite en que puede el imputado reconocer como ciertos los hechos, si bien no resultará precisa la intervención del procurador, sí en todo caso la del Letrado.

³²⁶ Si se tiene presente que el interrogatorio del imputado que puede recibir el Fiscal, por razón de las facultades que le confiere el art. 785 bis 2 LECrim, ha de verse rodeado de las mismas garantías exigidas a la declaración que se presta ante el Juez, no puede ponerse en duda que también en éste ha de venir garantizada al sometido a indagación la asistencia de Abogado de libre elección o designado de oficio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Sin embargo, seguir estrictamente el dictado del aludido art. 118.4º LECrim, que anuncia el preceptivo nombramiento del defensor desde que "se necesite su consejo", permite asimismo considerar preceptiva la defensa, en su vertiente formal o técnica, con carácter previo incluso a la mencionada declaración ante el órgano jurisdiccional; ello, habida cuenta de que el resultado de esta última diligencia podría en un futuro alcanzar virtualidad probatoria y servir de base a una sentencia de condena, razón por la que a la parte interesa el asesoramiento de su defensor acerca de la amplitud o el sentido de las manifestaciones a realizar³²⁷.

Si es claro que la intervención del Letrado que ha de prestar asistencia al detenido o preso ha de tener lugar en el más breve plazo, no parece existir razón legítima alguna para posponer esta garantía con relación a la persona que recibe la imputación a través de una vía distinta -el resto de las referidas en el art. 118.1º LECrim- y respecto de la cual, no han sido apreciados motivos bastantes para su sujeción a una medida cautelar de privación de libertad³²⁸.

Es claro, pues, que aquella opinión doctrinal -en su momento avanzada- según la cual, la presencia del Letrado devenía obligatoria a partir de la declaración de procesamiento³²⁹, por entender preciso el asesoramiento técnico sólo instantes antes del interrogatorio judicial al que dicha resolución había de preceder³³⁰, toda vez que el

³²⁷ Vid. Art. 785 bis LECrim.

³²⁸ Esta es la opinión, entre otros, de AENCIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal Penal...", op. cit., págs. 73 y 74, y VERGÉ GRAU, J., "Derecho de defensa del imputado...", op. cit., pág. 66. En sentido contrario puede verse la STC 188/1991, de 3 de octubre.

³²⁹ JIMÉNEZ ASENJO, E., "La defensa penal ...", op. cit., pág. 37.

³³⁰ Así lo expone, GIMENO SENDRA, V., "Constitución y Proceso", op. cit., págs. 98 y 99. Bajo ese régimen, según detalla el autor, nace la corruptela judicial -durante años arrastrada- consistente en retrasar la declaración de procesamiento de la persona, hasta tanto hubiere finalizado la investigación, de suerte que ésta última se venía desarrollando en desconocimiento y por ello, sin posibilidad de defensa alguna del sujeto afectado. El modo y efectos que de tal práctica se derivan, son analizados con detenimiento por VAZQUEZ SOTELO, JL., "Presunción de inocencia...", op. cit., pág. 177 y ss.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

auxilio y consejo jurídico que el Letrado presta se revela indispensable en momentos anteriores.

En atención a lo expuesto, y una vez constatada la necesidad de la intervención del defensor no ya al inicio del juicio sino antes³³¹, a lo largo del desarrollo de la investigación y preparación de este último³³², no puede sino reclamarse del legislador una expresa declaración acerca del momento en que ha de entenderse preceptiva la intervención del defensor³³³; momento éste que, a nuestro juicio, no ha de ser otro que la primera actuación procesal de la que se deriva la imputación, a partir de la cual, han de proyectarse los fundamentos sobre los que sustentar la defensa.

Es manifiesta, pues, la relevancia de la misión encomendada al defensor, como coadyuvante en el ejercicio del derecho de defensa que nace con la imputación; ello, al efecto de garantizar la contradicción e igualdad de las partes procesales y, de este modo, reestructurar la dialéctica del juicio que posibilite la efectiva realización de la Justicia. Es por ello que interesa, a continuación, el examen con detenimiento del papel que corresponde al defensor desde el momento en que tiene lugar su llamamiento al proceso y en cada una de las etapas en las que el mismo se estructura, hasta su fin por sentencia e, incluso, con posterioridad a ella.

³³¹ A la vista de la modificación operada sobre el art. 302 LECrim, por ley de 4 de diciembre de 1978- la doctrina, y en particular GIMENO SENDRA, viene afirmando la necesidad de la intervención del defensor junto a la parte durante el desarrollo de la fase de investigación e instrucción sumarial. Véase el comentario de este autor a la citada Ley 53/1978, de 4 de diciembre que recoge en su artículo, *Algunas sugerencias de reforma para una nueva ordenación de la defensa en la instrucción*, Valencia, 1980, pág. 10. (separata, publicada en "Rev. General del Derecho").

³³² En torno a la naturaleza y finalidad preparatoria del sumario, véase FAIRÉN GUILLÉN, V., "La disponibilidad del derecho ...", op. cit., págs. 237 a 240; en opinión de este autor, el periodo de instrucción español llega incluso a funcionar a título de proceso completo.

³³³ En este punto, conviene prestar atención a lo expresado por la STC 229/1999, según la cual, la renuncia a ser asistido por letrado, por parte de un imputado que se hallaba en libertad, no supone ignorancia de su derecho a la asistencia letrada ni vicia su primera declaración durante la instrucción de la causa seguida en su contra.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.3.2. LA PARTICIPACIÓN DEL DEFENSOR EN LAS DISTINTAS ETAPAS PROCEDIMENTALES.

Interesa en este espacio una aproximación al concreto papel que al defensor corresponde a lo largo del proceso, a partir del análisis de su intervención en cada una de las distintas etapas procedimentales, con el propósito de hacer patente la relevancia de la misión que al mismo se encomienda, la importancia, en definitiva, de un eficaz desarrollo de la defensa en orden a la efectiva realización de la Justicia penal, como fin último.

A estos efectos, ha de insistirse en la idea inicialmente apuntada de que la participación del Letrado en el desarrollo de las primeras diligencias policiales a las que el detenido o preso se somete, difiere sustancialmente del modo en que puede intervenir finalizadas éstas.

Como se ha tenido ocasión de constatar, la celebración -real o ficticia- de esa primera diligencia de declaración del privado de libertad ante las autoridades policiales, marca un antes y un después en lo que respecta al contenido de la labor a desarrollar por el defensor que acude al Centro de detención.

Esta distinción, según se desprende de lo expresado por el máximo intérprete constitucional, obedece al reconocimiento de un doble perfil en el derecho a la asistencia letrada y defensa técnica que consagra la Norma Fundamental. Ésta última, en efecto, incluye el reconocimiento de la mencionada garantía en dos distintos preceptos -como expresamente declara el TC y así asume la doctrina³³⁴- con el fin de proteger situaciones

³³⁴ Vid. STC 196/1987, de 19 de julio, FJ 4º. Sobre la base de lo en ella dispuesto afirma DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que los derechos que reconocen los artículos 17.3º y 24.2º de nuestra Norma Fundamental, no son idénticos. Vid. "Comentarios a la Constitución española", op. cit., págs. 76 y 77. Esta doble perspectiva del derecho es apuntada, igualmente, por SOLDADO GUTIÉRREZ, J., *El derecho del detenido a la asistencia letrada*, "Rev. Justicia", 1989, pág. 597.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

claramente diferenciadas; peculiar configuración ésta, que advierte de una distinta lógica del reconocimiento en uno y otro supuesto³³⁵.

De un lado, el reconocimiento del derecho se contiene en el art. 17.3º CE como garantía del derecho a la libertad frente a eventuales limitaciones, a cuya protección viene en definitiva dedicado el precepto desde su apartado 1º; de otro, el derecho se incluye en el general de defensa, junto al resto de los que el artículo 24.2º CE reconoce a toda persona acusada de un delito³³⁶. Este último opera como auténtico derecho procesal, en el marco de una tutela judicial efectiva y con el significado de garantía debida³³⁷.

Esta peculiar configuración, según sostiene la citada jurisprudencia, impide "determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en relación conjunta con ambos preceptos". Ahora bien, afirmar que en un caso y otro la esencia del derecho varía, a nuestro juicio, resulta un tanto forzado.

Como en las páginas que suceden se tratará de evidenciar, el legislador constitucional al incluir la garantía en el art. 17.3º CE no ha hecho sino adelantar al que puede ser primer acto del proceso, el momento en que el derecho nace y se abre para el imputado la posibilidad de ejercitarlo plenamente; anticipación que en absoluto implica reconocer en el derecho un contenido de menor alcance³³⁸.

Así las cosas, la cuestión que se plantea y conviene despejar por su interés, no es sino la relativa a la función o funciones a las que ha de dar cumplimiento el Letrado que presta asistencia al detenido en las citadas diligencias policiales o judiciales que se celebran, al parecer distinta de las que más tarde le corresponden, pero, por razones que en breve se expondrán, también trascendentales al éxito de su defensa.

³³⁵ Al respecto pueden verse las SsTC 42/1982, de 5 de julio y 174/1990, de 23 de abril.

³³⁶ Vid. MORENO CATENA, V., (et. alt.) "El Proceso Penal", op. cit., pág. 1601.

³³⁷ En estos términos se expresaba la STC 42/1982, de 5 de julio; en su misma línea, STC 196/1987.

³³⁸ En este punto, se coincide plenamente con la opinión de SOLDADO GUTIÉRREZ, J., "El derecho del detenido ...", op. cit., pág. 615.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Este primer contacto con la labor desarrollada por el defensor ha de seguirse de un detenido análisis de su actuación a lo largo de las distintas etapas procedimentales, y en especial, durante la fase de instrucción o preparatoria del juicio en la que, si bien no están ausentes las garantías de contradicción y defensa, no parecen encontrar perfecto acomodo, con la inconveniencia que ello supone de cara a la celebración de ciertas actuaciones que lo requieren.

2.3.2.1. La intervención del Letrado en las primeras diligencias de investigación. Especial referencia a la asistencia letrada reconocida al detenido o preso.

La norma constitucional garantiza a todo detenido el derecho a la asistencia letrada ya en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca³³⁹; y, es la norma procesal la que, en desarrollo de la mencionada garantía, otorga al sometido a detención la facultad de elegir libremente Abogado y solicitar su presencia en las diligencias de reconocimiento y declaración que se practiquen y, una vez finalizadas, a mantener con el mismo una entrevista reservada³⁴⁰.

En realidad, la tarea que se propone no es otra que averiguar el alcance de la labor a desarrollar por el Letrado en estas primeras actuaciones, a partir del análisis de las distintas facultades en que se traduce el aludido derecho a la asistencia técnica y su correspondiente en obligaciones para el Abogado que ha de prestarla.

2.3.2.1.1. La libre designación de Abogado o su nombramiento de oficio.

Es, en efecto, manifestación del derecho a la asistencia letrada que se reconoce al sometido a detención, la facultad que al mismo otorga la LECrim de designar un Letrado de confianza o, en su defecto, la de solicitar a la autoridad el nombramiento de un Abogado de oficio.

³³⁹ Art. 17.3° CE

³⁴⁰ Vid. Art. 520.2 b) LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A nadie se oculta la preferencia del legislador por la más absoluta libertad en la elección, que manifiesta en la prohibición dirigida a autoridades y funcionarios intervinientes en el desarrollo de las actuaciones de todo consejo o interferencia en la designación que exceda de la simple transmisión de la voluntad del detenido al Colegio Profesional que corresponda. A este último ha de llegar conocimiento de la identidad del Letrado elegido, cuando no la petición de la designación del Abogado que proceda según el turno de oficio.

En ocasiones, sin embargo, esta facultad de libre elección resulta impedida a su titular, como sucede, en particular, en el supuesto en que el detenido o preso venga sometido a incomunicación; supuesto en que, como en breve se conocerá, este último debe en todo caso recibir la asistencia de un Abogado de oficio³⁴¹. Esta singular limitación del derecho, como seguidamente se tratará de evidenciar, aunque ha sido declarada constitucional por el máximo intérprete de la Norma Fundamental, no acaba de entenderse ajustada a las exigencias que derivan de esta última y, en especial, a la máxima de realidad y efectividad del elemental derecho de defensa, cuya inviolabilidad viene constitucionalmente consagrada.

Destinatario último de la decisión del privado de libertad es, pues, el Abogado sobre el que se hace recaer el nombramiento, quien, una vez tenga conocimiento de su designación, ha de aceptar o, en otro caso, renunciar al encargo³⁴².

Ahora bien, "si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a su designación de oficio"³⁴³. La inactividad del titular del derecho viene, pues, suplida por

³⁴¹ Art. 527 a) LECrim.

³⁴² Según expresa el art. 520. 4º LECrim, si este último no aceptare, no fuere hallado o no compareciere, el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un Abogado de oficio. Ahora bien, esta facultad de rechazar el mandato diferencia al Abogado de libre elección del de oficio, a quien no resulta posible el rechazo del servicio, a salvo la concurrencia de una causa de justificación entendida bastante por el Colegio profesional al que pertenezca. (Vid. Arts. 31 LAJG y 59 EGA).

³⁴³ Vid. Art. 520. 2º c) LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

la autoridad judicial que efectúa el nombramiento al margen e, incluso en contra, de la voluntad del titular del derecho. Ello no obstante, la norma procesal admite la renuncia del detenido a la asistencia de Abogado y, en consecuencia, a su necesaria designación, en dos supuestos diferenciados.

De un lado, la falta de comparecencia del Letrado designado en el Centro de detención transcurrido un determinado plazo, abre paso a la posibilidad de celebrar la diligencia de declaración en su ausencia, si mediara consentimiento del sujeto afectado en este sentido³⁴⁴. De otro lado, puede el detenido renunciar a su derecho a la asistencia letrada en el supuesto en que se presume su participación en la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico³⁴⁵.

En cualquier caso, desde el momento en que se entienda aceptado el mandato, nacen para el Abogado -ya de libre elección, ya de oficio- distintas obligaciones reveladoras de su misión en estas primeras actuaciones de investigación; obligaciones que comienzan con la necesaria comparecencia en el lugar de custodia en el más breve plazo, y no más tarde de un plazo de 8 horas de duración, a contar desde que hubiere sido verificado el nombramiento. La incomparecencia injustificada del Letrado dentro del plazo fijado legalmente, al margen de la responsabilidad en que hace incurrir al Letrado, posibilita la práctica de la diligencia de interrogatorio que, por regla, requiere de su presencia³⁴⁶.

En este punto, la cuestión que se plantea y conviene resolver es la relativa a la repercusión procesal de la inasistencia del Letrado a la celebración de estas actuaciones y, más concretamente, si su ausencia genera indefensión para la parte, no ya formal, sino

³⁴⁴ Vid. Art. 520.4º in fine, LECrim.

³⁴⁵ Vid. Art. 520.5 LECrim.

³⁴⁶ Vid. 520. 4º LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

material, por entrañar vulneración del derecho a la defensa que a ésta reconoce el art. 24.2º CE.

A este respecto ha afirmado el TC en reiterada doctrina que la vulneración del derecho -y, en consecuencia, el otorgamiento del amparo para su restitución- requiere que la falta de Letrado haya podido razonablemente causar perjuicio al recurrente³⁴⁷; se exige, en definitiva, que la ausencia de dicho técnico se traduzca en efectiva indefensión posterior³⁴⁸.

A la vista de lo anterior se muestra claro que la indefensión constitucionalmente prohibida por el art. 24 CE no nace de la simple infracción por los órganos jurisdiccionales de las reglas procesales, sino que ha de tener significación material que produzca un efectivo y real menoscabo o limitación del derecho de defensa³⁴⁹.

2.3.2.1.2. La presencia del Abogado durante la práctica de esas primeras diligencias.

El derecho a la asistencia letrada reconocida al sometido a detención se manifiesta asimismo en la facultad del detenido de solicitar la presencia de su Abogado para que asista a las diligencias de declaración³⁵⁰ y de reconocimiento de identidad a las

³⁴⁷ Véanse las SsTC 110/ 1994, de 11 de abril; 162/1993; 161/1985.

³⁴⁸ Al respecto pueden verse las SsTC 94/1983, de 14 de noviembre y 47/1986, de 21 de abril. Según el propio TC expresara con rotundidad, sólo cabe otorgar relevancia constitucional a la indefensión de carácter material -a diferencia del carácter marcadamente formal que dicho concepto reviste en el ámbito del Derecho Procesal, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por órganos judiciales implica, en todos los casos, la eliminación o disminución en sustancia de los derechos que corresponden a las partes en el proceso. En la misma línea, Vid. las SsTC 35/1989 y 52/1989.

³⁴⁹ Véanse ls SsTC 194/1987; 155/1988; 43/1989; 123/1989, 145/1990; 196/1990; 154/1991; 366/1993 y 18/1995.

³⁵⁰ En favor de la presencia del defensor durante el desarrollo de los interrogatorios del imputado se pronunciaba LEONE -adelantándose e instando al legislador italiano a su expreso reconocimiento- por entender que la misma en absoluto perjudica a la Justicia; antes al contrario, la intervención del Letrado inviste de valor al interrogatorio en la medida en que posibilita su conversión en un verdadero diálogo que permite al imputado "abrir su alma en sinceridad"; interrogatorio que, sólo de este modo, adquiere el carácter de manifestación de personalidad. "Interventi e Studi sul Processo Penale", op. cit., pág. 116. La necesidad de la presencia del Letrado en la primera declaración es

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que haya de someterse³⁵¹. La mención explícita de una y otra diligencia, aunque sin aparente exclusión de cualquiera otra, lleva a cuestionarse si puede o no el Letrado asistir a la práctica de toda diligencia de investigación que se practique.

Si se atiende a lo expresado por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 30 de diciembre de 1978, ha de entenderse que la presencia del Letrado es sólo admisible en aquellas dos actuaciones que expresamente se señalan, de forma tal que, al Abogado queda impedida la intervención en diligencias distintas a la indagatoria que el legislador menciona; sin embargo, la Norma Constitucional no parece limitar las diligencias policiales o judiciales en las que puede y debe el detenido servirse de la asistencia letrada que la misma garantiza³⁵².

Esto último -y, si además se sigue una interpretación del derecho en la forma que mayor garantía ofrece- conduce a afirmar la inexistencia de una lista cerrada de actos autorizados³⁵³, que impida la presencia del Letrado en toda diligencia de investigación de la que el detenido o preso sea objeto³⁵⁴. No se olvide que, por su condición de imputado, ostenta la titularidad del derecho a participar en el proceso y ejercitar en él la defensa, por sí mismo, o valiéndose del auxilio del Abogado que libremente elija o le sea designado de oficio³⁵⁵.

Es por ello que, tan pronto se enfrenta al órgano instructor, ha de permitirse al Letrado la facultad de tomar contacto con "lo actuado" y, de este modo, tener

opinión unánime en la doctrina y defendida, en particular, por PEDRAZ PENALVA, E., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 244.

³⁵¹ Vid. Art. 520. 2º b) LECrim.

³⁵² Véase el art. 17.3º CE.

³⁵³ Sobre el particular, véase la STS de 8 de abril de 2000.

³⁵⁴ En este punto, se comparte plenamente la opinión de MORENO CATENA, V., "La defensa penal ...", op. cit., pág. 69. La misma opinión parecen defender ALONSO PÉREZ, F., *Intervención del Abogado ante la Policía Judicial*, Madrid, 1996, pág. 20 y PEDRAZ PENALVA, E., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 245.

³⁵⁵ Vid. Art. 118 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

conocimiento de los hechos imputados a su patrocinado para, seguidamente, intervenir en el desarrollo de las actuaciones. Ello plantea un interrogante acerca del contenido de la asistencia que ha de recibir el detenido en estas primeras diligencias policiales y judiciales de investigación y que, a simple vista, resulta un tanto limitado.

Tal y como seguidamente se tratará de evidenciar, la labor que el Letrado desarrolla en estas primeras diligencias celebradas en sede policial o judicial, no parece dar plena satisfacción a la garantía de asistencia técnica que la Norma Constitucional asegura al privado de libertad con finalidad cautelar³⁵⁶.

De forma prácticamente unánime, la doctrina ha venido lamentado la enorme pasividad que caracteriza la intervención del defensor en este estadio³⁵⁷, en el que se muestra como mero "convidado de piedra" cuando, como con acierto algún autor ha señalado, su presencia en el Centro de detención habría de entenderse como auténtico acto de defensa formal³⁵⁸ que requiere una más activa participación.

La intervención del Letrado en estas diligencias preprocesales, en realidad, parece servir a una función específica de protección personal³⁵⁹, como garante del

³⁵⁶ MORENO CATENA, V., "La defensa penal ...", op. cit. pág. 66.

³⁵⁷ En este sentido se han venido escuchando las voces de GONZÁLEZ CUÉLLAR, A., *La libertad de acceso del Abogado defensor al detenido o preso en todas la etapas del procedimiento criminal*, "Rev. Poder Judicial", núm.14, 1985, págs. 19 a 22; RAMÓN SORIANO, J., *El derecho a la asistencia letrada del detenido*, "Rev. Poder Judicial", núm. 13, 1984, págs. 41 a 49; SERRANO GÓMEZ, A., *Asistencia de Abogado a los detenidos*, Anuario de Derecho Penal, XXXI - fasc. III, 1979, págs. 549-591; SOLDADO GUTIÉRREZ, J., "El derecho del detenido ...", op. cit., pág. 614; STAMPA BRAUM, JM^a., *Los derechos de la defensa y los límites de su ejercicio*, "Rev. Poder Judicial", núm. 14, 1985, págs. 25 y 26.

³⁵⁸ PECES-BARBA DEL BRÍO, G., *La asistencia letrada al detenido o preso: un derecho constitucional*, "Rev. Actualidad Jurídica", 1981, pág. 38.

³⁵⁹ MORENO CATENA, V., "La defensa penal ...", op. cit., pág. 67, y asimismo en "El Proceso Penal", op. cit., 1607. En este mismo sentido afirmaba GIMENO SENDRA que el Letrado cumple en este estadio procesal un papel semejante al de mero *Notarius*. Vid. "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 121. El mismo PECES-BARBA, al tiempo que critica lo limitado de la labor a desarrollar por el defensor, precisa que el Abogado que presta asistencia al detenido, en caso alguno debe realizar actuaciones tendentes a interferir, retrasar o dificultar la investigación que no obedezcan a causas que afecten a los derechos innegables de este último. "La asistencia letrada al detenido ...", op. cit., pág. 39.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

respeto a los derechos constitucionales del sujeto investigado³⁶⁰; en particular, se dirige a evitar toda coacción sobre el imputado y durante el acto que se desarrolla, incompatible con el respeto de la dignidad de la persona y su libertad de declaración³⁶¹.

Es por ello que, a su llegada al lugar de detención, debe el Abogado constatar que el privado de libertad ha obtenido efectivo conocimiento de los derechos inherentes a su condición³⁶² y, en consecuencia, no basta la mera exposición o lectura por la autoridad de aquél cuadro de derechos, sino que ha de garantizarse un perfecto conocimiento de su contenido y alcance por parte del detenido y titular de los mismos.

Sucedee, sin embargo, que el Letrado se sitúa como mero observador de la diligencia en cuya práctica ha de hallarse presente, sin posibilidad alguna de intervenir activamente en el desarrollo del interrogatorio y carente, pues, de toda facultad de formular cuestiones de forma directa a su patrocinado. Sólo al término de la diligencia, puede el Abogado instar del órgano jurisdiccional la ampliación de aquellos extremos de la declaración que entienda convenientes y, en cualquier caso, solicitar la consignación en el acta de cuantas incidencias ocurridas merezcan a su juicio relevancia³⁶³.

³⁶⁰ Vid. la STC 208/1992 de, 30 de noviembre, FJ 1º y asimismo, la STC 162/1993 de, 18 de abril, FJ 4ª.

³⁶¹ Vid. GIMENO SENDRA, V., (et. alt.) "Los procesos penales", op. cit., pág. 214, y en el mismo sentido DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Comentarios a la Constitución española...", op. cit., pág. 76. Según este último autor ha precisado, la asistencia al detenido se dirige, junto a la finalidad de asegurar el respeto de sus más elementales derechos en el curso de la declaración, a garantizar un efectivo asesoramiento respecto de la conducta a observar durante los interrogatorios; sin embargo, olvida precisar -y es a nuestro juicio importante- que la facultad que al privado de libertad asiste de recibir el consejo de su defensor, llega sólo finalizadas las primeras diligencias que debe el Letrado presenciar y una vez se posibilita el contacto reservado entre ambos; contacto que la LECrim asegura, pero no con carácter previo a esa primera declaración policial prestada por el detenido o preso. Vid. Art. 520.6 c) LECrim.

³⁶² Según señala el art. 520.6 LECrim, podrá el letrado solicitar que se informe al detenido de los derechos establecidos en el 2º de los párrafos del precepto, y que se proceda al reconocimiento por el médico forense o aquél que legalmente se prevea (art. 520.2 f) LECrim).

³⁶³ Si se atiende a cuanto dispone la Circular de la Dirección de la Seguridad del Estado de 19 de octubre de 1981, al respecto de la interpretación de la normativa relativa a la asistencia letrada al detenido, puede constatarse lo siguiente.

En un primer momento, y tan pronto se presente en el lugar de detención, ha de permitirse al Letrado informar al privado de libertad de determinados aspectos de su intervención, y en particular

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La presencia del defensor durante la celebración de esta diligencia, en definitiva, permite acreditar que el testimonio que el imputado voluntariamente presta, coincide a la perfección con aquél que reproduce el acta en que la declaración se documenta³⁶⁴ y el cumplimiento de las garantías que la LECrim exige para la debida práctica de diligencias de investigación como la de reconocimiento expresamente prevista.

A la vista de lo expuesto, parece forzado afirmar que la norma procesal da cumplido desarrollo al derecho constitucional de asistencia letrada que ha de garantizarse a todo detenido o preso. El legislador ordinario, en opinión de MORENO CATENA que se comparte, lejos de dotarlo de efectividad, ha soslayado el contenido esencial derecho.

En verdad, como bien advierte este último autor citado, la función de asistencia entraña, necesariamente, la prestación de auxilio y consejo que el sometido a indagación no recibe sino tras la celebración, real o ficticia, de una primera diligencia declaración³⁶⁵. La prohibición de todo contacto previo a la práctica del interrogatorio, inevitablemente, reduce la asistencia letrada a mero apoyo personal en lo que parece una intención velada

de los límites de la misma, señalando pues, que asistirá al interrogatorio y a las diligencias de identificación que se practiquen. En ese mismo instante, el Abogado habrá de conocer de su patrocinado si le ha sido dada o no lectura del art. 520 LECrim, y si tras dicha información comprende plenamente su contenido. Asimismo, advierte la mencionada Circular de la necesidad de que las relaciones entre el Letrado y los funcionarios intervinientes en las actuaciones han de ser en todo momento cordiales; de ahí que, siempre que la investigación de los hechos no resulte perjudicada, anime al funcionario instructor de las diligencias a consultar al Abogado, una vez finalizado el interrogatorio, acerca de la oportunidad de realizar al detenido nuevas preguntas tendentes a clarificar algún aspecto que hubiera quedado oscuro. Pero, si bien se ruega que de ser factibles sean aceptadas, la definitiva formulación de las cuestiones propuestas por el Letrado queda a discreción del órgano público actuante.

En cualquier caso, ha de dejarse constancia en el acta de declaración de cuantas respuestas se obtengan y asimismo, puede el Letrado interesar del instructor que en la misma se recojan las preguntas por él sugeridas que se hubieren rechazado; petición ésta que debiera ser admitida, de no apreciarse fundados inconvenientes para hacerlo. (Vid. Circular de la FGE de 19 de octubre de 1981).

³⁶⁴ ALONSO PÉREZ, F., "Intervención del Abogado...", op. cit., pág. 188.

³⁶⁵ Como en breve se hará notar, la posibilidad para el privado de libertad de recibir asesoramiento técnico llega sólo cuando, al término de la diligencia presenciada por el Letrado, se permite a ambos mantener comunicación reservada. Vid. 520. 6º LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

del legislador de asegurar la espontaneidad de las manifestaciones del declarante; propósito éste encomiable, pero no bastante para justificar el que el imputado se enfrente a las autoridades que reciben su declaración sin el consejo de su defensor, sin reparar en el dato de la muy posible repercusión negativa del fruto de estas manifestaciones sobre sus intereses.

En realidad, la imposibilidad de entrevistarse con carácter previo a la celebración del interrogatorio parece una medida carente de eficacia, habida cuenta de que al detenido igualmente asiste el derecho a guardar silencio ante la autoridad policial y, de este modo, la facultad de posponer toda declaración hasta tanto haya tenido oportunidad de conversar con su defensor; pero, en cualquier caso, no parece que una más temprana y activa intervención del letrado en su desarrollo, suponga necesariamente un perjuicio al éxito de la diligencia; antes al contrario, la misma puede permitir la aportación de nuevos puntos de vista y la información o eventual aclaración de algún extremo del testimonio prestado, en claro beneficio del perfecto y adecuado desenvolvimiento de las actuaciones.

Es incuestionable, pues, que el privado de libertad precisa asistencia no sólo personal sino técnica, la cual, no puede llegar sin la relación y cruce de confianzas entre el imputado y su defensor, que permita proyectar con éxito, y desde un primer momento, la estrategia que ha de seguirse en el ejercicio de la defensa. De ahí que, aunque al término de las mencionadas diligencias de declaración y reconocimiento, la garantía de asistencia letrada al detenido igualmente se traduzca en el reconocimiento a este último de la facultad de comunicar privadamente con su Abogado; comunicación que, conviene adelantar, ha de celebrarse con las máximas garantías de reserva

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

compatibles con la necesidad de garantizar la seguridad y eficacia en el desarrollo de la investigación³⁶⁶.

2.3.2.1.3. La entrevista reservada al término de la diligencia.

Como se adelantaba, la asistencia letrada al detenido o preso consiste, asimismo, en la posibilidad para el defensor de entrevistarse reservadamente con su cliente, finalizadas las diligencias de reconocimiento y declaración a las que éste se someta³⁶⁷, excepción hecha de aquellos supuestos en que, por razones que más tarde se expondrán, esta facultad resulte temporalmente excluida³⁶⁸.

Desde ese instante y en adelante, podrá el imputado recibir el consejo de su defensor, y éste la información que precise del anterior, para el desarrollo con éxito de la estrategia defensiva. Pero, como en breve se tendrá ocasión de constatar, es manifestación y presupuesto indispensable para la efectividad del fundamental derecho de defensa, no sólo el mantenimiento de un contacto permanente entre el defensor y su patrocinado, sino la garantía de la confidencialidad de las comunicaciones que celebren.

En verdad, en un intento de equiparar las posibilidades defensivas del imputado preso con aquéllas de las que disfruta el que permanece en libertad, el legislador otorga al sometido a la medida cautelar las máximas facilidades para el contacto imputado-defensor; así, prohíbe impedir su relación mientras se halle comunicado y autoriza a ambos el coloquio a través de visitas en el Centro Penitenciario, así como el intercambio de correspondencia³⁶⁹.

³⁶⁶ El respeto de la privacidad de la relación Abogado-cliente, en realidad, no es obstáculo al arbitrio por el legislador de cuantas medidas resulten precisas a la satisfacción de estos otros fines.

³⁶⁷ Vid. art. 520. 6º c) LECrim.

³⁶⁸ Vid. Art. 527 c) LECrim.

³⁶⁹ Véanse, en particular, los arts. 523 y 524 de la LECrim y el art. 48 LOGP y correspondientes del RP de 1996, sobre los que en futuras páginas habrá de reflexionarse detenidamente.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ahora bien, el efecto de abrir paso a la entrevista con el defensor tiene igualmente lugar si, en ejercicio del fundamental derecho a guardar silencio, el imputado decide no prestar testimonio poniendo fin a la diligencia. Según se desprende del pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado en respuesta a la Consulta de 20 de mayo de 1985, la constancia de la negativa de éste último a prestar declaración en el acta de comparecencia, crea la ficción de entender la diligencia practicada al efecto que prevé el art. 520.6 c) LECrim.

Asimismo, esto último se concluye desde el momento en que se conoce que el derecho a prestar declaración puede ser renunciado por su titular, de suerte que, condicionar la facultad de entrevistarse con el defensor a su ejercicio -como acertadamente advierte MORENO CATENA- implica una interpretación desviada del contenido del derecho fundamental al silencio³⁷⁰.

2.3.2.1.4. El estado de la cuestión en el ámbito del derecho comparado europeo.

Un rápido vistazo al estado de la cuestión en distintos ordenamientos procesales del marco europeo descubre ciertas semejanzas en las previsiones en ellos contenidas al respecto, no ya respecto de las posibilidades de participación, sino de la preceptiva intervención del defensor durante el desarrollo de las primeras diligencias de investigación.

La **ordenanza procesal alemana**, reconoce al defensor el derecho a estar presente en el momento en que tiene lugar la toma de declaración policial al acusado. En realidad, estos órganos policiales, aunque vienen obligados a admitirla, no lo están a dar comunicación previa al Letrado para que asista a la celebración de la diligencia³⁷¹.

³⁷⁰ MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso penal", Tomo II, op. cit., pág. 1608.

³⁷¹ Sobre el particular pueden verse, entre otros, BEULKE, W., *Muss die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung "Erste Hilfe" bei der Verteidigerkonsultation leisten?*, "Rev. NStZ", 1996, núm. 6, págs. 257 a 262; RANSIEK, A., "Belehrung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation ...", op. cit., pág. 346.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Como regla, el defensor designado ha de asistir a la celebración del interrogatorio, sin embargo, no se excluye la posibilidad de que el mismo sea celebrado en su ausencia³⁷².

El **Código Procesal Penal francés**, por su parte, reconoce a toda persona imputada o conducida ante la Jurisdicción, el derecho a ser asistido por uno o varios Abogados de su elección o designados de oficio; así, en la primera "audition" o comparecencia legalmente prevista, nace la obligación para la autoridad que ha de recibir testimonio, de informar al declarante de la facultad de nombrar o solicitar la designación de Abogado³⁷³; éste, sin embargo, puede prescindir de los servicios que el Letrado presta, pero, de llevar a cabo el nombramiento, corresponde a la autoridad convocar debidamente al Abogado sobre el que recaiga.

Según determina la norma procesal³⁷⁴, el órgano jurisdiccional no procederá a recibir testimonio sobre el fondo, más que con el consentimiento de la persona, y en todo caso expreso, prestado en presencia de su Abogado defensor o consejero. Ello no

³⁷² Vid. § 136 (1) StPO en relación con lo dispuesto por el § 145 StPO en el que se contiene expresa referencia a la incomparecencia del Abogado defensor, pero durante el desarrollo de la vista oral.

³⁷³ En verdad, la falta de consejo del letrado supone una considerable disminución de las posibilidades de defensa, el legislador procesal parece entender la asistencia letrada como mera facultad. La intervención de este último no es obligatoria en asuntos "*de police*" y "*de correction*" -esto es, tratándose de infracciones de la menor gravedad- salvo que la persona, por no reunir la aptitud necesaria, pudiera comprometer su propia defensa.

Entender esto último exige conocer que el Código Penal francés contiene una clasificación tripartita de las infracciones, que distingue entre "contravenciones", "delitos" o "crímenes"; el conocimiento de las primeras -castigadas con pena inferior al resto- corresponde al *Tribunal de police* (órgano unipersonal), sea según el procedimiento contradictorio ordinario, sea conforme a un procedimiento simplificado de ordenanza penal; conoce, en cambio, de los delitos el *Tribunal Correctionnel* y los crímenes -infracciones penales más graves- son juzgados por la *Cour d'assises* o Tribunal de Jurado.

Pues bien, la asistencia de un letrado es facultativa ante el primero de los órganos jurisdiccionales nombrados -Tribunal de policía- pero preceptiva ante la *Cour d'assises*. Ante el *Tribunal correctionnel*, en cambio, es obligatoria cuando el sujeto se vea afectado por una enfermedad de tal naturaleza que pudiera comprometer seriamente su defensa, y no en otro caso. Para un conocimiento en mayor profundidad puede verse, DELMAS-MARTY, M., "Procédures pénales d'Europe", op. cit., pág. 248 y ss.

³⁷⁴ Vid. Art. 116 CPPfr.

obstante, lo cierto es que el papel desarrollado por el Letrado en esos primeros instantes es bien limitado.

En verdad, el interrogatorio que se celebra con la intervención del defensor - principal labor a desarrollar por el mismo en este estadio- no puede entenderse contradictorio por cuanto las partes carecen de la facultad de participar activamente en él. La defensa no interroga, como no lo hace el Ministerio Fiscal acusador, merced al principio de igualdad procesal. Queda, pues, a las partes impedida la facultad de tomar la palabra en el acto hasta tanto el Juez de instrucción autorice su intervención; y, si les fuere denegada, podrán ambos reproducir las cuestiones inicialmente formuladas en el momento en que se celebre el juicio oral o principal.

En el **proceso penal italiano**, el defensor asiste a las declaraciones que el imputado presta ante los órganos policiales y fiscales.

En particular, señala el art. 350 CPPIt que corresponde a los órganos de policía que asumen funciones de investigación, invitar a la persona sometida a la misma a designar a un Abogado de confianza; este último o, de faltar, el que resulte designado de oficio, habrá de estar presente en el instante en que se reciba "le sommarie informazioni" -a cuyo efecto, la misma autoridad policial habrá de darle aviso- bajo pena de nulidad insubsanable de lo actuado³⁷⁵.

El defensor, ya de confianza, ya de oficio, podrá asistir a la práctica de interrogatorios ante el Fiscal a los que el imputado se someta³⁷⁶, habiendo de recibir información acerca de su celebración con al menos 24 horas de antelación³⁷⁷.

³⁷⁵ Vid. Art. 179 CPPIt.

³⁷⁶ Vid. Art. 364.3º y 5º CPPIt.

³⁷⁷ Vid. Art. 350.3º CPPIt en relación con el art. 347.2º CPPIt. En supuestos de extrema urgencia, el plazo que se establece no necesariamente ha de agotarse, sino que habrá de reducirse en la medida que resulte oportuno. Vid. CORDERO, F., "Procedura Penale", op. cit., pág. 709.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Lo cierto es que la presencia del defensor previa al juicio, aunque irrelevante a los efectos de formación de la prueba sirve, en opinión de NAPPI³⁷⁸, a una función de garantía y control de la legalidad de las operaciones realizadas por los órganos públicos de la investigación; pero asimismo, marca el punto de partida en el desarrollo de la labor de apoyo y consejo, de asistencia en definitiva, como primera manifestación del ejercicio del derecho de defensa.

En este punto, especial mención merece la reforma operada por Ley de 8 de agosto de 1995, n. 332, sobre la regulación de la materia relativa al interrogatorio, en particular, del sujeto sometido a la medida cautelar de prisión provisional³⁷⁹, en lo que la misma supone de incremento a la potencialidad defensiva del imputado. La reforma, ciertamente, multiplica las oportunidades para éste último de realizar declaraciones ante el Juez e influir sobre sus decisiones relativas al acuerdo de la medida -y, en su apreciación acerca de la concurrencia de los presupuestos, más estrictos, que el nuevo Código Procesal exige- y mantenimiento de la medida cautelar que se acuerda³⁸⁰.

A estos efectos, prevé la norma procesal italiana el llamado "interrogatorio de garantía" que ha de servir al Juez para valorar si permanecen las exigencias o condiciones de aplicabilidad de la medida; de su celebración habrá, pues, de dar aviso,

³⁷⁸ NAPPI, A., "Guida al Codice di Procedura Penale", op. cit., pág. 342.

³⁷⁹ Sobre los puntos de reforma, así como las virtudes o desaciertos de la nueva norma, pueden verse los comentarios de GREVI, V., "Piu ombre che luce ...", op. cit., pág. 22 y 23 y RIVIEZZO, C., *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995, pág. 98 y 99.

³⁸⁰ Corresponde, en efecto, al órgano jurisdiccional constatar la permanencia o desaparición de las circunstancias inicialmente atendidas y determinantes de la legitimidad o no de una prórroga a la duración de la medida acordada. Vid. Arts. 294 y 299.3º ter CPPit. Según en ellos se dispone, si durante el curso de la "audiencia" destinada a convalidar la detención y transformarla, en su caso, en una medida cautelar de mayor gravedad -"custodia cautelare"- no hubiera tenido lugar el interrogatorio del imputado, el Juez encargado de la investigación ha de proceder a la toma de declaración del privado de libertad en el plazo más inmediato, y en ningún caso fuera de un plazo máximo de 5 días de duración a contar desde el instante en que comenzara a darse cumplimiento a la medida cautelar. Y, si el Ministerio Fiscal -de quien depende su acuerdo- no hubiere solicitado la aplicación de dicha medida, habrá el Juez de recibirle interrogatorio dentro de las 24 horas subsiguientes al momento en que hubiere resultado privado de libertad.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

con la mayor brevedad, tanto al Ministerio Fiscal cuanto al defensor, en orden a posibilitar a los mismos la intervención en el acto.

En cualquier caso, como se adelantaba, con carácter previo a la celebración del interrogatorio en que ha de intervenir el sometido a investigación, debe el Letrado -ya sea de libre elección, ya de oficio- recibir información acerca del tiempo y lugar en que se ha de llevar a cabo³⁸¹ para, de este modo, asegurar su presencia, inexcusable, en tanto en cuanto su ausencia entraña la nulidad de lo actuado³⁸².

Pero es más, según determina el art. 356 CPPIt, "el defensor de la persona frente a la que se desarrollan las investigaciones tiene derecho a asistir, sin derecho a ser avisado preventivamente, en determinadas actuaciones que la misma norma procesal señala³⁸³.

En la misma línea, el **legislador procesal portugués**, determina la obligatoriedad de la asistencia del defensor al primer interrogatorio judicial del imputado detenido³⁸⁴.

La intervención del defensor en este estadio, se encuadra en el marco de la garantía de asistencia al imputado y de control de la legalidad de las actuaciones. Téngase presente que este primer interrogatorio se halla destinado en esencia, a verificar la legalidad de la detención y la existencia, en su caso, de presupuestos bastantes para la aplicación de una medida de mayor onerosidad.

³⁸¹ Esta comunicación previa es un deber que corresponde al Ministerio Público en los actos de interrogatorio, inspecciones o careos en que haya de intervenir el titular del derecho a la asistencia letrada, en garantía de su efectividad. Sin embargo, viene exento de tal obligación, con ocasión de la realización de aquellos actos que la doctrina denomina "sorpresivos", tales como inspecciones acordadas ante la presencia de motivos fundados para considerar que las huellas o vestigios del delito corren riesgo de ser alterados o desaparecer. Vid. NAPPI, A., "Guía al Codice...", op. cit., pág. 342.

³⁸² Vid. Art. 179.1 CPPIt.

³⁸³ En particular, aquéllas a las que se refieren los arts. 352 a 354.

³⁸⁴ Arts. 64.1 a) y 140 del CPPPort.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

El defensor puede, en el derecho portugués, conversar con el imputado detenido con anterioridad a la celebración de la diligencia al efecto de aconsejarle en la organización de la defensa; sin embargo, durante el interrogatorio y al margen de la posibilidad de alegar las nulidades que observe, debe el Letrado abstenerse de interferir en el desarrollo del acto. Finalizado éste, podrá ya dirigirse al Juez, no estando presente el imputado, para que sea éste quien formule al imputado las cuestiones que entienda convenientes a los intereses que representa³⁸⁵.

Ahora bien, no tratándose de este último interrogatorio sino del que puede llevarse a cabo ante el Ministerio Fiscal, la asistencia del defensor tiene lugar cuando, tras ser informado de los derechos que le asisten, el inculcado lo solicita³⁸⁶, al igual que sucede respecto de los interrogatorios realizados por los órganos policiales que intervienen en el desarrollo de la investigación de la causa³⁸⁷.

2.3.2.2. Especial referencia a la intervención del defensor durante la fase de instrucción o sumarial.

2.3.2.2.1. Planteamiento general.

Con anterioridad se señalaba que, celebrada la entrevista reservada a la que se refiere el art. 520.6 LECrim entre el detenido o preso y el Abogado que le presta asistencia en las primeras diligencias de investigación -y tan pronto el imputado que es mantenido en libertad entra en contacto con su Abogado- ha de tener lugar el desarrollo

³⁸⁵ Sobre el particular, véase MARQUES DASILVA, G., "Curso de Processo Penal", op. cit., pág. 293.

³⁸⁶ Vid. Art. 143.2º CPPPort. Según determina el precepto, en aquellos supuestos en que la intervención del defensor no es obligatoria, puede el tribunal nombrar al imputado un defensor de oficio o a petición de este último, siempre que las circunstancias del caso revelaren la necesidad o conveniencia de que el mismo sea asistido. Véanse los comentarios de LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código de Processo penal*, Lisboa, 1996, pág. 156.

³⁸⁷ Vid. Art. 144 CPPPort.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

por este último de una auténtica actividad defensiva tendente a evitar la imputación formal y, en consecuencia, la apertura del proceso en contra de su patrocinado.

Ahora bien, si la imputación judicial resulta definitivamente formulada, a la defensa interesará el acopio y aseguramiento de aquél material que pueda servir, una vez finalizada esa etapa de investigación o instructoria, para solicitar y obtener del Juez una declaración de sobreseimiento libre o provisional de la causa o, en caso contrario, configurar una futura prueba de descargo que permita neutralizar la acusación formulada en contra, e impedir la condena -o, en otro caso, lograr la imposición de la menos grave de las penas posibles- una vez finalizado el juicio oral cuya apertura no pudo evitar.

Pero, a pesar de la relevancia de la misión que se le encomienda, lo cierto es que la intervención del defensor en este periodo procedimental, a la vista de las previsiones contenidas en la LECrim, no es todo lo intensa que quizás debiera. A nadie escapa que, la información acerca del hecho que se presume cometido -indispensable al Letrado al efecto de proyectar adecuadamente la estrategia defensiva- puede obtenerse a partir de un contacto directo con fuentes y medios de prueba³⁸⁸; un contacto que, en cierto modo, resulta obstaculizado por la norma procesal.

Como de inmediato se tendrá ocasión de constatar, la LECrim admite, pero no facilita, al defensor la participación en el desarrollo de esta actividad instructoria, toda vez que, no en todo caso obliga a dar a este último información acerca de la celebración de cada uno de los actos que ordena practicar³⁸⁹.

³⁸⁸ Téngase presente que, la entrevista reservada que puede el Letrado mantener con el imputado detenido o preso y toda comunicación sostenida entre el imputado y su defensor, hace posible el intercambio de confidencias y, de este modo, el suministro de cierta información o, en su caso, la aclaración de extremos oscuros relativos al hecho delictivo y sus circunstancias; pero, aunque indispensables, lo cierto es que dichos contactos pueden no bastar al defensor para enfocar la actividad defensiva en la dirección más correcta.

³⁸⁹ Esta exigencia es explícita respecto de las diligencias instructorias a las que se refieren los arts. 333 y 336 LECrim, aunque nada apunta a entender excluidas el resto de las que se prevén. En opinión de la doctrina, a nuestro juicio acertada, ha de darse a la parte conocimiento del desarrollo de las actuaciones, y así posibilitar su participación en el acto, siempre que ello no comprometa los fines

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En verdad, distintas reformas operadas sobre la LECrim -alentadas por el más avanzado sector de nuestra doctrina- evidencian cierta intención del legislador en operar una transformación de este esquema, aunque lo cierto es que con ellas se han logrado sólo modestísimos avances. Contrariamente, el proceso de ampliación definitiva de las facultades de intervención del imputado con el concurso de su defensor durante esta primera fase procesal, preparatoria del juicio, se ha visto ralentizado.

La lentitud de la transformación, al parecer, obedece al propósito de potenciar en este estadio las garantías de contradicción e igualdad³⁹⁰ que el mismo legislador procesal³⁹¹ manifiesta, quizás sin reparar del todo en los inconvenientes que pueden derivarse de su instauración en este primer periodo procedimental. Como en breve se tratará de evidenciar, implantar idénticos principios a etapas procesales diferenciadas puede generar ciertos riesgos de frustración de los fines, obviamente distintos, perseguidos con el desarrollo de cada una de ellas y, en particular y por lo que aquí interesa, de la finalidad para la que se concibe la compleja actividad instructoria cual es, en esencia, la averiguación de las circunstancias del delito y de su presunto autor y la preparación del verdadero juicio en que ha de conocerse de su comisión.

La nueva redacción dada al art. 302 LECrim por Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que consagra el principio de publicidad de las actuaciones sumariales para las partes personadas y el reconocimiento al imputado de la facultad de intervenir en su desarrollo, por sí mismo o con el concurso de su Abogado, parece haber abierto paso a la

de investigación e instructorios que se persiguen. De esta opinión, entre otros, ASENSIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 115.

³⁹⁰ Ello, expresión de un auténtico modelo acusatorio, según ha declarado GOLDSCHMIDT, J., "Problemas jurídicos y políticos...", op. cit., pág. 36.

³⁹¹ En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal -tras hacer explícita la intención de llevar en cierta medida el "acusatorio" al sumario- expresaba que "el Juez, por su propia iniciativa y de oficio, podrá" -donde, a nuestro juicio, debiera decir "deberá"- acordar que se comuniquen los autos al procesado desde el momento en que la contradicción y la publicidad no sean un peligro para la sociedad interesada en el conocimiento de los delitos y en el castigo del culpable".

instauración del contradictorio y la igualdad de las partes en una fase procesal que durante largo tiempo ha venido siendo celebrada de espaldas al sujeto afectado.

Sin embargo, los nuevos aires dados al modelo procesal español -arrastrado, sin embargo, por una corriente que ha afectado al conjunto de ordenamientos procesales europeos- han conducido al encumbramiento de la que no ha de ser sino una fase meramente instrumental y preparatoria del juicio -y, en consecuencia, ágil en su tramitación- que parece desplazar del lugar central que en el proceso debiera ocupar el juicio oral, donde halla indiscutiblemente su razón de ser la plena vigencia de las mencionadas garantías procesales³⁹².

2.3.2.2.2. Sobre la conveniencia y medida de la vigencia de las garantías de contradicción y publicidad de las actuaciones e igualdad de las partes en la instrucción.

El principal interrogante que en estos instantes interesa despejar es, en efecto, el relativo a la exactitud³⁹³ o no de consideraciones tales como la conveniencia de una plena vigencia del contradictorio y de la igualdad de partes en este primer periodo procedimental³⁹⁴; ello, habida cuenta de que la misma eficacia de la investigación e instrucción hace que, en ocasiones, la contradicción haya de ceder, posponerse o

³⁹² En particular, preocupa a MORENO CATENA el hecho de que la instrucción se separe de aquellos principios que habrían de regirla. El autor, teniendo a la vista las negativas consecuencias que para el proceso ello entraña, aboga por una reconducción de la misma a su verdadera esencia. "El proceso penal", Tomo I, op. cit., págs. 183 y 184.

³⁹³ En opinión de algún autor, como BERNARDI, en toda fase del procedimiento es preciso actuar la garantía de igualdad entre acusación y defensa, a través de un reequilibrio de los respectivos poderes, pero sin pretender una absoluta igualdad entre ambos. Vid. BERNARDI, F., *Le indagine del difensore nel processo penale*, Milano, 1996, pág. 136.

³⁹⁴ GUTIÉRREZ ALVIZ, F., "Aspectos del derecho de defensa ...", op. cit., pág. 800. Como bien advierte el mismo TC cosa distinta sucede en la fase de juicio oral. Véanse las SsTC 95/1995, de 19 de junio y 32/1994, de 31 de enero. Asimismo, según puede leerse en la Exposición de Motivos de la LECrim, se ha de aceptar la idea fundamental de que "es en este periodo -fase de plenario- donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba (...) y donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

entenderse garantizada mediante fórmulas distintas a la mera presencia del imputado o su defensor durante la celebración de los actos que la componen³⁹⁵.

Según se declara desde la Exposición de Motivos de la LECrim -aunque a nuestro juicio es discutible- el reconocimiento en términos absolutos de una igualdad entre acusación y defensa durante el desarrollo de las investigaciones, configura una situación de auténtica desigualdad, por cuanto, tras la comisión del delito que sorprende a la sociedad, las posiciones de partida de quien se presume autor y de la comunidad social perjudicada, no son idénticas³⁹⁶. Así pues, razones que la doctrina entiende ineliminables³⁹⁷, impiden neutralizar la preeminencia de la acusación y su mejor posición en orden a la investigación, recepción, y aseguramiento de fuentes y medios de prueba³⁹⁸.

Es, sin embargo, inevitable cuestionar la suficiencia y legitimidad de este último argumento para desequilibrar, en favor de una de las partes, el que ha de ser un justo y equitativo proceso, ya desde la primera de las fases en que se estructura. En nuestra opinión, aun cuando haya de admitirse la prevalencia del interés social en la actuación del *ius puniendi* estatal y la necesidad de dar al mismo satisfacción, no ha de impedirse el respeto de la garantía de defensa en esta primera etapa procedimental. En consecuencia, ha de reconocerse al defensor la facultad intervenir en desarrollo de este cuerpo de actuaciones así como la de hacer llegar al Juez cuantos datos o elementos

³⁹⁵ ASENCIO MELLADO, JM^a., "La intervención de la defensa en la fase de instrucción", "Rev. Der. Proc.", 1997, núm. 1, pág. 28.

³⁹⁶ La restauración de la paz social perturbada por el delito -en opinión de su redactor, el Ministro Azaña- precisa, como primer paso, el reequilibrio entre las partes enfrentadas a través del otorgamiento de ciertas ventajas a los órganos estatales sorprendidos por la acción delictiva, en esos primeros instantes en que se desarrolla la investigación e instrucción de la causa.

³⁹⁷ LEONE, G., "Interventi e Studi sul Processo Penale", op. cit., pág. 115.

³⁹⁸ Sólo ello explica el privilegio reconocido al Ministerio Fiscal respecto de la declaración del secreto sumarial, merced al cual, conoce en cualquier caso y no ve limitadas sus facultades de intervención en el desarrollo de las diligencias instructorias que, como excepción a la regla de publicidad contenida en el art. 302.1º LECrim, son desconocidas por el resto de partes procesales.

conozca y resulten favorables a los intereses de su patrocinado, como uno de los puntos de esa reforma estructural del actual modelo de instrucción española³⁹⁹.

Es cierto que una plena vigencia de los mencionados principios de contradicción e igualdad no resulta en este espacio procesal del todo posible⁴⁰⁰, pero lo es también que uno y otro, en cierta medida, deben también regir en él.

De un lado, con miras precisamente al reequilibrio en el posicionamiento entre acusación y defensa, ha de reconocerse a ésta última medios análogos a la primera para hacer valer sus razones; garantizar, en definitiva, una potencial igualdad de armas procesales consistente, en este estadio, en la posibilidad de solicitar, presentar y obtener la práctica de análogas diligencias, que no son sino fuente de futuras pruebas y, en consecuencia, su examen por el órgano jurisdiccional en condiciones idénticas; ello, y si además se atiende a la realidad que representa la necesidad de practicar pruebas anticipadas o preconstituídas, se hace precisa la garantía del elemental principio de

³⁹⁹ En aquellos procesos de corte acusatorio, en que el Fiscal asume la dirección y desarrollo de esta actividad, preocupa a la doctrina y habría de evitarse, el monopolio por parte del órgano público sobre la investigación del hecho delictivo, que impida toda intervención en ella del sujeto a quien la misma, precisamente, afecta.

En el seno del proceso penal italiano, en particular, según advierte BERNARDI, existe una igualdad solo formal y no sustancial -como a su juicio debiera- en la producción de fuentes y medios de prueba; desigualdad ésta de la que derivan serios riesgos, como lo es la posibilidad de que alguno de los elementos esenciales a la defensa puedan no llegar a ser nunca descubiertos y recogidas determinadas fuentes de prueba. Lamenta el autor, en consecuencia, que frente a un adversario como el Fiscal -dueño de la investigación penal- el defensor no se encuentre en posibilidad de formar auténticas pruebas de descargo, y con absoluta valentía -por lo arriesgado de sus palabras- sostiene que, "no es funcional al sistema el impedimento a este último de la facultad de buscar o contactar con testigos, posibles o reales, de comprobar su fiabilidad e incluso prepararlos e instruirlos para el juicio". "Le indagini del difensore...", op. cit., pág. 30.

⁴⁰⁰ Lamenta BACIGALUPO que "en la praxis, el juicio queda decidido en esa fase de instrucción -de marcados rasgos inquisitorios- (...)" donde, precisamente, rige el principio contrario de "desigualdad de armas". Durante la misma, como bien advierte el autor, "Policía Judicial y Ministerio Fiscal tiene posibilidades de obtener pruebas de las que no dispone la defensa que, incluso, puede quedar excluida del conocimiento de las actuaciones -si fuera declarado el secreto- y, en consecuencia, perder oportunidades de obtener determinadas pruebas que le sean favorables y decisivas". Vid. *La significación de los Derechos Humanos en el moderno proceso penal*, "Rev. Canaria de Ciencias Penales", 1999, núm. 4., pág. 12.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

contradicción, aunque con las debidas concesiones a la eficacia de la investigación y el éxito de la instrucción sumaria⁴⁰¹.

En ocasiones, en efecto, durante esta primera fase procesal ha de tener lugar la práctica de actos de anticipación o preconstitución de la prueba, que requieren de la instauración del contradictorio y el respeto de la garantía de defensa al efecto de alcanzar valor bastante para servir de fundamento a una eventual sentencia de condena. Ello, en opinión de GIMENO SENDRA⁴⁰², es razón bastante -y poderosísima- para, no sólo admitir, sino potenciar la intervención de la defensa en esta etapa procedimental inicial.

Si se tiene presente asimismo que, como bien advierte el autor citado, el material fáctico sobre el que el órgano jurisdiccional ha de fundamentar su fallo no puede ser otro que aquél que resulta del sumario⁴⁰³, es clara la inconveniencia de que este último se desarrolle en ausencia de la parte y de su defensor, dejando la actividad preparatoria del juicio exclusivamente en manos de la parte acusadora y el órgano jurisdiccional.

⁴⁰¹ En este punto y muy especialmente el referido al principio de igualdad procesal, es interesante traer a colación la reflexión de DE FIGUEREIDO DIAS cuando afirma que "so pena de craso error, no puede entenderse obligación, el establecimiento de una igualdad matemática o siquiera lógica entre partes procesales". De ser así, en opinión del autor, habrían de replantearse muchas otras previsiones y admitirían enorme crítica numerosas normas realmente bien fundamentadas, como aquéllas en que se contienen las distintas facultades reconocidas al imputado y de las que el Ministerio Fiscal, en cambio, carece.

Entiende el mencionado autor que la igualdad puede verse satisfecha con el respeto a principios como la inviolabilidad del derecho de defensa, la presunción de inocencia o *in dubio pro reo*, y comprende las dudas en ocasiones surgidas respecto de la legitimidad de específicas facultades conferidas al sujeto pasivo del proceso, que no tienen correspondencia en la parte acusadora, como sucede con el derecho al silencio o la facultad de valerse de la última palabra. A juicio del autor, la reclamada igualdad es en sí misma una idea y garantía que ha de preservarse, pero únicamente debe reputarse que el proceso viola el mencionado principio si establece desigualdades infundadas, irrazonables, o arbitrarias. Vid. "O nuovo Codice di Processo Penal", op. cit., págs. 29 y 30.

⁴⁰² "El derecho de defensa ...", en "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 99.

⁴⁰³ Art. 650. 1º LECrim. Nótese que la entrada de nuevos hechos al proceso -a salvo la posibilidad de una sumaria instrucción complementaria- queda impedida una vez es dictado el auto que pone fin al sumario, que precede a la formulación del escrito de acusación.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Lo cierto es que, aquellos mecanismos que hacen viable la defensa operan ya en esta fase anterior a la celebración del verdadero juicio⁴⁰⁴, y es claro que el éxito de este último -y, en definitiva, del proceso mismo- depende del eficaz desarrollo de las actuaciones que sirven a su preparación⁴⁰⁵. Nada, pues, parece más lógico que permitir al propio imputado el aseguramiento de su perfecto desenvolvimiento con el concurso o la asistencia de un defensor de libre elección o designado de oficio⁴⁰⁶, en la medida en que su intervención no entrañe riesgos a la finalidad para la que ha sido concebida.

Pero, al margen de estas u otras formulaciones abstractas, la atención a la concreta regulación contenida en nuestra LECrim y relativa al desarrollo de la instrucción sumarial, da idea clara de la distancia que separa el modelo español de las líneas aquí trazadas, y evidencia la necesidad de una pronta y muy profunda reforma de nuestro proceso que comience en ésta, la primera de sus fases.

En primer término, convendría una reasignación de funciones entre los distintos sujetos intervinientes en su desarrollo, acompañada de la reconducción a los principios y la orientación a los solos fines que le son propios, que evite la necesidad de dar con soluciones -que, en estas condiciones, serían de mero parcheo- a los problemas y disfunciones que padece la instrucción de las causas criminales en nuestro proceso⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ En este sentido, véase la STEDH de 30 de septiembre de 1985, vertida en el asunto CAN.

⁴⁰⁵ VERGÉ GRAU, J., "La defensa del imputado ...", op. cit., pag. 65.

⁴⁰⁶ SILVA MELERO, S., *Derechos de la defensa ante el Juez de instrucción*, "Rev. Der. Proc.", 1950, pág. 406.

⁴⁰⁷ Sobre las deficiencias apreciables y las líneas que ha de seguir el diseño de la nueva instrucción para superarlas es interesante y, a nuestro juicio muy acertada, la reflexión de MORENO CATENA, V., "El Proceso penal", Tomo I, op. cit., págs. 167 y 168, y 181 a 191, respectivamente.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.3.2.2.3. Aproximación al modelo de investigación e instrucción del proceso penal español.

No sin acierto, a nivel doctrinal se afirma que la fase de instrucción o sumarial española presenta una estructura netamente inquisitiva⁴⁰⁸ de la que, sin embargo, no están del todo ausentes las garantías de contradicción e igualdad. Y, es precisamente uno de sus principales rasgos caracterizadores, el hallarse anquilosada en un modelo de reparto de las funciones de investigación e instrucción, que difiere del que ha acabado por instaurarse en los procesos penales de nuestro entorno cultural más cercano, tales como el italiano, portugués o alemán a los que en estas páginas se atenderá brevemente.

En nuestro modelo, por el momento, continúa el órgano jurisdiccional siendo dueño de la instrucción y responsable de una investigación en la que el representante de Ministerio Público -a quien, aunque no monopolísticamente, corresponde el ejercicio de la acción penal⁴⁰⁹- interviene para la sola fiscalización del perfecto desarrollo de la actividad en que consiste⁴¹⁰; ello, a salvo las facultades que le confiere el art. 785.bis 5º LECrim, con las que parece atribuírsele un mayor protagonismo en el papel de investigador⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Es cierto, en opinión de la doctrina, que la fase de instrucción o sumarial ha superado su estructura originariamente inquisitiva, pero, aunque de forma más tenue, en ella están presentes algunos de los rasgos propios del modelo anterior. Vid. entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, E., "Derecho Procesal...", op. cit., pág. 104; MONTERO AROCA, J., (et. alt.), "Derecho Jurisdiccional", Tomo III, op. cit., pág. 19; VERGÉ GRAU, J., "La defensa del imputado...", op. cit., pág. 41.

⁴⁰⁹ Como señala MAIER, la preparación de la acción pública, no queda en nuestro proceso definitivamente encomendada a su órgano específico. Vid. *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. Instrucción sumaria o citación directa*, Buenos Aires, 1975, pág. 36.

⁴¹⁰ Conforme determina el art. 306 LECrim, "los Jueces de Instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente; inspección que será ejercida, bien constituyéndose el fiscal por sí o por medio de sus auxiliares al lado del Juez Instructor, bien por medio de testimonios en relación suficientemente expresivos que le remitirá el Juez instructor, periódicamente y cuantas veces se los reclame, pudiendo el Fiscal hacer a éstos observaciones y formular las pretensiones que entienda oportunas. Asimismo, tratándose de la incoación de un proceso ante el Tribunal del Jurado y tan pronto como le sean comunicadas, podrá el Fiscal comparecer e intervenir en cuantas actuaciones se lleven a cabo.

⁴¹¹ En efecto, la intervención de este órgano público se ha visto enormemente potenciada con ocasión de la LO 7/1988, de 28 de diciembre, de procedimiento abreviado y su reflejo en la norma procesal,

En realidad, y como no podría ser de otro modo, la actividad relacionada con la investigación de la causa es materializada por funcionarios pertenecientes al mal llamado "Cuerpo de Policía Judicial"⁴¹² que recibe órdenes de jueces y fiscales para el desempeño de funciones; funciones éstas no explicitadas en la ley, pero que de hecho tiene asumidas y para cuyo desarrollo, los órganos policiales no gozan del grado de autonomía que quizás conviniera⁴¹³ en garantía de la mayor agilidad y eficacia de la investigación penal⁴¹⁴.

a partir de una expresa atribución de funciones de investigación que podrá realizar por sí mismo o encomendar a la Policía Judicial su ejecución. Vid. 785 bis LECrim.

⁴¹² En realidad, ha de hablarse de unidades especializadas, orgánicas o adscritas a los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Vid. ASECIO MELLADO, JM^a., *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, 1997, págs. 143 y 144, y asimismo en "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 87; MORENO CATENA, V., "El proceso penal", op. cit., pág. 190.

⁴¹³ En opinión de GÖSSEL, sería conveniente una ampliación de las funciones a desarrollar por la Policía, en detrimento de la labor de inquisición que, según advierte, realiza el Fiscal en el proceso alemán; en opinión del autor, solo de este modo el Ministerio Fiscal se sitúa en la posición que debe ocupar, como defensor de la legalidad a través del control de la actividad investigadora. Vid. "Ministerio Fiscal y Policía Criminal ...", op. cit., págs. 630 y 631.

⁴¹⁴ Parece en ello advertirse la herencia de ciertos prejuicios frente a los órganos policiales, probablemente no infundados en un tiempo pasado, pero que en el presente no hacen sino ralentizar el fortalecimiento de la profesionalidad de este Cuerpo, e impedir su protagonismo en el desarrollo de una actividad que, por su carácter esencialmente técnico, desborda por lo general, la capacidad de nuestros jueces y fiscales. Vid. ASECIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 87 y 88. En sentido semejante, véase en la doctrina italiana, DE LEO, F., *Il pubblico Ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, "Rev. Cassazione Penale", 1995, pág. 1437.

En verdad, no alcanza a entender ASECIO MELLADO el temor del legislador español en confiar definitivamente la investigación penal al órgano público de quien se sospecha mayor aptitud para conducirla con éxito; en opinión del autor, coincidente en este punto con la de GÓMEZ COLOMER, parece haberse negado la evidencia de la imprescindibilidad de la actuación de las Unidades del Cuerpo de Policía Judicial para la averiguación de los delitos y el aseguramiento de los responsables. Ambos autores, critican la falta de una cobertura legal suficiente a la labor que, en la práctica, los distintos miembros de las unidades orgánicas de Policía Judicial materializan, lo cual, según expresa el primero, dificulta considerablemente la respuesta a los interrogantes que a menudo se plantean en torno al valor que al resultado de su actuación deba otorgarse. Vid. ASECIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 87 y 88; ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991, pág. 148.

Esta "falta de especialización" de la que se lamentaba GIMENO, explica en parte la pasividad -para algunos congénita- de nuestros jueces de instrucción que ha conducido a la, tan negativa como frecuente, delegación por éstos en el personal auxiliar de funciones de no poca relevancia en el proceso. Vid. GIMENO SENDRA, V., "Algunas sugerencias de reforma ...", op. cit., pág. 3. En esta misma línea de opinión y formando parte del listado de transformaciones estructurales que propone para mejora de nuestro modelo de instrucción, aboga MORENO CATENA por la dependencia única de la Policía Judicial del Ministerio Fiscal, una vez éste asuma la dirección de la investigación y previa configuración de tales órganos policiales en un cuerpo específico que evite las disfunciones

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Cierto es que la ley 7/1988 de procedimiento abreviado, potenció la intervención del Ministerio Fiscal en esta etapa preliminar al juicio, pero sin llegar a operar una definitiva inversión de papeles con respecto al órgano jurisdiccional, como hubiera sido deseable, en el sentido de encomendar al Fiscal la dirección de las investigaciones; esto último, es claro, con la reserva del acuerdo y práctica de ciertos actuaciones que, por afectar a los más básicos derechos de la persona, precisan del acuerdo y control por parte de un autoridad investida de potestad jurisdiccional⁴¹⁵.

Esta opinión, sin embargo, no es unánime entre la doctrina. Cierta sector de la misma⁴¹⁶, aun admitiendo la necesidad de colaboración del Fiscal en la práctica de determinadas diligencias, por razones diversas en las que no conviene aquí profundizar, consideran inapropiada la plena asunción por el Fiscal de la dirección de la investigación e instrucción sumarial⁴¹⁷. Sin embargo, sorprende que se objete -a veces, de forma

que, en perjuicio de la persecución penal, se deriva de la actuación de los distintos cuerpos que en la actualidad la integran. Vid. "El Proceso penal", (et. alt.), Vol. I, op. cit., pág. 191.

⁴¹⁵ Sólo en estos términos -según expresa ARMENTA DEU, aunque sin pronunciarse definitivamente- podría admitirse la dirección por el representante Fiscal de esta fase procesal. Vid. "Criminalidad de bagatela ...", op. cit., págs. 152 y 153. Es, en cambio, firme en su opinión acerca de la conveniencia del traspaso de funciones, ASENSIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 87.

⁴¹⁶ Entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, quien no encuentra razones para desechar a la que, a su juicio y no al nuestro, es pieza clave del proceso, el Juez Instructor. Este último, según expresa el autor, lleva el control de la delicada sucesión de actuaciones tendentes a reconstruir el hecho o hechos motivadores del proceso y que pueden exigir confrontaciones de derechos fundamentales, (...), hasta decidir, tanto que la persona ha de ser considerada "probable responsable" de una conducta criminal y debe, por ello, soportar medidas cautelares gravosas -duras palabras para quien, creemos, ha de presumirse inocente- como que procede disponerse la apertura o, incluso, abrir ya las puertas a una determinada acusación penal (...). Vid. *El futuro del Proceso Penal y el papel del Ministerio Fiscal*, "Rev. Tribunales de Justicia", 1997, núm. 1, pág. 16.

⁴¹⁷ Entre otros, disiente BARONA VILAR de la opinión de quienes abogan por la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación e instrucción de las causas, en el estado actual de nuestro Derecho y a la vista de la controvertida posición que ocupa esta figura en nuestro ordenamiento y peculiar configuración orgánica del mismo.

La autora citada, tras advertir de los posibles riesgos que dicha circunstancia lleva aparejada - en particular, el surgimiento de desigualdades por consecuencia de la no sujeción de ciudadanos poderosos a la fiscalización penal - dirige su crítica hacia los partidarios de la supresión de la investigación e instrucción judicial que, invadidos por el entusiasmo, a su juicio olvidan que, de ese modo, la dirección quedaría en manos de un órgano quizás condicionado ideológicamente, que puede además ser la única parte acusadora del proceso. *La reforma de la prisión provisional en España*, RGD, 1996, págs. 1828 y 1829.

desmesurada- que ese periodo procesal dirigido a promover la acción pública sea encomendado al órgano al que corresponde esa tarea y, en cambio se admita el otorgamiento a la Policía Judicial de funciones de investigación preliminar.

A nuestro juicio, en verdad, el acierto -y según la experiencia de ordenamientos procesales en los que sí se ha operado el cambio- el eficaz desarrollo de esta etapa preparatoria, está en el modelo que a lo largo de estas páginas se ha intentado diseñar y que, por lo que al reparto de cometidos respecta, consiste en colocar al Fiscal a la cabeza de la actividad investigadora y reservar las decisiones relativas a actos o medidas que entrañan auténtico ejercicio de potestad jurisdiccional a un Juez que actúe como garante de los derechos de las partes.

2.3.2.2.4. Acercamiento a la fase preparatoria del juicio en distintos ordenamientos procesales europeos.

La iniciativa en la búsqueda de la prueba correspondía en el viejo **Código procesal italiano** al Juez de instrucción, labor, que entrañaba la necesaria constatación de todos los elementos conducentes a la obtención de la verdad. Sin embargo, la norma

Sobre la base de razonamientos de otro orden, muestra VIADA su rechazo a una transformación en el sentido propuesto; en su opinión, encomendado al Fiscal el desarrollo de la instrucción, no se alcanza objetivo alguno que no estuviese ya garantizado por el órgano jurisdiccional. Es más, según afirma, este nuevo esquema -aparentemente orientado a la nítida separación de las funciones de acusación y fallo- no hace sino reproducir el problema que pretendía evitarse, por cuanto, una vez se atribuyen la mayoría o casi la totalidad de funciones instructorias al Fiscal -quien, en garantía de la imparcialidad, ha de formular la acusación- que queda convertido en Juez, de suerte que el acusatorio desaparece de nuevo. En este sentido señala que, "quien había de ser impulsor, ha devenido Juez y de encomendarle esta nueva misión, no podrán evitarse ciertos prejuicios a la hora de decidir el ejercicio o no de la acción penal, faltando pues, toda imparcialidad imprescindible para llevar a cabo este cometido". Vid. VIADA, C., *Curso de Derecho Procesal Penal*, tomo II, 1962, págs. 17 y 18.

Para evitar algún error de planteamiento, interesa en cualquier caso apuntar que, en contra de lo que algunos entienden, como acertadamente señala ARMENTA DEU, este mayor protagonismo del Fiscal, más que a un refuerzo del acusatorio, responde a la potenciación del principio de oficialidad, toda vez que el mismo no se corresponde con un paralelo incremento de las facultades de intervención del resto de partes acusadoras; entiende esta autora que la instrucción previa judicial puede obtener un juicio favorable en función del cumplimiento efectivo de la imparcialidad del mencionado órgano jurisdiccional. Vid. *Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no*, "Rev. Der. Proc.", 1996, núm. 2, pág. 273, e igualmente en "Criminalidad de bagatela...", op. cit., pág. 152.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

nacida de la reforma de 1995, encomienda la conducción de la investigación o "indagini preliminare", a la Policía Judicial bajo la dirección del Ministerio Fiscal⁴¹⁸ y del Magistrado en determinados supuestos⁴¹⁹.

Pero, asimismo, investiga el Abogado -o su sustituto y ciertos técnicos e investigadores privados- para quienes constituye una obligación o carga procesal la individualización de elementos de prueba de descargo y favorables al imputado.

La **ordenanza procesal alemana**, por su parte, contiene todo un procedimiento al efecto de la preparación de la acción pública que corresponde desarrollar, con exclusividad, al Ministerio Fiscal.

En efecto, este complejo de actuaciones se convierte en único instrumento eficaz para la averiguación de la existencia del delito y sus partícipes. La finalidad específica que con ellas se persigue es, pues, posibilitar al Fiscal la toma de una decisión al respecto del ejercicio o no de la acción penal⁴²⁰; razón ésta por la que, según afirma GÖSSEL⁴²¹, es a este órgano al que se reconoce la facultad de intervenir de forma efectiva en contra del acusado desde el comienzo del procedimiento, con el fin último de dar cumplimiento a la exigencia legal de realización de la Justicia material⁴²².

La doctrina⁴²³ entiende que la facultad de decisión⁴²³ relativa a la acusación o al sobreseimiento que se confiere al Ministerio Fiscal constituye una prerrogativa lógico-jurídica, que le obliga a la averiguación del hecho; en consecuencia, en el proceso

⁴¹⁸ Vid. 327 CPPIt. El art. 358 del mismo Texto, encomienda al Ministerio Fiscal el desarrollo de toda la actividad necesaria para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 326 CPPIt -la investigación necesaria para conocimientos precisos al ejercicio de la acción penal- y asimismo, el desarrollo de investigaciones sobre el hecho y circunstancias favorables a la persona sometida al proceso.

⁴¹⁹ Vid. Art. 328 CPPIt.

⁴²⁰ ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 214.

⁴²¹ "Ministerio Fiscal y Policía Criminal ...", op. cit., págs. 620 y 625.

⁴²² Vid. OTTO y SCHDMIDT, *Lehrkommentar zur StPO und zum GVG*, Parte 2ª, Rn. 95.

⁴²³ GÖSSEL, KH., "Ministerio Fiscal y policía criminal", op cit., pág. 627.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

alemán es éste el órgano que investiga a partir de la práctica de una suma de actuaciones de las que se excepcionan aquellos actos que entrañan una anticipación de la prueba; éstos últimos, por ser definitivos o irreproducibles, habrán de ser practicados por el Juez, imponiéndose asimismo como exigencia, la inmediata comunicación de su realización tanto a la acusación, cuanto al imputado y su defensor, y la imposibilidad de impedir la presencia de todos ellos en su desarrollo⁴²⁴.

La fase preparatoria del juicio resulta, pues, dominada por el Ministerio Fiscal, que dirige la investigación⁴²⁵, quedando la intervención del Juez reducida al control de la legalidad de las medidas coercitivas que puedan ser ordenadas en contra del acusado⁴²⁶; fase ésta, que llega a su término cuando el Fiscal, una vez finaliza su investigación y entiende bastante el material obtenido, decide, bien el archivo de la causa por razones de legalidad o de oportunidad, bien el ejercicio de la acción penal⁴²⁷ con remisión al órgano jurisdiccional de lo actuado⁴²⁸.

El nuevo **Código de Proceso Penal portugués**, de igual modo, confiere al Ministerio Fiscal la titularidad de la acción penal y la dirección de las investigaciones⁴²⁹ que detenta en exclusiva; de ahí que los órganos de policía criminal, en virtud de su dependencia funcional, sólo puedan llevar a cabo diligencias de investigación cuando aquél las ordene.

⁴²⁴ MAIER, JB., "La investigación penal preparatoria del Ministerio Público...", op. cit., págs. 105 y ss.

⁴²⁵ En alguna ocasión, la doctrina se ha referido a este órgano público como "señor del procedimiento preliminar de investigación", ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 51.

⁴²⁶ Este último, habrá de ponderar la necesidad de la medida en atención al grado de sospecha o consistencia de los indicios y la gravedad del hecho; opera, pues, un control acerca de la oportunidad de su acuerdo (§ 162 StPO). Para un mayor conocimiento pueden verse, MÜLLER DIETZ, *Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozess*, ZStW, 1981, pág. 1177; PETERS, K., "Beschleunigung des Strafverfahren", op. cit., pág. 82.

⁴²⁷ Vid. § 170 StPO.

⁴²⁸ Al respecto pueden verse, DELMAS-MARTY, M., "Le systemes pénales ...", op. cit., págs. 90 y 91; GÖSSEL, H., "Strafverfahrensrecht", Tomo I, op. cit., pág. 93.

⁴²⁹ Art. 263 CPPPort.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A estos últimos, sin embargo, se atribuye competencia para realizar investigaciones y actos cautelares urgentes y necesarios para la adquisición y conservación de los medios de prueba, tanto antes cuanto después de la intervención de la autoridad judicial. Ahora bien, se trata de actos que no son en sí procesales, y que han de ser introducidos en el proceso tras su aceptación o confirmación por parte de la autoridad judicial competente⁴³⁰.

En el **ordenamiento procesal francés**, por último, asume el órgano jurisdiccional funciones de investigación e instrucción, para lo cual, viene el Juez investido de ciertas potestades -entre las que se incluye el empleo de la coacción- que él mismo ejercita o por intermediación de otros sujetos coadyuvantes en esa labor⁴³¹. Puede, pues, el Juez delegar alguna de esas funciones en personal auxiliar⁴³², pero en todo caso asume directamente el ejercicio de su *potestas* ante el acuerdo de medidas que comporten las más intensas restricciones del derecho a la libertad individual⁴³³.

La actividad de investigación, orientada a la búsqueda de elementos que puedan servir de base a la imputación⁴³⁴, es materialmente ejecutada por órganos policiales, oficiales y agentes, bajo la dirección del Procurador General de la República⁴³⁵ en sus

⁴³⁰ Véase, el art. 249 del CPPPort. Véanse asimismo los comentarios al precepto de SIMA SANTOS, M., con LEAL-HENRIQUES, M., y BORGES DE PINHO, D., *Código de Processo Penal*, II vol, parte II, Lisboa, 1996.

⁴³¹ En efecto, el órgano jurisdiccional cumple funciones tanto de estricta investigación, cuanto jurisdiccionales; como investigador, está encargado de recoger las pruebas del delito, de descubrir a los autores y constituir el dossier del proceso; ejerce asimismo funciones de carácter jurisdiccional cuando dirige órdenes a la fuerza pública, decide acerca de la imputación y, eventualmente, sitúa en prisión provisional o bajo control judicial al imputado. Vid. DELMAS-MARTY, M., "Le système français...", op. cit., pág. 232; MAYMAT, JC., "Procédure Pénale", op. cit., pág. 12.

⁴³² Vi. Art. 151 CPPfr.

⁴³³ Sobre el particular, puede verse BOULOC, B., (et. alt.), "Procédure Pénale", op. cit., págs. 514 y 515.

⁴³⁴ En consecuencia, la misma se desarrolla de forma secreta y no contradictoria. Vid. DELMAS-MARTY, M., "Le système pénale ...", op. cit., pág. 239.

⁴³⁵ Vid. Art. 38 CPPPfr. Asimismo, el art. 41 CPPfr y, en particular su párrafo 1º, encomienda y reconoce al mencionado "Procurador de la República", todas las potestades precisas para la investigación y persecución de las infracciones.

actuaciones. Sin embargo, no siempre es precisa en el proceso penal francés, la apertura de una instrucción⁴³⁶.

En síntesis, puede señalarse que la instrucción que se ha de desarrollar ante la presunta comisión de una infracción grave corresponde al Juez, mientras que si lo es de una infracción simple, y sólo si hubiera podido identificarse al presunto autor, puede el Fiscal evitar el desarrollo de una instrucción preparatoria dirigiéndose directamente al órgano jurisdiccional que ha de conocer del asunto⁴³⁷.

La instrucción preparatoria que se confía al Juez de instrucción, se halla orientada a arrojar toda luz sobre la causa y en consecuencia, obliga a este último a la práctica, conforme a la ley, de todos los actos de investigación que entienda útiles al descubrimiento de la verdad material u objetiva⁴³⁸; fórmula ésta del todo amplia que, según ha precisado la doctrina⁴³⁹, implica la asunción por el Juez de la misión de aclarar la verdad, acerca de los hechos y de la personalidad de los autores, en atención tanto a los hechos favorables al inculpado como a aquéllos que le sean desfavorables o de cargo⁴⁴⁰.

⁴³⁶ En efecto, el desarrollo de una actividad instructoria es obligatoria en el proceso seguido para el conocimiento de crímenes -o infracciones penales de la máxima gravedad- pero sólo facultativa cuando se trata de la comisión de delitos, siendo excepcional su apertura en supuestos de contravenciones penales, o infracciones de inferior entidad.

⁴³⁷ MAYMAT, JC., "Procédure Pénale", op. cit., pág. 15.

⁴³⁸ Art. 81 del CPPfr.

⁴³⁹ LEVASSEUR, G., y STEFANI, G., "Procédure Pénale", op. cit., pág. 512. Según manifiesta asimismo MAYMAT, el Juez debe sólo instruir un crimen o un delito, y no ir en contra de una persona determinada. Esta alusión a un intervención *in rem* del órgano jurisdiccional, sirve al autor para entender el porqué de la instrucción "en cargo y descargo", que persigue revelar las circunstancias de la infracción penal, sin dirigirse en contra o favorecer a la persona objeto de investigación. Vid. "Procédure pénale", op. cit., pág. 31.

⁴⁴⁰ Es claro que, en esencia, la instrucción se dirige a verificar el fundamento de la imputación dirigida contra una persona concreta; en este sentido, debe permitir al Juez decidir el envío o no a juicio de ésta última; y es por ello que debe el órgano jurisdiccional encargado instruir tanto en su cargo cuanto en su descargo. En caso alguno, pues, ha de renunciar a la búsqueda de cuanto pueda conducirle al más completo y preciso conocimiento de la realidad de lo acaecido; y, aunque las partes procesales pretendan dirigir su atención hacia determinados extremos -que igualmente ha de dilucidar, con la ayuda de los poderes que le son reconocidos- no ha de quedar exento de la obligación de investigar espontáneamente aspectos que puedan proporcionarle información útil.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A la vista de lo expuesto, pronto se constata la innegable distancia que separa la instrucción española del modelo que ha acabado por instaurarse -y que, no sin defectos, parece servir adecuadamente a los fines que han de verse satisfechos con su desarrollo- en el marco de los más modernos ordenamientos procesales europeos, y así, de las líneas que ha de seguir el desarrollo de una actividad que, como tantas veces se ha señalado, no ha de orientarse sino a la preparación del posterior y verdadero juicio.

En este punto, la duda que inevitablemente se plantea e interesa despejar es la relativa al alcance de la intervención de las partes procesales en el desarrollo de esta actividad y su contribución, si es que la hay, a la formación del material que, obtenido en esta fase, ha de incorporarse al juicio para ulteriormente fundamentar la resolución judicial que pone fin al proceso.

2.3.2.2.5. La intervención de las partes en el desarrollo de las investigaciones y la formación del material probatorio.

Uno de los rasgos característicos del sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio⁴⁴¹, es sin duda que las diligencias probatorias, como regla, son admitidas a instancia de las partes en los distintos momentos procesales que corresponde. En nuestro modelo, que puede entenderse como acusatorio formal o mixto, son también éstas quienes, abierto el juicio oral, proponen para su práctica los medios de prueba de los que intenten valerse, no obstante la facultad del mismo órgano jurisdiccional de participar activamente en la introducción del material en el juicio.

Pero, ya a lo largo de la primera de las fases procesales y aun cuando el protagonismo en el desarrollo de la actividad instructoria corresponde a la autoridad jurisdiccional, pueden las partes solicitar la práctica de cuantas diligencias entiendan

⁴⁴¹ PANAGIA, S., *Il diritto a la prova della difesa fra norme penali e codice di rito*, "Riv. it. Dir. Proc. Pen", 1991, núm. 4, pág. 1249.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

precisas al buen fin de la investigación y, por lo que a la defensa interesa, a la neutralización de la imputación y evitación del juicio⁴⁴².

El Ministerio Fiscal, en su condición de sujeto procesal activo, habrá de instar al Juez la realización de diligencias que, por ser de cargo, resulten conducentes a sostener la acusación⁴⁴³, pero asimismo, por razón de la exigencia que le impone el art. 2º LEcrim, la de aquellos elementos de descargo que podrían determinar el archivo o libre sobreseimiento de la causa⁴⁴⁴ a cuya constatación queda igualmente obligado⁴⁴⁵.

En sede de procedimiento abreviado, sin embargo, según disponen los artículos 781 y 785 bis LEcrim, puede este órgano público llevar por sí mismo a cabo u ordenar a la Policía Judicial la ejecución de ciertas actuaciones indagatorias⁴⁴⁶; téngase presente que, al mismo corresponde "de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo" y velar por el respeto de las garantías procesales del imputado⁴⁴⁷.

⁴⁴² En un proceso como el italiano, el que la actividad del Juez haya de seguir a la petición de parte, según ha precisado la propia doctrina, evidencia la responsabilidad de la defensa -al igual que de la acusación- en cumplir con su deber probatorio. Cfr. NAPPI, A., "Guida al nuovo Codice ...", op. cit., pág. 39; PANAGIA, S., "Il diritto a la prova...", op. cit., pág. 1250.

⁴⁴³ La misma facultad de solicitud al Juez de la práctica de diligencias de investigación corresponde al resto de partes personadas, y en particular, a aquellos sujetos que, eventualmente, ejercitan junto al Fiscal la acción penal y civil que nace del delito o falta. Vid. 311.1º LEcrim.

⁴⁴⁴ Cfr. PANAGIA, S., "Il diritto a la prova...", op. cit., pág. 1250.

⁴⁴⁵ En este mismo sentido se halla expresado el art. 358 CPPit.

⁴⁴⁶ Actividad que, según acierta en precisar GÓMEZ COLOMER, habrá de ser ajustada a las reglas contenidas en el art. 786 de la LEcrim. Vid. "¿Hacia el futuro procesal español?", op. cit., pág. 86.

⁴⁴⁷ En opinión de MARTÍN OSTOS, el intento de compensar este evidente protagonismo recibido por el Ministerio Fiscal es la razón de la mayor preocupación del legislador por los derechos del imputado en el marco del procedimiento creado por la LO 7/1988. Vid. "La posición del imputado ...", op. cit., pág. 816.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Desde el lado opuesto, la defensa ha de gozar de idéntica facultad de solicitar la celebración de cuantas diligencias le permitan neutralizar la imputación formulada, y en su caso, evitar el acuerdo de una medida cautelar privativa de libertad⁴⁴⁸.

La intención de reequilibrar el posicionamiento de las partes llevaría a reconocer a ésta última la facultad de valerse de elementos probatorios análogos a los que han servido a la acusación, y en consecuencia, dirigirse al Juez en las mismas condiciones que ésta para obtener la práctica de aquellos actos que fundamenten su pretensión, y su apreciación por el Juez en idénticas condiciones, al efecto de entender o no fundada la imputación y la consiguiente apertura del juicio⁴⁴⁹.

Pero, como se adelantaba, las partes no ocupan posiciones idénticas y son, en consecuencia, distintas sus posibilidades de intervención durante el desarrollo de la fase de instrucción.

El órgano jurisdiccional, en realidad, no queda vinculado a admitir en todo caso los requerimientos que las partes le presenten; según precisa el artículo 311 LECrim, "el Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieren el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considerara inútiles o perjudiciales". Asimismo, admitida la querrela⁴⁵⁰ mandará el Juez practicar las diligencias

⁴⁴⁸ Como con anterioridad se señalaba, a pesar de la exigencia que al Fiscal impone el art. 2º LECrim, es inevitable cierta desconfianza por la parte pasiva del proceso, en que el mismo llegue a aportar los elementos de descargo suficientes al órgano jurisdiccional que, en particular, ha de decidir la aplicación de una medida cautelar que, precisamente, el mismo Fiscal solicita. (Vid. Art. 504 bis y 539 de la LECrim).

⁴⁴⁹ En este sentido, no falta razón a quienes como PIQUEREZ sostienen que en el proceso se ha de buscar y lograr el equilibrio entre los derechos de la acusación y los de la defensa, "a fin de que el inculcado pueda ejercer su defensa libremente sin por ello comprometer en exceso la manifestación de la verdad o hacer imposible la represión de las infracciones". Vid. PIQUEREZ, G., *Précis de Procédure pénale suisse*, Lausanne, 1994, pág. 232.

⁴⁵⁰ Vid. Art. 312 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que en ella se soliciten, a no ser que las entienda contrarias a la ley, perjudiciales o innecesarias al objeto de la misma⁴⁵¹.

Es más, ese mismo órgano judicial puede y debe acordar la práctica de aquellas diligencias que, no solicitadas por las partes, resulten a su juicio precisas para el descubrimiento de la verdad; objetivo éste, cuya consecución depende de una correcta conducción de la actividad instructoria que habrá de reflejar el sumario, sólo en este sentido y siempre con cautelas al afirmarlo, "piedra angular del juicio"⁴⁵².

De cualquier modo, conviene no perder de vista que el juicio oral ha de basarse exclusivamente en el material llegado al Juez e incluido en el sumario que se destina a su preparación y en el que, en consecuencia, habrán de hacerse constar las circunstancias conducentes a su apertura y a la configuración de futuras pruebas; esto último, en realidad, constituye una razón de peso para afirmar la necesaria intervención de la defensa durante el desarrollo de esta fase preliminar⁴⁵³.

En opinión de cierto sector doctrinal, en efecto, lo antes apuntado obliga a reclamar con más fuerza del legislador la ampliación del espacio de participación del defensor en la formación de la prueba, que se inicia en este estadio, a partir del robustecimiento de la función defensiva -acompañando su desarrollo de especiales garantías- y, en opinión algún autor⁴⁵⁴, a través de mecanismos que posibiliten el empleo procesal del resultado de una investigación defensiva privada.

⁴⁵¹ La denegación de esta solicitud podrá ser recurrida en apelación ante la Audiencia o Tribunal competente, o en queja por el Fiscal en determinados supuestos (Art. 311.3º LECrim); y, en cualquier caso, las partes pueden en el juicio oral solicitar de nuevo la práctica de las diligencias pedidas y denegadas en la fase de sumario (Art. 314 LECrim).

⁴⁵² Cfr. Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.

⁴⁵³ Cfr. GIMENO SENDRA, V., "Constitución y Proceso", op. cit., pág. 99. De la misma opinión, RUIZ VADILLO, E., *El Derecho Penal sustantivo y el Proceso Penal. Garantías procesales básicas en la realización de la Justicia*, Madrid, 1997, págs. 38 y 39.

⁴⁵⁴ Entre otros, BERNARDI, F., "Le indagine del difensore ...", op. cit., pág. 46.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En este punto, pues, aparecen enfrentados partidarios y detractores del reconocimiento a la defensa de mayores o completas facultades de investigación. La cuestión es, en verdad, delicada, y para su solución, nuevamente, ha de superarse el conflicto -subyacente en toda materia criminal- entre el interés particular en el eficaz ejercicio de la defensa, ya en este estadio y para fines muy concretos, y el interés general en la garantía de autenticidad de la información resultante de las investigaciones, para satisfacción del fin último de conocimiento de la verdad y realización de la Justicia perseguido en el proceso: intereses que, por su alto valor, hace precisas las mayores cautelas en la búsqueda del punto de encuentro.

En realidad, la mayor tensión del debate se alcanza cuando, teniendo a la vista la necesidad inexcusable de genuidad en las fuentes de prueba, ha de decirse acerca del alcance del resultado de una eventual actividad investigadora del Letrado o de quienes le auxilién, esto es, su posible proyección más allá del exclusivo ámbito de la propia defensa⁴⁵⁵.

En principio, una actuación del defensor en ese sentido parece conveniente de cara a orientar en la justa dirección la estrategia defensiva; sin embargo, es más que discutible⁴⁵⁶ el acierto de una atribución a la defensa privada de plenas facultades para

⁴⁵⁵ Olvidan, quienes hablan de la conveniencia de reconocer al Letrado la facultad de intervenir en el proceso en desarrollo de una investigación privada que, en ese caso, no es bastante una mera declaración del legislador acerca de la posibilidad de búsqueda por aquél de aquellos elementos sobre los que apoyar su propia estrategia; éste habría de ponderar, y hacer explícita en la ley, la repercusión de sus resultados sobre las decisiones a adoptar por el órgano jurisdiccional y, es claro que, en este punto, no puede obrarse con ligereza.

⁴⁵⁶ Una primera negativa a la propuesta de reconocimiento a la defensa del derecho de servirse de investigaciones privadas procede de la misma Comisión de Justicia Penal de Derechos de Humanos, resultado de sus reuniones de octubre de 1988 -*la misé en état des affaires pénales*- de la que da cuenta BACIGALUPO, consciente del riesgo de graves abusos y desigualdades crecientes que de su admisión pueden derivarse. En realidad, según el mismo autor ha constatado, el Derecho Procesal de la Europa actual viene experimentando, más bien, el proceso contrario; el ataque de la delincuencia terrorista y de la criminalidad organizada que la azotan, ha provocado que más que avanzar en el fortalecimiento de la igualdad de armas procesales, se camine en el sentido opuesto, a partir de la "potenciación de la obtención policial de pruebas que suponen neutralización de ciertas garantías", a su juicio, muy lamentablemente. Vid. "Significación de los Derechos Humanos ...", op. cit., pág. 13.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

procurarse cuantas pruebas le sean favorables⁴⁵⁷. La investigación llevada a cabo por la parte, qué duda cabe, genera sus efectos en la esfera interna de la defensa, en la medida en que contribuye a su acertado diseño. No se olvide que, sobre la base de los conocimientos que de este modo se adquieran, puede solicitarse del órgano encargado de la investigación la realización de diligencias y la adquisición de elementos de prueba más adecuados a los intereses del imputado⁴⁵⁸.

Es asimismo incuestionable la incidencia de los resultados de la investigación llevada a cabo por el Letrado, en orden a evitar el acuerdo sobre el sujeto imputado de una medida cautelar privativa de libertad. Resultado de esta actividad, en efecto, puede ser la obtención de datos bastantes para fundamentar la oposición a la solicitud formulada por la acusación en la audiencia que se celebra y en la que, según prevé el art. 504 bis 2 LECrim, habrá de hallarse presente el imputado asistido de su defensor, ya de elección, ya de oficio⁴⁵⁹. Estando en juego la libertad del imputado, resulta inadmisibles impedir, obstaculizar o limitar desproporcionadamente este derecho a la búsqueda y posterior consideración por el Juez de elementos de descargo hallados por el defensor

⁴⁵⁷ Quienes, en el concreto marco del proceso penal italiano, abogan por el reconocimiento al defensor de amplísimas potestades en la investigación de la causa, alegan que esta última sirve a la defensa, cuanto menos, para verificar la posibilidad de utilizar ventajosamente una fuente de prueba. En particular, piensa BERNARDI en la posibilidad que se abre al Letrado de valorar la entidad y trascendencia de un determinado testimonio a la mayor eficacia de la estrategia defensiva, y por qué no, al ulterior éxito de su pretensión en el proceso. Vid. "Le indagini del difensore...", op. cit., págs. 46 y 47. Esta misma opinión parece sostener NAPPI, A., "Guida al nuovo Codice ...", op. cit., pág. 259. Ahora bien, conscientes de lo arriesgado de algunas de las consideraciones que realiza, el primer autor citado señala como inexcusable la exigencia de que el Letrado, en contrapartida a las potestades que recibiría, ajuste su actuación a muy estrictas reglas de conducta.

Sin embargo, al hilo de lo anterior se plantea la duda acerca del lugar más apropiado para ubicar la concesión de esas facultades al defensor y las consiguientes exigencias de conducta debida, esto es, si deben incluirse en el mismo Código procesal o si, contrariamente, la materia debiera ser objeto de regulación en el plano deontológico. A juicio de MARQUES DA SILVA es más acertada la segunda de las opciones aquí expuestas, habida cuenta de que las normas deontológicas, según afirma, "constituyen un *príus* con relación a los poderes procesales inherentes a la función defensiva". "Curso de Processo Penal", op. cit., pág. 301.

⁴⁵⁸ Elementos que, de ser incorporados debidamente al juicio a través del medio probatorio oportuno y, una vez en él, ser practicados y más tarde valorados como auténticas pruebas, pueden fundamentar una sentencia de condena. Vid. *supra*, cap. 6º.

⁴⁵⁹ Vid. Arts. 504 bis 2 y 539 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que, como manifestación del elemental derecho de defensa, debe asegurarse a todo imputado.

Ahora bien, de seguirse este camino y llevar a sus últimos términos el reconocimiento a la parte procesal pasiva de la facultad de realizar investigaciones de repercusión sobre el desarrollo de estas primeras actuaciones procedimentales, es inevitable un alejamiento de los principios y fines que han de informar y debe perseguir la instrucción; una actividad ésta, preparatoria y que únicamente habría de consistir en la práctica de las diligencias imprescindibles para fundamentar la imputación. Lo contrario convertiría al que ha de entenderse verdadero y único juicio -por ser en él donde se practica la prueba sobre la que apoyar la sentencia- en mera reproducción de lo anterior, lo cual, resulta en nuestro modelo procesal inconcebible⁴⁶⁰.

Esto último hace más intensa la exigencia de la doctrina al legislador de una pronta respuesta a los problemas que se derivan de la indeterminación e inadecuación, en particular, del modelo de instrucción criminal; ello, a partir de una reforma de aspectos estructurales del proceso y, por lo que aquí interesa, del reparto de funciones de investigación e instrucción de las causas y, en definitiva, la perfecta definición del papel a desempeñar por los distintos sujetos intervinientes y, en particular, de la labor a desarrollar por el defensor en esta etapa procedimental.

Por lo que se refiere a este último punto de reforma, parece acertada una intensificación de las posibilidades de intervención del Letrado en la práctica de aquellas diligencias instructorias cuya celebración se ordene⁴⁶¹ y que, por razón de su irreproducibilidad posterior, exigen de su presencia a los efectos de reconocer a las

⁴⁶⁰ Vid. ASECIO MELLADO, JM^a., "La intervención de la defensa ...", op. cit., pág. 24; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso penal", Tomo I, op. cit., pág. 182.

⁴⁶¹ RUIZ VADILLO, en particular, consideraba que un punto importante de la reforma de nuestro proceso penal había de ser la mayor intervención de la defensa durante la fase de instrucción. Vid. "Estudios de Derecho Procesal", op. cit., pág. 89.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

mismas virtualidad probatoria *per se*, si en su desarrollo se acompaña del resto de garantías propias de la prueba⁴⁶².

Así pues, a pesar de la falta de alusiones concretas por el legislador, de *lege ferenda* se impone la participación del defensor en la práctica de ciertas diligencias sumariales y, en particular, en la de aquellas que si bien se celebran fuera y con carácter previo a la apertura del juicio oral, excepcionalmente adquieren el valor de pruebas y pueden ser tenidas en consideración por el Juez a la hora de fundamentar su sentencia.

En conclusión a lo expuesto puede afirmarse que el fin último de realización de la Justicia perseguido en el proceso depende de un perfecto desenvolvimiento del juicio que, como se adelantaba, ha de apoyarse en el material preparatorio configurado en la etapa instructoria; material que, para el logro de los mencionados objetivos, no puede ser obtenido al margen del contradictorio y sin el control judicial igualmente preciso⁴⁶³.

⁴⁶² Como con todo acierto señala MIRANDA ESTRAMPES, "el juzgador no puede basar su convicción en elementos probatorios obtenidos al margen o con infracción de las garantías constitucionales que derivan del art. 24.2 CE: contradicción, publicidad, oralidad e intermediación. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, pág. 125.

En este punto, es esencial la atención a lo expresado por el TC, en consolidada doctrina desde su paradigmática STC 31/1981, de 28 de julio, al respecto de las condiciones que han de reunirse para considerar auténtica prueba el acto que se celebra. Según el mismo Tribunal ha señalado, lo son y vinculan a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia, "las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los actos aportados a tal fin por las partes". Vid. STC 217/1989. Interesante es asimismo atender a las consideraciones de ASENSIO MELLADO acerca de las garantías y exigencias que ha de reunir la práctica de la prueba, confirmadas por lo dispuesto en éstos y posteriores pronunciamientos del TC en el mismo sentido. "Prueba prohibida ...", op. cit., págs. 41 a 43.

⁴⁶³ En efecto, la frecuencia con que en el seno del proceso penal surge la necesidad de anticipar o preconstituir la prueba, y que hace precisa la instauración del contradictorio y la más amplia garantía del derecho de defensa que requieren de la presencia, ineludible, del defensor junto a la parte, refuerza nuestra convicción acerca de la necesaria intervención de la defensa durante el desarrollo de la instrucción.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.3.2.2.5.1. Breve mención a la reforma italiana de 1995.

Un ligero vistazo al derecho comparado europeo descubre recientes reformas en la materia, en algunos de los ordenamientos procesales que se han venido tratando, de las que, en particular, parece interesante aludir brevemente a la experimentada por el proceso penal italiano.

Ciertamente, y aunque quizás con un alcance menor del que en un principio se auguraba, el modelo procesal italiano ha sufrido una considerable transformación con ocasión de la ley de reforma del Código procesal de 1995 y su influencia sobre el art. 38 de las disposiciones de actuación del mismo Código, en virtud de la cual se reconoce mayor iniciativa a la defensa en la búsqueda de pruebas⁴⁶⁴.

La nueva previsión legislativa perseguía como fin fundamental, superar definitivamente el sistema inquisitivo en el que parecía anclado el periodo instructorio; objetivo éste que, según pone de relieve la doctrina⁴⁶⁵, no se ha logrado del todo, aunque sí el de hacer recuperar a la defensa un papel de relevancia en el desarrollo de las investigaciones; papel que se resume en la posibilidad reconocida al Letrado -y asimismo a su sustituto y auxiliares, expertos o detectives privados- no sólo de realizar investigaciones sino de dirigir al órgano jurisdiccional el material que de las mismas se obtenga, al efecto de ser por aquél debidamente valorado⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Sorprende por ello a la doctrina italiana que el reconocimiento de una facultad de enorme trascendencia como la aquí tratada, haya sido relegada a una mera disposición de actuación. Cfr. SCCELLA, A., *Questioni controversi in tema di informazioni testimoniale de la difesa*, "Riv. it. dir. proc. pen.", 1993, pág. 117. En este sentido, son claras las palabras de NOBILI al referirse irónicamente a esta importante previsión legislativa como "aparente dicción marginal", *Libertá personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminare*, Milano, 1995, pág. 111.

⁴⁶⁵ Expresa magníficamente NOBILI la opinión que le merece la reforma y la realidad que descubre en el ánimo del legislador italiano cuando viene a afirmar que éste, "aunque tiene en su boca el acusatorio, lleva el inquisitivo en el corazón". Vid. NOBILI, M., *L'accusatorio sulle labbra ma l'inquisitorio nell cuore*, Crit. dir., 1992, núm, 4-5, pág. 11.

⁴⁶⁶ De todas ellas da cumplida cuenta LIBERINI, M., (et. alt.), *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa* (dir. E. ANODIO), Milano, 1996, pág. 118.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A pesar de sus carencias, el nuevo precepto hace efectiva la ampliación del ámbito de actuación del defensor en la instrucción y puede, en parte, servir de referente al legislador español a la hora de diseñar el papel de la defensa en la actividad relacionada con la configuración de futuras pruebas para cuanto menos, prever a la vista de la experiencia de su aplicación, posibles errores motivados por un desmedido entusiasmo y la ligereza de acometer cambios sin reparar en las consecuencias que de ellos derivan, por su falta de encaje perfecto en la estructura de nuestro proceso.

La misma doctrina italiana ha observado y con acierto critica, precisamente, el entusiasmo inicial que supuso esta sólo aparente transformación en las relaciones de la defensa con el órgano jurisdiccional, y que ha dejado paso al desencanto motivado por la conciencia de una realidad socio-cultural no preparada para acoger un modelo procesal acusatorio, en el grado en que lo han hecho algunos otros países pertenecientes al *common law*⁴⁶⁷.

Es momento, pues, de centrar toda la atención en la realidad de nuestro proceso, y examinar el papel que al defensor corresponde durante la fase de instrucción o sumarial, y el modo en que la norma procesal garantiza su desarrollo, al que se adivinan no pocas deficiencias.

2.3.2.2.6. El papel de la defensa durante el desarrollo de la instrucción.

La cuestión que nos ocupa, relativa al alcance de la participación del defensor en la fase de investigación e instrucción sumarial concita un buen número de interrogantes que, por su trascendencia, entrañan un verdadero replanteamiento del proceso en su conjunto⁴⁶⁸. La solución a todos ellos debiera, pues, servir para superar

⁴⁶⁷ BERNARDI, F., "Le indagine del difensore...", op. cit., pág. 11; NOBILI, M., "L'accusatorio sulle labbra ...", op. cit., pág. 11.

⁴⁶⁸ Cfr. NOBILI, M., "Libertà personale e ricerca della prova ...", op. cit., pág. 111. En este mismo sentido, ASECIO MELLADO, JM^a., "La intervención de la defensa...", op. cit., pág. 15.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

definitivamente el estado de indefinición en el que parece hallarse el modelo de enjuiciamiento criminal español.

Si se vuelve la mirada a las distintas reformas operadas sobre la LECrim en las últimas décadas, es posible deducir cierta intención del legislador de ampliar las garantías de defensa y contradicción en el marco de la fase instructoria. En particular, el art. 302 LECrim, en su redacción dada por Ley de 1978, marcó un antes y un después en cuanto al régimen de intervención del Letrado se refiere, toda vez que, según el mismo expresa, la parte y, en consecuencia, el defensor que la integra, ha de tener conocimiento y posibilidad de asistir a la práctica de cuantas diligencias instructorias se celebren⁴⁶⁹.

Sólo excepcionalmente, y de ser apreciada por el Juez la concurrencia de circunstancias que lo aconsejen, puede ser decidido el secreto de las actuaciones, aunque por un breve plazo de tiempo, quedando impedido el conocimiento y, de este modo, el derecho de las partes a estar presentes e intervenir en su desarrollo, con exclusión del Fiscal, para quien las diligencias instructorias han de ser siempre públicas.

Pero, aunque iniciado, el proceso de incorporación del binomio contradicción-igualdad de partes al sumario no ha llegado a concluirse por razón, básicamente, de su difícil ajuste a los fines perseguidos en este periodo procedimental. Su encaje perfecto parece, en cambio, hallarse en la fase de juicio oral o verdadero juicio, por ser en él donde ha de practicarse la prueba sobre la que ha de fundamentar el Juez su sentencia⁴⁷⁰.

Es, sin embargo, incuestionable que la garantía de contradicción, con las debidas concesiones a la eficacia de la investigación e instrucción que se persigue, resulta precisa y ha de regir también en este primer estadio procesal, habida cuenta de su

⁴⁶⁹ La misma Exposición de Motivos de la LECrim, ya señalaba que, uno de los dos "derechos preciosos" de los que ha de gozar todo aquél "que tenga la inmensa desgracia de verse sometido a un proceso criminal" (...) era "el de concurrir por sí, o debidamente representado, a todo reconocimiento judicial, toda inspección ocular, a las autopsias, a los análisis químicos, y en suma, a todas las diligencias periciales que se decreten (...)".

⁴⁷⁰ Véanse las SsTC 95/1995, de 19 de junio y 32/1994, de 31 de enero.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

contribución a la efectividad del fundamental derecho de defensa del imputado, que ya en este periodo ha de asegurarse. Asiste, pues, la razón a quienes afirman que la no intervención de las partes o falta de contradicción, puede suponer la pérdida de elementos en que apoyar de futuro la estrategia defensiva⁴⁷¹.

La ausencia del contradictorio, en efecto, genera indefensión, especialmente en aquellos supuestos en que ha de anticiparse o preconstituirse la prueba y, en definitiva, se traduce en merma de la debida preparación del material probatorio; ello, toda vez que el desconocimiento por la parte de las actuaciones instructorias practicadas y sus resultados determina la imposibilidad para la misma de proponer la práctica de diligencias sobre las que apoyar una eficaz estrategia de defensa para, en un primer momento, oponerse a la imputación y, ya más tarde, a la acusación formulada en contra.

En conclusión a lo expuesto puede afirmarse que, con las debidas cautelas⁴⁷², ha de darse entrada a la contradicción y potenciar la intervención de la defensa en la fase de instrucción, al margen de la cuestión relativa al valor que deba luego otorgarse a los actos en los que tenga participación.

⁴⁷¹ Entre otros, ASECIO MELLADO, JM^a., "La intervención de la defensa ...", op. cit., págs. 22 y 38.

⁴⁷² Considera, en particular, ARMENTA DEU que la vigencia de los principios de contradicción e igualdad en la fase de instrucción, si bien ha permitido afianzar las garantías del imputado, lo ha sido a costa de un detrimento de la protección de los intereses de la comunidad. En su opinión, la instauración del contradictorio ha de encontrar su límite en la eficacia de los distintos actos instructorios; en realidad, como acertadamente sostiene, el respeto del principio o, si se prefiere, auténtica garantía, no siempre puede lograrse con la sola presencia del Letrado durante la celebración del acto. Vid. ARMENTA DEU, T., "Criminalidad de bagatela ...", op. cit., pág. 148. En esta misma línea de opinión, considera ASECIO MELLADO que, aun cuando resulta ineludible la garantía de contradicción en actuaciones irreproducibles, en ocasiones, como sucede respecto de los actos de carácter sorpresivo, la misma debe ceder o, cuanto menos, ser interpretada de modo diverso. Vid. "La intervención de la defensa ...", op. cit., pág. 18 y asimismo, en "Prueba prohibida...", op. cit., págs. 163 y 164.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

El mencionado art. 302 LECrim y con él, la introducción de la publicidad como regla y no excepción en el sumario⁴⁷³, descubre una de las funciones asumidas por el defensor en este primer periodo procesal; funciones que, siguiendo a ASENCIO MELLADO⁴⁷⁴, pueden resumirse en el control de la rectitud formal de los actos de investigación objetivos, y el aseguramiento y efectividad de la garantía de contradicción.

2.3.2.2.6.1. El defensor como garante de la legalidad de las actuaciones instructorias.

El aseguramiento de un perfecto desarrollo de las actuaciones es, ciertamente, finalidad que puede verse satisfecha a partir de la intervención del defensor en el proceso. La presencia de este último sirve a una función de control, ajena, pues, al contenido mismo de la acusación, consistente en tomar conocimiento de las actuaciones y presenciar su realización en garantía de la objetividad y perfecta adecuación de las mismas a las exigencias impuestas por la LECrim para su práctica⁴⁷⁵.

En efecto, por su condición de concededor del derecho, contribuye el Letrado con su presencia, a preservar la forma de las diligencias instructorias y así, a asegurar que nada impida la futura conversión de sus resultados en auténticas pruebas sobre las que fundamentar la sentencia. No se olvide que el legislador posibilita la asistencia de la parte⁴⁷⁶, por sí misma o con el concurso de su defensor, y quizás solo de éste, al desarrollo de ciertos actos de investigación, previo aviso de su celebración con la anticipación que resulte precisa; celebración, que no habrá de suspenderse por incomparecencia de uno u otro de los convocados.

⁴⁷³ Según lo dispuesto por el art. 302 de la LECrim, en su párrafo 2º (conforme a la redacción operada por ley de 4 de diciembre de 1978), el secreto de las actuaciones queda reservado para aquellos supuestos en que resulten amenazados los fines perseguidos por la investigación e instrucción de la causa.

⁴⁷⁴ ASENCIO MELLADO, JMª, "La intervención de la defensa...", op. cit., pág. 22.

⁴⁷⁵ ASENCIO MELLADO, JMª, "Prueba prohibida...", op. cit., págs. 74 y 75.

⁴⁷⁶ Ello, aun en el supuesto en que se hallare privado de libertad. Vid. Art. 333.2º LECrim, *in fine*.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En realidad, la norma procesal hace alusión únicamente a la posible asistencia de la defensa a la práctica de diligencias periciales y reconocimientos judiciales⁴⁷⁷, y sólo respecto de estas última es explícita en su exigencia de información a la parte acerca de la intención y del lugar y tiempo de su celebración. Pero, en verdad, si se atiende a la regla general de publicidad de las actuaciones que se contiene en el art. 302 LECrim⁴⁷⁸, cosa distinta es lo que ha de entenderse.

Las partes personadas, según señala este último precepto, pueden tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en "todas las diligencias del procedimiento", sin limitación aparente alguna; ello permite, de un lado, considerar que la facultad del defensor de presenciar e intervenir -en la forma que en breve se conocerá- en el desarrollo de esta actividad procedimental preparatoria y aseguratoria, sin mayor freno que el que representan las exigencias impuestas por la necesaria eficacia del acto y el éxito de la finalidad instructoria perseguida; de otro, afirmar que de *lege ferenda* queda el Juez vinculado a dar información a éste último de la realización de toda actuación en la que "su presencia y/o la de su defensor no impidan la eficacia del acto" y "puedan influir sobre la índole y gravedad del delito, así como sobre los indicios de su presunta culpabilidad"⁴⁷⁹.

El Abogado defensor -si es él mismo el que hace uso de esta facultad- asiste, pues, a la práctica de diligencias de investigación propuestas por el resto de partes personadas o decididas por el Juez, no ya como mero observador o garante de su

⁴⁷⁷ El art. 333 LECrim, en efecto, faculta a la parte para, si así lo solicita, presenciar la práctica de diligencias referidas en los preceptos inmediatamente anteriores, esto es, aquéllas a las que se refieren los distintos artículos que integran el capítulo 1º del Título V. El art. 336 LECrim reconoce asimismo, con referencia a la diligencia de reconocimiento por peritos, la posibilidad para el "procesado y su defensor" de asistir a su práctica, en los términos expresados en el precepto anterior. ASENCIO MELLADO, JMº., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 115.

⁴⁷⁸ Según determina el precepto en el primero de sus apartados, "las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento". Vid. Art. 302.1º LECrim.

⁴⁷⁹ Vid. Exposición de Motivos de la LECrim de 1882.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

perfecto desarrollo; en realidad, el legislador abre paso, aunque estrecho, a la posibilidad para la defensa de contradecirlas, merced a la facultad que durante el acto le otorga de realizar las observaciones que entienda pertinentes y que se harán constar por diligencia, de no ser aceptadas⁴⁸⁰.

2.3.2.2.6.2. La intervención del defensor en garantía de la contradicción.

La presencia del Abogado defensor -ya junto al imputado, ya en su ausencia- durante el desarrollo de las distintas diligencias de instrucción sirve, en efecto, al fin esencialísimo de garantizar el contradictorio como manifestación del fundamental derecho de defensa.

En este sentido, la intervención del Letrado se traduce en el desarrollo de una actividad procesal dirigida a obtener un juicio favorable a su pretensión dentro de los fines a los que en esta fase se orienta. Se trata, pues, de actuaciones tendentes a neutralizar la imputación y dirigidas a evitar, en su caso, el acuerdo de una medida cautelar⁴⁸¹.

A la defensa en verdad, interesa desvirtuar la imputación que le viene formulada en contra y, en consecuencia, hacer constar la existencia de elementos bastantes para sustentar su tesis. A estos efectos, el Letrado puede no sólo asistir a la

⁴⁸⁰ Vid. Art. 333.1º LECrim, *in fine*.

⁴⁸¹ A estos efectos, precisa el Letrado del otorgamiento de la facultad de examinar los autos y elementos de prueba en los que se funde la imputación y, en su caso, la decisión de la autoridad judicial de someter al inculcado a una medida cautelar. Consciente de esto último, el legislador procesal alemán incluye esta garantía entre sus preceptos, al hacer explícito su reconocimiento en el § 147 StPO y, aunque la LECrim no contiene un precepto semejante, su reconocimiento se halla implícito en ella a partir de la atribución a la parte, en la persona de su defensor, de la facultad de tomar conocimiento de las actuaciones (Art. 302.1º LECrim). Ahora bien, uno y otro ordenamiento consagran un derecho, no de carácter absoluto, sino susceptible de limitación, en mayor o menor medida, en atención a las necesidades derivadas de la investigación e instrucción sumarial. Sobre el reconocimiento y posible restricción del derecho del Abogado a "inspeccionar las actas", en particular, ante el acuerdo de la prisión provisional sobre su cliente-imputado en el derecho alemán, pueden verse, SCMITZ, R., *Das Recht auf Akteneinsicht bei Anordnung von Untersuchungshaft*, "Rev. Wistra", 1993, núm. 9, págs. 319 a 324 y ZIEGER, M., *Akteneinsichtsrecht des Verteidigers bei Untersuchungshaft*, "Rev. StV", 1993, núm. 6, págs. 321 a 323.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

práctica de las diligencias propuestas por la parte contraria sino instar al órgano jurisdiccional y, en caso de ser acordadas, participar en la celebración de aquellas otras que conduzcan a la obtención del sobreseimiento o el archivo de la causa⁴⁸².

Esta solicitud de práctica de diligencias ha de dirigirse a contradecir lo solicitado por el Fiscal y acreditar los elementos que se encuentren en la base de su solicitud; ello, sin embargo, no implica que haya de acordarse en este estadio, sin discriminación, de cuantas diligencias puedan servir a una oposición sobre el fondo. Como acertadamente señala ASECIO MELLADO, durante este periodo procedimental preparatorio debieran practicarse únicamente las diligencias mínimas que permitan constatar la existencia de motivos bastantes para decidir el archivo de la causa y así, la evitación del juicio y, en el caso de contrario de acordarse su apertura, remitir el resto para su práctica en él, como auténticos medios de prueba⁴⁸³.

Ello no obsta a que la defensa, como parte procesal pasiva, pueda valerse del derecho a presentar y discutir elementos probatorios en contrario, con la intención de hacer aflorar ciertos aspectos que de ser apreciados por el Juez, podrían inclinar su decisión en el sentido del rechazo de una medida cautelar que solicite la acusación, o bien hacia el acuerdo de una medida distinta y de menor gravedad; desvirtuar, en definitiva, la concurrencia de presupuestos alegados por la parte contraria en orden al acuerdo sobre el imputado de intensas restricciones sobre sus más elementales derechos⁴⁸⁴.

⁴⁸² MORENO CATENA, V., "La defensa...", op. cit., pág. 84.

⁴⁸³ ASECIO MELLADO, JM^a, "La intervención ...", op. cit., pág. 24; de la misma opinión, MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El proceso penal", Vol. I, op. cit., pág. 182.

⁴⁸⁴ En complemento de esta última facultad y ante la eventualidad de la denegación de continuas solicitudes o decisiones del órgano jurisdiccional contrarias a sus intereses, se reconoce a la parte el derecho a articular distintos medios de impugnación puestos por el ordenamiento a su alcance. Véanse los arts. 216 y 287, respectivamente de la LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, la intervención del defensor en solicitud de la celebración de concretos actos instructorios ha de orientarse a la preparación del ulterior juicio⁴⁸⁵, y es por ello que a la defensa interesa asegurar futuras pruebas, quizás determinantes del éxito de su pretensión, a partir de la anticipación o preconstitución de aquéllas irreproducibles y que, por ser practicadas con observancia de las garantías que se dan cita en el juicio oral, alcanzan ya en este estadio virtualidad probatoria; pruebas que, quizás, sirvan más tarde para fundamentar una sentencia favorable.

Cierto es que, de la presencia del defensor depende en parte⁴⁸⁶ el reconocimiento de valor probatorio a las actuaciones aquí aludidas; sin embargo, ello no ha de llevar al extremo de conferir dicho carácter a todo acto realizado con intervención de la defensa⁴⁸⁷; es más, el pleno respeto de las garantías de contradicción y defensa no siempre se ve colmado con la asistencia del defensor junto a la parte a la práctica anticipada de ciertas diligencias.

Asiste pues la razón a quienes, como ASECIO MELLADO, consideran que ha de romperse con la inercia de identificar la presencia defensor con el valor probatorio del acto que el mismo presencia, y que entienden un tanto deficitario el régimen de intervención de la defensa en esta primera de las fases de nuestro proceso⁴⁸⁸.

Parece que, dentro de los límites que imponen los principios y fines que en este estadio han de perseguirse, ha de facilitarse una más activa participación de la defensa en la formación del material probatorio, cuanto menos, en el desarrollo de actuaciones que, por entrañar una práctica anticipada de la prueba, precisan de la plena garantía del

⁴⁸⁵ MORENO CATENA. V, "La defensa...", op. cit., pág. 84.

⁴⁸⁶ Ello, acompañado en todo caso del respeto del conjunto de garantías exigidas a la prueba que más tarde se señalan. Sobre el particular, puede verse ASECIO MELLADO, JM^º, "Prueba Prohibida ...", op. cit., págs. 41 a 43 y, del mismo autor, "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 265 a 267.

⁴⁸⁷ "La intervención de la defensa ...", op. cit., pág. 25.

⁴⁸⁸ Preocupa el comprobar que, en el momento actual, el estado de la cuestión no es distinto al que tiempo atrás ha venido criticando la doctrina y, en particular, FENECH, M.; "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 347.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

contradictorio y respeto del derecho de defensa. En realidad, la intervención del defensor, con las debidas concesiones a la eficacia y éxito de la investigación e instrucción sumarial, lejos de perjudicar puede servir al aseguramiento de esta etapa previa y preparatoria del verdadero juicio.

2.3.2.2.6.3. Conclusiones en cuanto a las posibilidades de intervención del Letrado y extremos de su actuación.

Conocido ya que a la defensa viene reconocida la facultad de asistir, por sí misma o con el concurso de su defensor a la práctica de las diligencias de investigación que se celebren⁴⁸⁹, es momento de precisar que a la misma, privada como está de la facultad de desarrollar una labor investigadora con verdadera trascendencia en las decisiones que al Juez instructor corresponde adoptar⁴⁹⁰, asiste la facultad de solicitar y obtener la práctica de aquellas diligencias de investigación que entienda favorables a su posición.

En nuestro proceso, en efecto, la defensa ve absolutamente mermadas las posibilidades de investigar autónomamente⁴⁹¹ aunque, de hecho, el defensor lleve a cabo

⁴⁸⁹ Y, esto último, en la medida en que su presencia no contrarie los fines investigadores con ella perseguidos.

⁴⁹⁰ Aunque, en apariencia, pueda resultar conveniente, por razones que en anteriores y en las páginas subsiguientes se señalan, no parece lo más deseable o cuanto menos, lo que mejor encaje en un modelo procesal penal como el nuestro y mientras no se opere una reforma que alcance a aspectos estructurales, también desde estas páginas reclamada. Ello, sin embargo, no evita que la intervención del defensor en el desarrollo de las actuaciones conformadoras de la instrucción de la que no ha de prescindirse, resulte realmente precaria y pueda intensificarse.

⁴⁹¹ Parecida es la suerte que corre el reconocimiento a la defensa de la facultad de investigar privadamente, en el ámbito del proceso penal portugués. Partiendo de la idea fundamental de que el Ministerio Fiscal, como órgano al servicio de la Administración de Justicia, tiene el deber de objetividad y, en consecuencia, realiza investigaciones en cargo y descargo del presunto autor del delito, la doctrina viene mayoritariamente entendiendo que, no cabe al defensor proceder a investigaciones autónomas del material fáctico, paralelas a las que realiza el Ministerio Fiscal o sus auxiliares, sin perjuicio de poder y deber proceder a sus propias investigaciones complementarias.

Como acertadamente precisa MARQUES DASILVA, el Código Procesal no confiere al defensor ningún medio eficaz para el desarrollo de la investigación y a penas se permite a la defensa que, durante la fase de investigación e instrucción, solicite la práctica de las diligencias de prueba que entienda necesarias; pero, en cualquier caso, ni el Ministerio Fiscal ni el Juez durante la instrucción

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ciertas actuaciones de esta naturaleza como parte de la labor de defensa asumida. Ahora bien, los resultados de su actuación en este sentido poseen un limitadísimo alcance, cual es el de servir de fundamento a su propuesta de celebración de actos o diligencias concretas por parte de la autoridad encargada de la investigación, la cual, a la vista de las circunstancias que alegue y por no entenderla inútil o innecesaria puede acordar su práctica o denegarla, en otro caso.

La fase de investigación e instrucción sumarial, como se adelantaba, sirve a la finalidad de búsqueda y aseguramiento de elementos probatorios suficientes para fundar la acusación, base del juicio, cuando no a la de evitar este último, por no ser aquéllos bastantes⁴⁹²; así, y ante la eventual apertura del juicio, el desarrollo de la actividad instructoria ha de servir a la preparación del debate, mediante el acopio de todo un material de hecho y de derecho en el que apoyarse⁴⁹³.

En esa tarea, de un lado el Ministerio Fiscal y de otro el propio órgano jurisdiccional, auxiliados ambos por la Policía Judicial -a la que se extiende igualmente la obligación- quedan comprometidos a averiguar y hacer constar las circunstancias tanto adversas cuanto favorables a los intereses del imputado⁴⁹⁴; de ahí que proceda el

se hallan vinculados a celebrar las diligencias que ésta le requiera. Vid. "Curso de processo penal", op. cit., pág. 301. Asimismo, véanse los arts. 63.1º f) y 387.3º del CPPPort.

Los derechos de la defensa en el curso de esta fase preliminar, son igualmente reducidos en el ámbito del proceso penal francés; el sospechoso, por lo general no resulta oficialmente acusado en este primer estadio y, en consecuencia, carece de facultad para demandar investigación alguna; sin embargo, puede oponerse a las operaciones de pesquisa que durante el curso de la investigación preliminar sean llevadas a cabo; una suma de facultades le asisten, si bien, con alcance limitado. Ello, en la medida en que la inobservancia o vulneración de aquéllas no generará nulidad alguna, salvo en el supuesto en que la misma entrañe lesión al interés de la defensa, esto es, produzca efectiva indefensión. Al respecto puede verse,

DELMAS-MARTY, M., "Le systeme francais...", op. cit., pág. 242.

⁴⁹² MAIER, J., "La investigación penal preparatoria ...", op. cit., pág. 20.

⁴⁹³ Vid. 299 LECrim.

⁴⁹⁴ Art. 2º LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

acuerdo y práctica no sólo de las diligencias conducentes a comprobar la culpabilidad del imputado, sino de las que pudieran demostrar su inocencia⁴⁹⁵.

Se ha de tener presente asimismo que, en nuestro modelo de enjuiciamiento criminal, corresponde a la autoridad judicial la dirección de la investigación e instrucción de la causa. El Ministerio Fiscal -órgano al que se encomienda el ejercicio de la acción- habrá de dar conocimiento al Juez instructor de todo los elementos de descargo, en caso de hallarlos, junto a los que sean de cargo. Sin embargo, a nivel doctrinal se duda de que la mencionada exigencia de objetividad impuesta a la actuación del acusador público y, en consecuencia, parte en el proceso, resulte ser garantía bastante para excluir la necesidad del desarrollo de una investigación al margen de la oficial y mayor intervención de la parte pasiva del mismo⁴⁹⁶.

Es cierto que, para la mayor eficacia de la estrategia defensiva, conviene el desarrollo de cierta actividad de investigación, esto es, el contacto directo con medios y fuentes de prueba que proporcione elementos suficientes para desacreditar el material de cargo al que se enfrenta⁴⁹⁷; es más, según se ha llegado a manifestar⁴⁹⁸, el

⁴⁹⁵ PANAGIA, S., "Il diritto a la prova della difesa ...", op. cit., pág. 1250.

⁴⁹⁶ En verdad, como en alguna ocasión se ha señalado, no siempre las entrevistas con el imputado y el examen de los autos ofrecen material o información suficiente para la defensa; y, asimismo es cierto que el desarrollo de cierta actividad de investigación por parte del defensor, puede permitir el hallazgo de testigos hasta el momento no conocidos y que quizás, la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal no hubieran llegado a descubrir jamás.

Esto último, según entiende un minoritario grupo de autores, posibilitaría el conocimiento de datos útiles para ponderar la credibilidad de los testimonios en los que se hubiere apoyado la imputación y quizás, relativos al modo, lugar o tiempo del delito, a la existencia o no de antecedentes en el imputado o de especiales circunstancias; elementos todos ellos que, de ser descubiertos por la parte y "siempre que medie una diligente intervención del defensor", según afirman, contribuirían decisivamente al descubrimiento de la verdad. En este sentido se han pronunciado BERNARDI, F., "Le indagine...", op. cit., págs. 74 y 74, y en cierto modo, MARQUES DASILVA, G., "Curso de Derecho Procesal...", op. cit., págs. 301 y 304.

⁴⁹⁷ Aboga asimismo MANZINI por la necesidad y libertad de una investigación privada por parte del defensor y, según expresamente señala en alguno de sus trabajos, en aquellas fechas era también difundida entre la magistratura la opinión de que el mismo había de llevar a cabo investigaciones instructorias. *Tratado di Diritto Processuale Penale*, 6ª ed., Tomo II, Torino, 1968, págs. 552 y 553.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

desenvolvimiento de una actividad de investigación o instructoria por cuenta propia, habría de considerarse un deber del defensor⁴⁹⁹.

Alegan, pues, quienes abogan por la potenciación de esta facultad del defensor que difícilmente puede hablarse de libre ejercicio de la defensa si en su actuación queda el Letrado limitado a servirse de elementos de prueba investigados u ofrecidos por la parte contraria⁵⁰⁰; de ahí que sostengan que, no sólo no deben censurarse, sino que han de considerarse debidas "siempre que fueran desarrolladas de forma honesta", ciertas actuaciones de investigación e instructorias por la defensa, y la posterior presentación al Juez del material obtenido y de utilidad para la causa⁵⁰¹. Pero escapan a estos autores ciertos datos que el legislador no puede permitirse ignorar.

En principio, nada habría de objetarse a la realización por el defensor de ciertas investigaciones, tarea ésta que, de hecho generalmente lleva a cabo⁵⁰² y a indicar al órgano jurisdiccional los elementos que ayuden a sostener la propia tesis; a priori, la actividad que realice no parece incompatible con la que dirige el Juez instructor, cuando no es el propio Ministerio Fiscal el que ordena su práctica, llevada materialmente a cabo por la Policía Judicial.

⁴⁹⁸ Opina, en particular, FOSCHINI que la mera aceptación del mandato torna obligación esa "facultad" de investigar que aquí se cuestiona. Vid. *Sistema di diritto processuale penale*, Tomo I, Milán, 1965, pág. 302.

⁴⁹⁹ El mismo parecer sostiene AMODIO a cuyo juicio no puede sino entenderse negligencia del defensor, el no profundizar en las posibilidades o "chances" probatorias a su favor que cierra el paso al éxito del denominado "contro-examen". De sus palabras se hace eco MARQUES DASILVA, G., "Curso de Derecho Procesal", op. cit., pág. 303.

⁵⁰⁰ STEFANI-DI DONATO, *La difesa del colpevole e del non colpevole nella fase delle indagini preliminari*, Milano, 1993, pág. 35; de la misma opinión, BERNARDI, F., "Le indagini ...", op. cit., pág. 10.

⁵⁰¹ MANZINI, V., "Tratado di Diritto Processuale Penale", op. cit., pág. 552.

⁵⁰² A nadie escapa que el contacto del Letrado con el defensor, no tanto con el imputado cuanto con posibles testigos futuros, junto al resto de fuentes de prueba, puede proporcionar información de relevancia a los efectos de formar un acertado parecer y así orientar del modo más eficaz la defensa; e incluso, el resultado y la aportación de nuevos datos que sean fruto de una diligente actuación, puede favorecer el hallazgo de la verdad perseguida en el proceso.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Es cierto que la actuación del defensor puede permitir la obtención de datos acerca del hecho histórico que está en la base de la *notitia criminis* y, a partir de los mismos, la solicitud y posterior práctica de un determinado medio de prueba, si se entiende que del mismo puede obtenerse elementos tendentes a neutralizar la imputación y favorecer, desde los primeros instantes procesales, la defensa⁵⁰³; pero asimismo, el material favorable hallado puede resultar indispensable en la lucha frente al acuerdo sobre el imputado de una medida cautelar privativa de libertad⁵⁰⁴ y, de este modo, contribuir a la mejora de su situación en el proceso⁵⁰⁵.

Sin embargo, no lo es menos que el reconocimiento a la parte privada de la facultad de investigar y, en consecuencia, la expresa regulación legal del modo de ejercitarla, con la intención de hacer llegar al Juez información de relevancia al conocimiento del hecho delictivo, no ofrece las garantías que debiera y, en cualquier caso, implica la configuración de un proceso al servicio de lo que podríamos denominar una "Justicia para ricos" si por ella se entiende la que favorece a imputados con recursos económicos suficientes para costear los gastos derivados de una investigación privada por parte del defensor, frente a los que carecen de medios bastantes para afrontarla; de

⁵⁰³ BERNARDI, F., "Le indagine del difensore ...", op. cit., págs. 74 y 76.

⁵⁰⁴ Sin perjuicio de lo que más tarde se expondrá, conviene adelantar que a partir, incomprensiblemente, de una de las disposiciones finales de la LO 5/1995 del Tribunal de Jurado y, según en ella se declara, en un intento de potenciar el acusatorio -aunque, en opinión de ARMENTA, no haya sido ése el efecto logrado- la materia relativa a la medida cautelar de prisión provisional sufre una sustancial modificación, en el sentido de excluir, como regla, su adopción de oficio por el órgano jurisdiccional. Tras la reforma, la norma procesal exige para su acuerdo la celebración de una audiencia en la que habrá de estar presente el imputado asistido de su Abogado defensor, y a la que habrá de comparecer igualmente la acusación que solicita y alegar la concurrencia de los presupuestos precisos para la aplicación de la medida; sólo posibilitada la contradicción entre partes, y una vez son oídas, puede el órgano jurisdiccional privar de libertad al imputado temporalmente y con finalidad cautelar, a salvo el supuesto en que la celebración de la audiencia no pueda tener lugar en breve plazo.

En cualquier caso, de resultar acordada la medida cautelar, queda al destinatario reconocida la facultad de ejercitar plenamente el derecho a impugnar la decisión, tras el examen del contenido de la resolución judicial y la oposición a los datos en que la misma se fundamente. (Vid. Art. 504 bis y 539, ambos de la LECrim).

⁵⁰⁵ BERNARDI, F., "Le indagine...", op. cit., págs. 74 y 76.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

este modo, parece crearse una auténtica desigualdad en función de la capacidad económica del ciudadano que resulta vinculado al proceso, difícilmente compatible con la exigencia constitucional contenida en el art. 14 CE, y su reflejo en las garantías que consagra el art. 24 del mismo Texto.

La naturaleza pública de la acción penal hace obligado que sea el propio Estado -titular único del *ius puniendi*, cuya realización se persigue- el responsable único de la averiguación del delito⁵⁰⁶. Consentir y, en consecuencia, ceder cierto margen a la actuación investigadora de la parte privada exigiría trasladar a esta última, y resulta inconcebible, la obligación de hacer constar los hechos tanto favorables cuanto adversos a los derechos e intereses de su patrocinado; razón ésta por la que el método de investigar privadamente no parece el más adecuado para la satisfacción de la finalidad de preparar el verdadero juicio a la que ha de orientarse esta primera fase procesal.

A la vista de lo anterior, no puede sino concluirse en lo arriesgado de reconocer a la investigación privada -que, se quiera o no, el Letrado desarrolla como parte de sus funciones- un alcance que exceda de la mencionada aptitud para instar al Juez la práctica de diligencias de investigación conducentes a neutralizar la imputación, aunque también en este punto ha de operarse con cautela.

Esto último se conecta de nuevo a la crítica antes iniciada acerca del modelo de instrucción que instaura nuestro proceso y, en particular, con relación a su exhaustividad y consiguiente dilatación excesiva en el tiempo -con lo que ello entraña de menoscabo al derecho a un proceso sin dilaciones⁵⁰⁷ que constitucionalmente se consagra- y así, la

⁵⁰⁶ Esta última función, como ya se apuntaba, convendría fuera asumida por un órgano público distinto -el Ministerio Fiscal- al que en el estado actual de nuestro modelo instructorio la tiene encomendada, esto es, el Juez de Instrucción que podría ser sustituido por un Juez garante de los derechos fundamentales del sujeto imputado.

⁵⁰⁷ En este punto, se comparte plenamente la opinión de MORENO CATENA quien advierte del quebranto que de la ampliación querida por el legislador de los principios de contradicción y publicidad en la instrucción, se deriva para el derecho a la presunción de inocencia que ha de ver salvaguardada el sujeto pasivo de la misma. Vid. "El proceso Penal", Vol. I, op. cit., págs. 182 y

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

práctica desmesurada de actos de investigación cuando, contrariamente, debieran celebrarse los imprescindibles para formular la acusación⁵⁰⁸. Parece que, sólo el Fiscal acusador puede apreciar debidamente este extremo y, en consecuencia, es sólo él quien debiera ordenarlas.

El reconocimiento de mayores facultades a las partes que, sin duda ninguna, han de intervenir en su desarrollo, parece contrariar el principio que se defiende de limitar la instrucción a las mínimas diligencias indicativas de la conveniencia o no de la apertura del juicio oral, y la posposición de la práctica del resto de las conducentes al conocimiento de la verdad, ya como auténtica prueba en el juicio oral y con las garantías que le son propias⁵⁰⁹. Esto último, es claro, a salvo la excepción que representan los supuestos de anticipación y preconstitución de la misma que, por su irrepetibilidad, urgencia y/o riesgo de pérdida o deterioro, precisan ser celebradas en la etapa instructoria, bajo los principios de contradicción y publicidad, que hacen asimismo precisa la garantía de defensa.

Ahora bien, no ha de perderse de vista que, de ser obtenida de forma lícita⁵¹⁰ e incorporada debidamente a juicio, la fuente de prueba o, lo que es lo mismo, la prueba que en estos instantes comienza a configurarse puede ulteriormente servir de base a una sentencia contraria a la pretensión defensiva formulada; ello, inevitablemente, lleva a entender precisa la participación del imputado y su defensor en estas actuaciones preparatorias, en garantía de la efectividad del derecho que le asiste a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa.

183; en este mismo sentido, ASECIO MELLADO, JM^a., "Derecho procesal Penal", op. cit., pág. 24.

⁵⁰⁸ Ello, en la línea de lo expresado por el art. 785 LECrim, concebido, en principio, para ser aplicado en el marco del procedimiento abreviado.

⁵⁰⁹ MORENO CATENA, V., (et. alt), "El Proceso Penal", op. cit., pág. 184.

⁵¹⁰ En otro caso, según determina el art. 11.1º LOPJ -que más tarde se tendrá ocasión de conocer en profundidad- no podrán surtir efectos en el proceso.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Si, como se adelantaba, el juicio oral -en el que tiene lugar la actividad probatoria- ha de basarse en el material obtenido en esta primera fase procedimental, parece inadmisibles permitir que ésta se desarrolle sin el conocimiento y la intervención de la parte a la que, desde un principio, pertenece la facultad de defenderse probando.

2.3.2.3. La actividad del defensor durante el desarrollo del juicio.

Analizar, como ahora se propone, al papel que corresponde al defensor desempeñar en esta otra etapa procedimental, no parece ofrecer la misma dificultad que la que ha rodeado el análisis de esta cuestión en el marco de la fase instructoria, por cuanto es la misma LECrim la que hace expresa la exigencia de preceptiva intervención del Letrado y de su activa participación durante el desarrollo de los debates.

En efecto, formulada la acusación y en el momento de dar inicio al verdadero juicio, se impone preceptivamente la defensa por Letrado, de suerte que si la parte no hubiere hasta entonces designado libremente Abogado -hipótesis ésta, muy poco probable- y tras ser advertido en este instante de la necesidad de efectuar el nombramiento, no hiciera uso de su derecho a la libre elección o bien lo solicitara a la autoridad judicial, será esta última quien lleve a cabo la designación de un Abogado procedente del turno de oficio.

En este estadio, pues, el legislador impide la renuncia de la parte a recibir los servicios del defensor, habida cuenta de que, como con acierto precisa PECES-BARBA⁵¹¹, durante el desarrollo del juicio el interés que se protege no es sólo el subjetivo del imputado a una defensa letrada, sino el de sociedad en su conjunto a que el derecho a la defensa de éste último sea adecuadamente respetado.

En consonancia a esta exigencia de inexcusable presencia del defensor en el acto del juicio, el legislador procesal ha previsto tanto la imposibilidad de dar comienzo

⁵¹¹ "La asistencia letrada al detenido o preso ...", op. cit., pág. 40.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

a sus sesiones si el Letrado no comparece, cuanto la suspensión de oficio del debate ya iniciado en el supuesto en que el mismo se halle ausente y no fuere posible su sustitución sin menoscabo para la defensa⁵¹².

Asimismo señala la LO 5/ 1995 del Tribunal de Jurado -en adelante, LOTJ- en adelante, una vez advierte de la necesaria asistencia del acusado y Abogado defensor a la celebración del juicio oral, que "éste último, estará a disposición del Tribunal del jurado hasta que se emita el veredicto"; y, en garantía de lo anterior, otorga prioridad al juicio que ante dicho Tribunal se celebre, "frente a cualquiera otro señalamiento o actuación procesal, sea cual sea el orden jurisdiccional en que tenga lugar"⁵¹³.

A nadie escapa la relevancia de la misión asumida por el defensor desde el momento en que, llegada la instrucción a su término y una vez la acusación viene formulada, el ejercicio de la actividad defensiva ha de orientarse al fin esencial de contradecirla; en este estadio, pues, corresponde al defensor el desarrollo de una auténtica defensa en oposición al fondo de la pretensión planteada en contra de su patrocinado.

Con este objetivo, responde el Letrado a los escritos de acusación o calificaciones, a partir de la formulación del escrito de defensa y de calificaciones provisionales, que habrá de elevar más tarde a definitivas; pero antes, abierto a instancia de las propias partes el periodo probatorio, el defensor puede y debe intervenir de modo directo en la práctica de la prueba, ya sea una prueba ajena y al efecto de contradecirla, ya sea en una de aquéllas por él mismo propuestas y admitidas por razón de su

⁵¹² Vid. Art. 746. 4º LECrim. Es más, si la suspensión del juicio oral por inasistencia del defensor enfermo hubiera de prolongarse indefinidamente o por un tiempo demasiado largo, habrá de ser declarada sin efecto la parte del juicio celebrada, "y se citará a nuevo juicio para cuando desaparezca la causa de la suspensión o puedan ser reemplazadas las personas reemplazables", en nuestro caso, el Letrado de la parte. (Art. 749 LECrim).

⁵¹³ Vid. Art. 44 LOTJ.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

pertinencia, de la que pretende derivarse un resultado favorable al éxito de sus tesis defensivas.

2.3.2.4. La labor del Abogado defensor durante la fase de ejecución, en particular, de las penas privativas de libertad.

La garantía del derecho a la asistencia y defensa técnica que nace con la imputación, mantiene su vigencia durante el desarrollo del proceso en todas y cada una de las distintas fases por las que éste atraviesa, hasta su finalización por sentencia e, incluso, con posterioridad a ella.

Asiste, pues, la razón a MORENO CATENA cuando afirma que el derecho de defensa *lato sensu* y el derecho de asistencia de Abogado, debe salvaguardarse durante toda la fase de ejecución, y toda restricción al mismo carece de justificación a la luz de su reconocimiento en la norma constitucional⁵¹⁴.

En efecto, si se parte -a nuestro juicio acertadamente- de la naturaleza procesal de la fase de ejecución de las penas, pronto se evidencia la necesidad de que en su desarrollo participe, con mayor o menor intensidad, el Abogado que ha de prestar asistencia y defensa técnica al condenado por la sentencia. El Letrado, al margen de su intervención en el desarrollo de una posible fase de impugnación de la sentencia, ha de asumir un nuevo cometido ante el eventual surgimiento de incidencias durante el cumplimiento, en especial, de las penas privativas de libertad⁵¹⁵.

En este punto, sin embargo, conviene cuestionarse si ante el planteamiento de cualquiera de las aludidas incidencias en la ejecución, corresponde y ha de garantizarse

⁵¹⁴ MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 888 y 889.

⁵¹⁵ No se olvide que a lo largo de la misma pueden plantearse incidencias tales como la sustitución de la pena, la suspensión de la condena o su refundición, la revocación de alguna de las medidas que la acompañan o, en definitiva, la separación del Juez de lo ordenado en la sentencia, para cuya resolución se precisa de la intervención del defensor. MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", op. cit., págs. 3610 y 3611.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

al condenado el derecho, no ya a la designación de un Abogado de confianza y a su cargo, sino a recibir en otro caso los servicios de un Abogado de oficio; y, relacionada con la anterior, la duda que se plantea e interesa resolver es asimismo la relativa a la obligatoriedad de la intervención del defensor en todas o sólo alguna de aquéllas.

Aunque parezca apresurada, la respuesta al primero de los interrogantes se obtiene en parte al afirmar la plena titularidad del penado sobre el fundamental derecho de defensa; merced a éste último, ha de gozar de la facultad de intervenir en el desarrollo de la ejecución de la pena que le viene impuesta, al efecto de controlar su perfecto ajuste a las exigencias que derivan de la LOGP y su reglamento de desarrollo⁵¹⁶, para lo cual, indudablemente, precisa nuevamente de los servicios que el Letrado puede prestarle⁵¹⁷.

El penado, como acertadamente se ha señalado, no es persona privada de derechos en general, sino un ciudadano cuya especial relación jurídica con el Estado se inserta en el marco de unos derechos y deberes constitucionales sólo en parte afectados por la sanción⁵¹⁸; en consecuencia, goza del conjunto de derechos fundamentales que consagra el capítulo 2º del Título I del Texto Constitucional, a excepción de aquéllos cuya limitación venga impuesta por lo que dispone el fallo condenatorio, pueda deducirse del sentido de la pena o sea prevista por la ley penitenciaria⁵¹⁹.

"Todos", incluido el condenado, tienen derecho a la asistencia letrada y defensa técnica que permita la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses⁵²⁰ sin que en

⁵¹⁶ Vid. Art. 3.2º del Código Penal.

⁵¹⁷ Vid. Art. 118. IV LECrim y la disposición adicional 5º de la LOPJ que, al regular los posibles recursos contra las resoluciones emitidas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, determina la necesidad de representación y defensa técnica con ocasión de la interposición y desarrollo de los recursos de apelación y queja, no así en el de reforma.

⁵¹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, JL., *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, "VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria", Madrid, 1992, pág. 175.

⁵¹⁹ Art. 25 de la Constitución española de 1978.

⁵²⁰ A estos efectos, la misma ley penitenciaria reconoce a todo interno la posibilidad de continuar aquellos procedimientos que tuviera pendientes en el momento de su ingreso en el Centro Penitenciario, así como el ejercicio de nuevas acciones, valiéndose en ambos casos de los servicios de un Letrado. Vid. Art. 3.3º LOGP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

caso alguno pueda producirse indefensión. Según explícitamente ha declarado el máximo intérprete constitucional, "el art. 24.2 CE, al reconocer los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, el derecho a la igualdad de armas y el derecho de defensa contradictoria de las partes, quienes han de tener la misma posibilidad de ser oídas y acreditar mediante los oportunos medios de prueba, lo que convenga a la protección de sus derechos e intereses legítimos"⁵²¹.

Pero, aun cuando parece indiscutible la titularidad por el condenado del mencionado derecho de defensa⁵²², es sin embargo incierta la amplitud de su contenido una vez viene sometido a ese triple filtro al que aludíamos. Al margen de alusiones aisladas, falta -y no puede sino sorprender- la falta en la LECrim de una expresa referencia al derecho de defensa en la fase de ejecución; ausencia, que obliga a acudir al criterio jurisprudencial no del todo coincidente con el que parece sostener un sector mayoritario en la doctrina.

A este respecto, el mismo TC viene manifestando en reiterada doctrina que "no es el pleno derecho a la asistencia letrada propio del proceso penal el que asiste al recluso en estos supuestos"⁵²³, de ahí que, en ellos no proceda el nombramiento de Abogado de oficio con carácter general, aunque sí en cualquier caso el asesoramiento de

⁵²¹ Vid. STC 481/1986.

⁵²² RIVERA BEIRAS, I., (et. alt.), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Barcelona, 1996, pág. 276.

⁵²³ En este sentido se ha pronunciado asimismo el TEDH, cuando reconoce a los legisladores de los Estados-parte la facultad de introducir restricciones a la plena eficacia del derecho a la asistencia de Abogado en el marco penitenciario. Advierte el Tribunal de la presencia de distinciones en el ámbito de las garantías entre el derecho penal y penitenciario, en particular, en las SsTEDH emitidas en el caso CAMPBELL Y FELL de 28 de junio de 1984, y en el caso GOLDER, de 21 de febrero de 1975.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

letrado designado por el interno y a su costa"⁵²⁴. El penado tendrá, pues, derecho a ser asistido de letrado, pero no a que se le nombre Abogado gratuito en todo caso⁵²⁵.

El mismo Cuerpo de Jueces de Vigilancia penitenciaria en las conclusiones resultantes de sus reuniones anuales que hace públicas⁵²⁶, parece ir más allá del alcance del reconocimiento conferido al derecho por el mismo TC, al manifestar que el derecho a la asistencia jurídica de forma gratuita ha de entenderse subsistente respecto de los internos que se hallan cumpliendo condena, en especial, para hacer alegaciones o peticiones en relación con sanciones disciplinarias, con el disfrute de beneficios penitenciarios que puedan suponer el acortamiento de la condena o con la imposición de regímenes penitenciarios más restrictivos de las condiciones de vida del interno⁵²⁷.

Ante el silencio del legislador, el carácter preceptivo de la intervención del defensor y, en consecuencia, el aseguramiento de su designación por el órgano jurisdiccional, se deduce nuevamente de la declaración contenida en el art. 118.4 LECrim, según la cual, la asistencia de Letrado será obligatoria cuando la causa llegue a estado en que se necesite del consejo del Abogado o haya de intentarse algún recurso

⁵²⁴ En este punto, conviene atender a lo expresado por el TC, entre otras, en las SsTC 18/1981; 2/1987; 174/1985; 190/1987; 192/1987 donde parece excluir del contenido del derecho la asistencia jurídica gratuita. Cfr. las SsTC 145/1992 y 297/1993.

⁵²⁵ Véase las SsTC 74/1985 y 1/1987 y asimismo las SsTEDH de 28 de junio de 1984, emitida en el asunto CAMPBELL y FELL, y de 21 de febrero de 1975, con ocasión del caso GOLDER.

⁵²⁶ Véase, el núm. 38 de los criterios refundidos tras la *VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, celebrada en Madrid, en septiembre de 1993.

⁵²⁷ En opinión de GARRIDO GUZMÁN, el reconocimiento al sujeto preso y la posibilidad de hacer valer estas garantías, corre paralela a la configuración de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no como mero ejecutor sino como garante de los derechos de condenados a penas de prisión, toda vez que, entre sus funciones, y de modo preferente, se incluye la de salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse". Vid. *Tutela judicial efectiva y asesoramiento de letrado de los reclusos en Instituciones penitenciarias*, "Rev. Poder Judicial", 1987, núm. 7, pág. 121. De esta misma opinión, CÁRMENA CASTILLO, M., *La eficacia del control jurisdiccional en el cumplimiento de la legislación penitenciaria*, VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 1992, págs. 23 y 31.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que haga indispensable su actuación, una y otra, circunstancias a menudo presentes en sede de ejecución de la sentencia.

En respuesta, pues, al segundo de los interrogantes planteados puede afirmarse que, la necesidad de garantizar, también en este estadio la contradicción e igualdad de armas entre partes procesales, como con acierto señala MORENO CATENA⁵²⁸, hace obligada la participación del defensor siempre que en el trámite de ejecución que se trate, el derecho de la parte privada al ejercicio de la propia defensa no consiga el adecuado aprovechamiento de las más amplias posibilidades defensivas. El grado de dificultad a la que ha de enfrentarse el interno en ausencia de su defensor habrá de apreciarse, pues, en atención a las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto y, muy particularmente, a la vista de la mayor o menor complejidad del debate procesal y condiciones del sujeto interviniente.

En conclusión a lo expuesto puede sostenerse que, el condenado ha de ver garantizada la facultad de valerse de los servicios de un letrado en todo momento en que precise de su intervención, cualquiera que sea la incidencia en la que esta necesidad se plantee⁵²⁹. Así pues, de no concurrir el mismo Letrado interviniente en anteriores instancias, parece *de lege ferenda* imponerse el nombramiento de oficio por la autoridad judicial de un Abogado que posibilite el disfrute por el penado de una real y efectiva asistencia y defensa técnica, durante el desarrollo de esta última y tan denostada etapa procedimental.

⁵²⁸ MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", op. cit., pág. 3612. Conclusión que alcanza el autor a partir de la firme convicción de que "en cualquier incidente de ejecución de la sentencia, esté o no previsto en la ley, han de respetarse el derecho a la igualdad de armas y el de defensa contradictoria de las partes".

⁵²⁹ En particular, la STC 281/1997 de 14 de enero, declaró producida indefensión a un recluso al que, tras la advertencia por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la necesaria asistencia de Abogado y procurador para la substanciación de un recurso de apelación, no le fueron aquéllos nombrados, pese a haber afirmado el juzgado que así lo serían en caso de no designarlos el propio interesado (FJ 4º).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

No puede ignorarse que, en este periodo, al Letrado corresponde desarrollar una labor en absoluto intrascendente; circunstancia que debiera ser tenida en consideración por el legislador, al que no parece preocupar el vacío de regulación existente al respecto en nuestro ordenamiento.

Ello explica la insistencia de la doctrina en sus exigencias tanto de un expreso reconocimiento y garantía del derecho de defensa al sujeto pasivo del proceso también en esta fase en la que el mismo concluye⁵³⁰, cuanto de la adopción de medidas precisas para potenciar la intervención del defensor en su desarrollo, en auxilio del condenado y para salvaguarda de sus derechos⁵³¹. En realidad, la intervención del profesional de la Abogacía en materias estrictamente penitenciarias surgidas con ocasión de la ejecución de penas privativas de libertad ha crecido en intensidad⁵³². Sin embargo, parece⁵³³ que el derecho de defensa no alcanza en esta última fase procesal el grado de realidad y efectividad que merece y debiera garantizarse⁵³⁴.

⁵³⁰ Abogan por la necesidad de reconocer al penado la facultad de servirse del auxilio que el Letrado suministra, entre otros, GARRIDO GUZMÁN, L., "Tutela judicial efectiva y asesoramiento ...", op. cit., pág. 123; SÁNCHEZ YLLERA, I., *Tutela Judicial efectiva en prisión*, en "VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria", Madrid, 1992, pág. 96.

⁵³¹ MARTÍN OSTOS, J., "La posición del imputado ...", op. cit., pág. 821. Y, en verdad, asiste la razón al autor cuando sostiene que el legislador de 1988 desaprovechó una ocasión inmejorable para extender la asistencia de Letrado a la misma ejecución de la pena, en lo que a su juicio demuestra una auténtica falta de sensibilidad por la problemática penitenciaria y el mantenimiento de la situación de desamparo en que, respecto de estas materias, se halla sumido el derecho interno español. En este mismo sentido, MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 888.

⁵³² PIÑERO GÁLVEZ, J., *El Abogado ante la legislación penitenciaria*, en "Derecho Penitenciario y Democracia", Sevilla, 1994, pág. 290.

⁵³³ Aunque, en este espacio se ha obviado toda justificación a las afirmaciones que se formulaban, no faltan continuas alusiones a la realidad de nuestro Derecho que permite realizar estas manifestaciones, en el capítulo 5º de este estudio que gira en torno a la garantía del derecho a la libertad de las comunicaciones con el defensor, como manifestación del más amplio de defensa, en el ámbito penitenciario.

⁵³⁴ MARTÍN OSTOS, J., "La posición de del imputado....", op. cit., pág. 821.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Es más, como con todo acierto la doctrina ha señalado, el elemental derecho de defensa se proyecta en bloque sobre el ordenamiento⁵³⁵ y resulta de aplicación en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores del régimen penitenciario⁵³⁶. En este sentido, el mismo TC manifestaba que el derecho a la defensa técnica y asistencia letrada ha de ser garantizado con particular énfasis en aquellos supuestos en que la sanción que pueda venir impuesta implique una agravación de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena, aunque sin excluir la posibilidad de introducir limitaciones en su esfera de ejercicio⁵³⁷.

En efecto, el derecho a la asistencia letrada que proclama el art. 24.2º CE, según explícitamente ha señalado su máximo intérprete, aunque con límites, es aplicable al procedimiento administrativo sancionador⁵³⁸. El mismo legislador penitenciario alude a la facultad que al sujeto pasivo de dicho procedimiento asiste, de recibir la asistencia y defensa por letrado, a partir de continuas referencias en la norma reglamentaria de entre las que merece especial mención la contenida en el art. 42.2º LOGP, según el cual, "ningún interno será sancionado sin ser previamente informado de la infracción que se le atribuya y sin que le haya sido permitido presentar su defensa oral o escrita"⁵³⁹ y la

⁵³⁵ Según RAMOS MÉNDEZ ha manifestado, el conjunto de garantías procesales consagradas en el art. 24 CE, se proyectan sobre el ordenamiento en su conjunto e interaccionan, configurando un sistema de garantías claramente interrelacionadas. Vid. "El Proceso Penal ...", op. cit., pág. 9.

⁵³⁶ Esto último, según expresa la STC 77/1983, de 3 de octubre, "en forma y grado estimables como proporcionados a la falta, la sanción y el procedimiento".

⁵³⁷ En efecto, en su STC 74/1985, de 18 de junio, el alto Tribunal se ocupaba de precisar -en un tono, parece que no del todo ajustado a las máximas de realidad y efectividad del derecho -que "no se trata de un derecho de asistencia letrada entendida como un derecho pleno a la asistencia de Letrado, incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de los medios suficientes para ello, pues tal derecho, como resulta de los términos del art. 6.3º del CEDH, sólo existe claramente en los procedimientos judiciales y además, no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran".

⁵³⁸ Vid. STC 83/1997, de 22 de abril, y asimismo las SsTC 144/1993 y 297/1993.

⁵³⁹ Véase el art. 44 de la LOGP. Lo cierto es que, aunque la LOGP parece garantizar la defensa del interno durante la tramitación de un expediente disciplinario, pronto se detectan vacíos en aquellos preceptos del RP en que se detalla el modo en que el interno puede servirse de la mencionada facultad de recibir, para tal fin, asesoramiento. La doctrina, y en particular MONTERO HERNANZ, critica la falta de determinación del sujeto -ya perteneciente a la Administración Penitenciaria, ya

posibilidad que a este último abre el art. 131.1º del mismo Texto, de recibir el consejo de un Abogado durante la tramitación del expediente; referencias éstas, en atención a las cuales puede afirmarse que al penado asiste el derecho a valerse del asesoramiento y defensa que el Letrado presta, a lo largo del proceso sancionador⁵⁴⁰.

En conclusión a lo expuesto puede afirmarse que, como exigencia de un proceso concebido y articulado bajo la dialéctica entre partes, ha de atribuirse un papel más intenso y una más nítida definición de las funciones a desarrollar por el defensor. Se trata, en definitiva, de reforzar su posición en el proceso, procurando en todo caso la conjunción de esa doble dimensión, pública y privada, que caracteriza su actividad.

A este afianzamiento contribuiría decisivamente una sólida y autónoma regulación de la figura del defensor y la configuración de un estatuto jurídico propio que, en particular, incluya un cuerpo de garantías ordenadas al libre ejercicio de la misión que se le encomienda.

ajeno a la misma- que ha de prestar el mencionado consejo al expedientado. Vid. *Quince años de reforma penitenciaria*, op. cit., pág. 71.

Planteada esta última cuestión al TC por un grupo de reclusos de un Centro Penitenciario, éste ofrece ciertas respuestas con las que se pretende sentar ciertas bases. El Tribunal, en su STC 2/1987, de 21 de enero, reconoce que los internos pueden solicitar asistencia de Letrado de su elección para asesorarse y preparar adecuadamente su defensa. Esta asistencia, tendrá por objeto el asesoramiento en la contestación al pliego de cargos, alegaciones y proposición de pruebas y debe ser anterior a la comparecencia ante la Junta de Régimen. Ahora bien, en caso alguno parece entender preceptiva la presencia del Letrado ante este órgano y, según afirma, su ausencia "en absoluto entraña una disminución de la asistencia técnica". Según expresamente declara, "no se trata de un derecho pleno a la asistencia letrada, que queda referido al proceso penal, por lo que no incluye el derecho a una asistencia jurídica gratuita".

⁵⁴⁰ Precisamente, establece el art. 244.2º RP que "el pliego de cargos habrá de contener la indicación de que el interno pueda asesorarse por Letrado, funcionario, o cualquier persona que designe durante la tramitación del expediente y para la redacción del pliego de descargos, así como la posibilidad de asistirse de un funcionario o interno, como intérprete, si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.4. LA GARANTÍA DE UNA DEFENSA PREPROCESAL EFICAZ EN EL ÁMBITO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Las especiales características de la fase de investigación e instrucción - encaminada a averiguar si procede la iniciación del procedimiento y, en su caso, a prepararlo- en cierto modo impide la plena instauración de los principios de igualdad y contradicción procesal⁵⁴¹; ello, sin embargo, en absoluto implica la imposibilidad de participación de la defensa en su desarrollo.

Es inexcusable el protagonismo de los órganos públicos en la conducción de las investigaciones, que deja poco margen de actuación a la actividad del defensor en un periodo en que, conviene tener presente, tiene lugar la obtención de elementos probatorios sobre los que ha de versar el juicio y que, convertidos en prueba, sirven de fundamento a la sentencia; periodo en el que, tampoco debe obviarse, puede tener lugar el acuerdo y aplicación de medidas restrictivas de los más elementales derechos de la persona.

Esta última circunstancia parece por sí sola justificar la intervención de la parte y su influencia en la decisión del órgano jurisdiccional a quien queda reservada su adopción⁵⁴²; precisamente, sobre la base de este último y algunos otros argumentos que a continuación se exponen, el TEDH -como máximo intérprete de las disposiciones del Convenio- parece haber sentado una doctrina favorable al reconocimiento y aplicabilidad de las distintas garantías en que el derecho a la defensa se traduce, y que consagra el art. 6.3º CEDH en sus distintos apartados, ya en este estadio procesal previo.

En efecto, el punto de arranque en el ejercicio de las facultades que a todo sujeto acusado de un delito otorga el precepto, según la jurisprudencia emanada del Alto

⁵⁴¹ GUTIÉRREZ ALVIZ, F., "Aspectos del derecho de defensa...", op. cit., pág. 800.

⁵⁴² MONTERO AROCA, J., "Derecho Jurisdiccional", op. cit., pág. 139.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Tribunal, no es otro que el momento de la detención o inculpación⁵⁴³. Parece, pues, consolidada doctrina que las mencionadas garantías rigen no solo dentro del juicio, sino con anterioridad a él⁵⁴⁴.

En efecto, el artículo 6º CEDH antes citado, reúne todo un cuerpo de garantías incardinadas en el genérico concepto de "proceso justo y equitativo" al que el mismo precepto se refiere en el primero de sus párrafos. Cada una de ellas constituye un elemento que, unido al resto, sirve a la configuración de un proceso justo en materia penal⁵⁴⁵, que no puede entenderse desconectado de ese elemento aglutinador⁵⁴⁶.

En cualquier caso, lo interesante en este espacio es hacer notar que las distintas facultades inherentes a la defensa que reconoce el Convenio, quedan en manos de su titular desde el primero de los instantes procesales; su aplicación, según expresamente ha declarado el TEDH "no puede ser descartada categóricamente y sin excepción a ese estadio, al menos, si la instrucción preparatoria es de una importancia crucial en el contexto del conjunto del procedimiento"⁵⁴⁷.

⁵⁴³ El punto de partida en esta línea jurisprudencial parece situado en la resolución de 27 de junio de 1968, emitida en el asunto WEMHOFF.

⁵⁴⁴ La propia Comisión advertía la distinta naturaleza de las garantías que enuncia el art. 6.3º CEDH, algunas de las cuales se han concebido para servir de línea directora de la conducción del proceso desde una perspectiva formal y, en consecuencia, su aplicación carece de sentido en una etapa anterior al procedimiento mismo, mientras otras y, en especial, las que se contienen en el art. 6.3º letras c) y d), no quedan reservadas a ese momento procesal concreto. Véase asimismo la opinión de la Comisión recogida en su Informe de 12 de julio de 1984, en el Asunto CAN y asimismo en el de fecha de 8 de octubre de 1980, en el Caso ADOLF c/ Austria. Esta línea de interpretación ha sido seguida por el Tribunal en pronunciamientos más recientes, de entre los que pueden señalarse su resolución de 24 de noviembre de 1993, emitida en el caso IMBROSCIA c/ Suiza y asimismo la STEDH 10 de diciembre de 1982, en el asunto FOTI y otros, c/ Italia.

⁵⁴⁵ Véase la STEDH 27 de febrero de 1980 vertida en el asunto DEWER, y asimismo, las SsTEDH de 12 de septiembre de 1985 emitida en el caso COLOZZA; de 20 de noviembre de 1989, en el Caso KOSTOVSKI; de 19 de diciembre de 1989, en el asunto KAMAISNSKI; de 24 de noviembre de 1993, en el asunto IMBROSCIA, y de 18 de marzo de 1997, Caso FOUCHER.

⁵⁴⁶ Vid. STEDH de 23 de mayo de 1980, Caso ARTICO.

⁵⁴⁷ El mismo Tribunal declaraba, en la sentencia que resuelve el asunto CAN, de 30 de septiembre de 1985, que "el campo de aplicación de estas disposiciones no queda necesariamente limitado al proceso".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Sin olvido del resto, pues, parecía conveniente prestar atención particularizada a la doble garantía reconocida por el Convenio al sujeto imputado, consistente en disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa⁵⁴⁸ y, en defenderse por sí mismo o ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio cuando los intereses de la Justicia lo exijan⁵⁴⁹.

En verdad, el reconocimiento a todo acusado tanto del tiempo, cuanto del resto de facilidades precisas para preparar su defensa, aparece concebido como presupuesto del fundamental derecho de defensa, de suerte que su efectividad se hace depender del eficaz ejercicio por su titular de ciertas facultades con carácter previo al inicio del juicio mismo⁵⁵⁰ y, en particular, la relativa al mantenimiento del contacto y la posibilidad de recibir el consejo de su Abogado⁵⁵¹.

En efecto, el derecho a la libre comunicación con letrado, se configura en el marco del CEDH como elemental manifestación del derecho de defensa, especialmente, respecto del sujeto sometido a una medida cautelar privativa de libertad. Y, es por ello que el propio TEDH, según se desprende de alguno de sus pronunciamientos, aboga por el otorgamiento al detenido de la posibilidad de mantener, con quien ha de prestarle asistencia técnica, conversaciones que escapen a la escucha de las autoridades penitenciarias⁵⁵².

En este sentido, ha precisado con acierto el Alto Tribunal europeo que "difícilmente puede el imputado recibir la asistencia de su Abogado sin un previo, y

⁵⁴⁸ Art. 6.3º b) CEDH.

⁵⁴⁹ Art. 6.3º c) CEDH.

⁵⁵⁰ Esta garantía se manifiesta, al tiempo que en el derecho a la comunicación con letrado que ahora se trata, con el reconocimiento a la parte -en su persona o en la de su Abogado- de consultar las actuaciones. Véase al respecto, la STEDH 19 de diciembre de 1989, caso KAMASINSKI.

⁵⁵¹ Véase, la STEDH de 13 de mayo de 1980 emitida en el caso ÁRTICO.

⁵⁵² Vid. STEDH de 28 de noviembre de 1991, c/ SUIZA.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

además reservado, contacto entre ambos"⁵⁵³. La confidencialidad de sus comunicaciones, como a lo largo de este estudio se tendrá ocasión de constatar, se convierte en elemento esencial de la relación imputado-defensor⁵⁵⁴ y, en consecuencia, resulta merecedora de una férrea protección por el ordenamiento.

La libre comunicación con el Abogado defensor se impone, pues, como garantía inexcusable a los efectos de dotar de realidad y efectividad al derecho a la asistencia y defensa técnica que consagra el art. 6.3º c) CDEH y, en virtud del cual, goza el acusado de la facultad de designar libremente Abogado o bien solicitar la designación de uno de oficio, que habrá de prestarle auxilio desde el momento de detención y en adelante, durante el desarrollo de la instrucción⁵⁵⁵.

En efecto, el ejercicio del derecho se manifiesta no solo en recibir los servicios de un Letrado de libre elección, sino en solicitar y obtener el nombramiento de Abogado por la autoridad, desde el momento que los intereses de la Justicia lo exijan; circunstancia ésta que, no duda el Tribunal, se ha de entender concurrente en cualquier caso en que se halle en juego la privación de libertad de la persona⁵⁵⁶.

Ahora bien, la necesidad de garantizar el derecho a una asistencia letrada real y efectiva, en absoluto puede verse satisfecha con la sola designación del Abogado, sino

⁵⁵³ Vid. la STEDH de 28 de junio 1984, Asunto CAMPBELL y FELL.

⁵⁵⁴ Según el propio Tribunal ha declarado, "es de interés público que la persona que desea consultar a un Abogado o precisa del asesoramiento del letrado, pueda hacerlo en condiciones propicias para una plena y libre discusión". Véase, STEDH 15 de noviembre de 1996, caso DOMENICHINI.

Aunque más tarde se volverá sobre estas cuestiones, conviene adelantar que la misma garantía alcanza a la correspondencia que entre ambos se establezca. Así, entre otros muchos, puede verse el Asunto CAMPBELL y FELL, resuelto en fecha de 28 de junio de 1984.

⁵⁵⁵ A juicio del Tribunal, no es obstáculo para entender vulnerado el derecho que el imputado haya declarado innecesaria la intervención de un Letrado si, como sucediera en el caso PFEIFER y PLANCK c/ Austria, éste último no alcanzara a comprender la trascendencia o implicación de ciertas actuaciones, por consecuencia, precisamente, de la ausencia de dicho técnico en Derecho. Vid. la STEDH de 25 de febrero de 1992.

⁵⁵⁶ Véanse al respecto, las SsTEDH de 10 de junio de 1996 en el caso BENHAM, y de 28 de octubre de 1994 en el asunto BERNER; de la misma fecha, puede verse la resolución emitida en el Asunto MAXWELL.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

antes, por el aseguramiento del pleno disfrute del derecho por su titular, a partir del ejercicio de las distintas facultades que su reconocimiento implica durante el desenvolvimiento del proceso y hasta su terminación⁵⁵⁷.

En respuesta a esta elemental exigencia, el legislador estatal español queda obligado a un reforzamiento de las mencionadas garantías defensivas en la etapa de instrucción⁵⁵⁸. El interrogante que, sin embargo, en este punto se plantea e interesa despejar, es el relativo al modo arbitrado en nuestro ordenamiento para dotar de efectividad plena al mencionado derecho de asistencia y defensa técnica que, como se venía afirmando, asiste al imputado durante este primer periodo procedimental.

Lo cierto es que, por razón de la importancia de la labor a desarrollar ya en este estadio por el Letrado, la búsqueda que ahora se inicia habría de conducir al hallazgo de concretas garantías con las que rodear la actividad del defensor en este tiempo y en adelante, a lo largo del desarrollo del proceso y llegado éste a su término, durante la fase de ejecución de la sentencia definitivamente impuesta.

Así pues, un objetivo inmediato al que dirigir nuestro análisis es la averiguación acerca de la presencia o no en nuestras normas de ciertas prerrogativas en favor de la parte procesal pasiva y, más concretamente, del Letrado que interviene en el lugar de la parte privada, que garanticen el libre desarrollo de las funciones que se le encomiendan y, de este modo, el éxito de la defensa misma a partir de un desarrollo sin trabas de dicha actividad defensiva.

⁵⁵⁷ Véanse, entre otras, las SsTEDH de 9 de octubre de 1979, caso AIREY, de 13 de mayo de 1980, emitida en el caso ÁRTICO y de 25 de abril de 1983, en el asunto PAKELLI.

⁵⁵⁸ En este sentido, véase FAIRÉN GUILLÉN, V., "Tendencias actuales del Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 268. En opinión de ASENCIO MELLADO, el éxito del proceso depende indudablemente del correcto desenvolvimiento de esta fase, ya que la no intervención urgente y adecuada puede suponer la pérdida de elementos de convicción irremplazables. "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 107.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Con este propósito, la investigación que ha de ocuparnos a continuación se inicia con una aproximación al instrumental derecho a la asistencia y defensa técnica, y más concretamente, a las distintas facultades que el mismo entraña y cuya garantía es presupuesto indispensable a la efectividad del más amplio derecho de defensa; facultades de entre las cuales interesa especialmente la que al imputado asiste de comunicar libremente con su Abogado defensor, al efecto de preparar y desde un principio dirigir en el sentido correcto la estrategia defensiva.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



CAPITULO 2º: EL DERECHO A LA LIBRE COMUNICACIÓN CON LETRADO COMO PRESUPUESTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA TÉCNICA

1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

1.1. INTRODUCCIÓN

A nadie se le escapa que el imputado, especialmente si resulta privado de libertad con finalidad cautelar, precisa del otorgamiento de las máximas facilidades para asegurar su defensa⁵⁵⁹; de ahí que, tan pronto como la imputación se manifiesta, en su favor se configure todo un cuerpo de derechos, de entre los cuales, merece especial mención el derecho a la asistencia letrada y defensa técnica⁵⁶⁰.

Como se ha tenido ocasión de señalar, el reconocimiento de este último se traduce, en primer término, en el otorgamiento a su titular de la facultad de designar libremente Abogado o, en otro caso, solicitar y recibir el nombramiento de un Letrado procedente del turno de oficio.

⁵⁵⁹ En parecidos términos se halla expresado el art. 6.3 b) del CEDH.

⁵⁶⁰ Véanse los Arts. 118 y 520 de la LECrim, donde se contiene el estatuto jurídico mínimo que ha de reconocerse a todo sujeto detenido o preso.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Asumido el mandato, el defensor designado habrá de comenzar y, según se desprende de lo dispuesto por la misma LECrim⁵⁶¹, continuar prestando sus servicios durante el desarrollo del proceso y hasta su finalización, incluso por el tiempo en que haya de tener lugar el cumplimiento de la pena que impone la sentencia.

Puede notarse que el imputado goza del derecho a recibir asistencia letrada desde los primeros instantes procesales y, de hallarse sometido a detención, ya en las diligencias policiales o judiciales de declaración que se celebren, y a lo largo del proceso en cada una de las distintas fases de las que se compone.

En cualquier caso, a la efectividad del derecho es imprescindible la garantía del instrumental derecho a la libre comunicación con el Abogado defensor⁵⁶², bien de confianza, bien designado de oficio, cuyo ejercicio ha de asegurarse tan pronto la imputación se reciba.

Nada, en principio, parece oponerse a que el imputado que conserva su libertad de movimientos mantenga la relación con su Abogado, a través de comunicaciones tanto orales cuanto escritas que han de ser preservadas frente a toda intromisión.

Por lo que al imputado detenido o preso respecta, como se adelantaba, la finalización de un primer interrogatorio ante la autoridad policial o judicial -incluso ficticia, si el mismo hiciera uso de su derecho a no prestar declaración- constituye un

⁵⁶¹ Art. 788. 2º LECrim.

⁵⁶² A este respecto, el número 18 del *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, cuyo texto figura como Anexo de la resolución 43/173, de 8 de diciembre, de la Asamblea General de Naciones Unidas, expresaba que "toda persona detenida o presa, tendrá derecho a comunicarse con su Abogado y a consultarlo" a cuyo fin, se dará a la misma "tiempo y medios adecuados"; en consecuencia, al mismo asistirá "el derecho a ser visitado por su Abogado y a comunicarse con él sin demora, sin censura y en régimen de absoluta confidencialidad", como pone de manifiesto el tercero de los apartados de dicho precepto. "Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su Abogado", según precisa, "podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a una distancia que le permita oír la conversación".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

primer paso en la realización del derecho, en la medida en que posibilita a su titular, por vez primera, la entrevista reservada con su defensor⁵⁶³.

Es claro, pues, que la privación de libertad por razón de su sometimiento a una medida cautelar, en absoluto ha de impedir al sujeto que la padece el disfrute de su derecho a comunicar con la persona a quien encomienda su defensa⁵⁶⁴. El legislador procesal es expreso en su prohibición de impedir al detenido o preso que no se hallare incomunicado su disfrute y en el supuesto contrario, en que se permite, con carácter absolutamente excepcional y por muy corto espacio de tiempo⁵⁶⁵.

Ello además se impone por razón de la necesidad de satisfacer la aspiración consagrada por la Carta europea de Derechos Humanos -a cuya luz se han de interpretar los derechos que como fundamentales de la persona se contienen en el Texto Constitucional- de hacer de las garantías que proclama no mera teoría o ilusión, sino garantías dotadas de efectividad plena⁵⁶⁶.

Esto último, alcanza de lleno a la cuestión nuclear de este capítulo, cual es la relativa al modo en que a todo imputado viene reconocido el derecho a la libre comunicación con el Abogado defensor, como presupuesto esencial de la efectividad del derecho a la asistencia y defensa técnica, a su vez, manifestación del más amplio derecho de defensa y consagrado como garantía procesal suprema.

⁵⁶³ Vid. Art. 520. 6º c) LECrim.

⁵⁶⁴ Art. 523 LECrim.

⁵⁶⁵ Véanse los arts. 523 y 527 de la LECrim, en relación con lo dispuesto por los arts. 506 y ss. de la misma norma.

⁵⁶⁶ STEDH de 23 de mayo de 1980, en el asunto ARTICO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

1.2. INVESTIGACION PENAL *VERSUS* LIBRE DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DE DEFENSA.

A lo largo de estas páginas se ha intentado evidenciar la importancia de reconocer y otorgar una férrea protección al derecho del imputado a la asistencia letrada para asegurar, desde el inicio del proceso, la mayor eficacia en el desarrollo de la defensa.

Si se tiene presente que la intervención del imputado en estas primeras actuaciones procedimentales, en mayor o menor medida, repercute sobre el ulterior resultado del juicio, no admite dudas que al mismo haya de permitirse el inmediato disfrute de la facultad de valerse del auxilio del Letrado; auxilio, que consigue reequilibrar las posiciones procesales y restaurar, de ese modo, la dialéctica en el proceso.

Sin embargo, no ha de perderse de vista que el éxito de la defensa depende no sólo del puntual reconocimiento al imputado del derecho a recibir los servicios del Abogado sino, al propio tiempo, de la atribución a este último -que ha de ejercitarla en su nombre- de un conjunto de prerrogativas que, en último extremo, le permitan el libre y adecuado desenvolvimiento de la función defensiva.

Ello, por lo que ahora interesa, implica la sustracción de las potestades del Juez encargado de la investigación, del acuerdo de medidas de control de las comunicaciones celebradas por el Letrado en el desempeño de su labor y, en especial, de los contactos que mantenga con su cliente. La misma prohibición, habría de afectar a eventuales registros y aprehensiones de documentos escritos que se hallen en su poder y que, aun siendo útiles a la investigación del delito, vengan cubiertos por el secreto profesional que ha de preservarse.

Así las cosas, procede analizar las previsiones que al respecto se contienen en la norma procesal española, como paso previo a un examen centrado ya en la concreta

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

protección que se dedica a las relaciones orales o escritas mantenidas por el imputado - especialmente si se halla en situación de detención o prisión provisional- con el Letrado encargado de su causa, en ejercicio del derecho a la asistencia y defensa técnica que reconocen tanto el Texto Constitucional cuanto la misma norma procesal penal.

Antes, sin embargo, parece interesante atender mínimamente al estado de la cuestión en el marco de los sistemas procesales penales del entorno europeo de los que nuestra centenaria LECrim, en determinados aspectos, parece hallarse muy distanciada. Aunque puede en el legislador detectarse cierta intención de favorecer el ejercicio de las altas funciones de la defensa, falta en la norma procesal española un espacio reservado a la figura del defensor y la determinación, sea conjunta, sea integrada en el régimen de posibles injerencias estatales en el desarrollo de sus comunicaciones como excepción a su aplicación, de ciertas garantías que protejan debidamente el desarrollo de la actividad defensiva.

1.3. LA GARANTIA DEL LIBRE DESARROLLO DE LA DEFENSA EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO.

En una primera aproximación a esta cuestión relacionada con la garantía de un libre ejercicio de la defensa, resulta de especial interés un recorrido a lo largo de distintos ordenamientos procesales del marco europeo donde, a diferencia de lo que sucede en nuestra norma procesal, se contienen distintas previsiones en garantía del ejercicio de las funciones de defensa, asentadas sobre el más absoluto respeto de las relaciones del imputado con su Abogado defensor.

A este respecto, merece especial atención la labor desarrollada por el legislador procesal italiano que, consciente de la necesidad de intensificar la actuación procesal del letrado, de un lado, arbitra ciertos mecanismos tendentes a garantizar su presencia e

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

intervención a lo largo del proceso⁵⁶⁷, y de otro, preve distintas garantías orientadas al aseguramiento del libre ejercicio de la defensa.

Este mismo interés se protege en los distintos ordenamientos procesales del marco jurídico europeo examinados, a partir del empleo de una técnica diversa. En estos otros, a diferencia del modelo italiano, los instrumentos de garantía al libre desenvolvimiento de las funciones de defensa se hallan dispersos en el articulado de la norma procesal y, por lo general, acompaña a la regulación que en ella se contiene acerca de las medidas limitativas de derechos al servicio de los fines de investigación y adquisición de fuentes de prueba, como excepción al régimen general que se establece.

1.3.1. LA SINGULAR PROTECCIÓN CONFERIDA POR EL LEGISLADOR PROCESAL ITALIANO.

Tras la reforma operada en 1995, la norma procesal italiana incorpora una auténtica disciplina que, tomando como eje el respeto del secreto profesional, persigue como fin la mejor tutela de la función defensiva. La singularidad de la protección que se confiere, consiste en la atribución al Letrado de un conjunto de prerrogativas en el desenvolvimiento de la actividad que se le encomienda; una suma de privilegios, antes dispersos a lo largo del articulado del Código, pero que la nueva norma compila en un solo precepto -el art 103 CPPit- que conviene examinar con detenimiento.

⁵⁶⁷ En particular, el art 102 CPPit abre paso a la posibilidad de designar un sustituto, que no sólo asumirá las obligaciones del defensor sino la facultad de ejercitar sus mismos derechos. Es más, según precisa CORSO, en aquellos supuestos en que concurra una causa legítima que impida la actuación del defensor, la designación del sustituto podrá tener lugar desde un primer momento e incluso, ante la mera previsión de dicha imposibilidad sin sujeción a plazo temporal alguno. Con relación a esta última garantía y para su máxima eficacia, la norma procesal reconoce al nuevo Letrado llamado a sustituir al principal en caso de abandono, rechazo, revocación o incompatibilidad en la función, la facultad de disponer de un tiempo suficiente para el estudio de la causa, si por entenderlo preciso así lo solicitara al Juez. Vid. Art. 108 CPPit. Al respecto puede verse, PISANI, M., MOLARI, A., PERCHINUNNO, V., CORSO, P., "Apunti di Procedura Penale", op. cit., pág. 139.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Estas medidas, en apariencia arbitradas para tutela de la dignidad profesional de la Abogacía, sirven al fin último de garantizar el más libre despliegue de la actividad defensiva, cuyo fundamento puede hallarse en el art. 24 de la Constitución italiana, al consagrar la prohibición de toda indefensión y la inviolabilidad del elemental derecho de la persona a la defensa⁵⁶⁸; ello, a partir del respeto del derecho al secreto profesional que corresponde al Letrado.

El legislador italiano, en efecto, otorga especial tutela al secreto profesional del Abogado con ocasión de la práctica de diligencias de búsqueda coactiva de la prueba, que permite al mismo el cumplimiento, con autonomía y eficacia, de la misión que se le confía. Es por ello que la referida protección, según aclara la doctrina, ha de conferirse no sólo al defensor del sometido a investigación o del imputado en cuyo procedimiento surge la necesidad de una actividad de búsqueda o secuestro.

La suma de garantías que se prevén, habrá de venir aplicada en todo supuesto en que tales actos se desarrollen en la oficina o despacho de un profesional adscrito al Cuerpo de Abogados y Procuradores, que haya asumido la defensa de imputados penalmente, incluso fuera del procedimiento en que se lleva a cabo la actividad de búsqueda o secuestro.

En particular, el aludido art. 104 CPPit incorpora en el primero de sus apartados ciertas reglas relativas a inspecciones y pesquisas que hayan de tener lugar en el despacho del defensor⁵⁶⁹, como medidas a acordar en el supuesto en que el Abogado sea objeto de imputación penal y siempre referidas a los fines de averiguación del delito que

⁵⁶⁸ Vid. CONSO, G., y GREVI, V., *Commentario breve al nuovo Codice di Procedura Penale*, 2ª ed., Milano, 1994, pág. 103.

⁵⁶⁹ En realidad, el régimen general al que se hallan sujetas las mencionadas diligencias de investigación se contiene en los art. 247 y ss. del CPPit. Sobre el particular, véanse CONSO, G., y GREVI, V., (et. alt.), "Commentario breve al Codice di Procedura Penale", op. cit., págs. 317 y ss.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

a éste viniera atribuido, o que permitieran poner de manifiesto indicios o efectos materiales del delito o la búsqueda de personas o cosas predeterminadas⁵⁷⁰.

A la vista de lo anterior, pronto se revela como esencial al legítimo acuerdo de tales diligencias, el hecho de que los signos o elementos materiales del delito objeto de las mismas se hallen directamente relacionados con el concreto delito sometido a investigación y que se les atribuye, y asimismo que las cosas o personas que pretendan ser halladas sean individualizadas con antelación.

A nivel doctrinal⁵⁷¹ se sostiene, sin embargo, que tales medidas podrían ser incluso acordadas en el supuesto en que la imputación delictiva fuera dirigida frente al Letrado que desarrolle la actividad de defensa en esa misma oficina profesional, y siempre que las mismas se entiendan precisas para el concreto fin investigador que se persigue. De este modo, parece admitirse legitimidad de la práctica de inspecciones o pesquisas en el despacho del defensor, cuando el mismo o alguno de sus colaboradores resulten imputados penalmente; ahora bien, en ese caso su aplicación habría de limitarse al marco del delito investigado y en caso alguno extenderse al total de la documentación que se halle en posesión de dichos profesionales.

Asimismo, por lo que se refiere a eventuales diligencias de aprehensión o secuestro, el citado precepto impide proceder a la adquisición de cartas o documentos en poder del defensor y relativos al objeto de la defensa. Esta prohibición, se hace extensiva a la aprehensión igualmente coactiva o a cualquier otro modo de control de la correspondencia que mantenga el imputado con su Abogado defensor, siempre que la

⁵⁷⁰ Pero, lo cierto es que nada se nombra y queda en consecuencia sin respuesta, la duda que se plantea acerca de la posibilidad de su aplicación al Abogado que se presume participe en la comisión del delito, pero en calidad distinta a la de autor, esto es, como cooperador o cómplice del principal responsable de la acción delictiva.

⁵⁷¹ CONSO, G., y GREVI, V. (et alter), "Profili del Nuovo Codice ...", op. cit., pág. 94.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

misma pueda identificarse como tal y a no ser que se trate de elementos que constituyan o se tenga fundado motivo para considerar que constituyen cuerpo del delito⁵⁷².

En opinión de la doctrina, la mencionada garantía se halla directamente relacionada con la persona del defensor, de tal suerte que la prohibición afectará igualmente a la actividad de pesquisa o secuestro que haya de desarrollarse en un lugar distinto al despacho profesional del Abogado afectado⁵⁷³.

Ahora bien, la prohibición de secuestro de cartas o documentos relativos al objeto de la defensa -a salvo aquellos relacionados con la comisión del delito- que expresa el art. 103.2º CPPit, no parece operar en el solo ámbito del procedimiento en que se desarrolla la actividad defensiva; antes al contrario, la misma parece extender sus efectos a aquellos supuestos en que la actuación del defensor tiene lugar en un procedimiento diverso.

En este sentido, podría entenderse que la garantía ahora expresada ha de operar no sólo en el marco del procedimiento en el curso del cual surge la necesidad de secuestro, sino a cualquier defensa asumida por el profesional extraña al procedimiento en curso; téngase presente que, el secuestro y examen de cartas y documentos relevantes -y quizás perjudiciales a los intereses de personas asistidas en otros procedimientos-

⁵⁷² Entre los distintos medios de búsqueda de la prueba se regula en los arts. 254 y ss. del CCPit la que entiende como "diligencia de secuestro de la correspondencia". La medida consiste básicamente en la posibilidad de secuestrar cartas, paquetes, valores, telegramas u otros objetos de correspondencia de los que la autoridad tenga fundado motivo para considerar expedidos por el imputado o dirigidos a él, también bajo nombre distinto o a través de persona diversa, y que puedan tener relación con el delito. La medida de secuestro, que en principio correspondería practicar al órgano jurisdiccional, puede encomendarse a un oficial de Policía Judicial que, en todo caso, habrá de consignar ante la autoridad judicial los objetos y correspondencia secuestrada, sin abrirla y sin tomar conocimiento alguno de su contenido. El art. 254.3 CPPit, se refiere por último a ciertas cartas o documentos que no pueden ser incluidos en la categoría de correspondencia "no susceptible de secuestro" que obliga a restituir a su titular en caso de haber sido aprehendida, y en todo caso prohíbe utilizar en el proceso.

⁵⁷³ CONSO, G., y GREVI, V., "Commento breve al Codice di Procedura Penale", op. cit., pág. 103; PISANI, M., con MOLARI, A., PERCHINUNNO, V., CORSO, P., "Apunti di Procedura Penale", op. cit., pág. 138.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

compromete la actividad de defensa y, en cualquier caso, viola el secreto profesional que debe siempre ser respetado⁵⁷⁴.

Pero, aun cuando se entienda que la tutela se proyecta sobre el Abogado que asume el oficio de defensor en el procedimiento en que las medidas restrictivas de derechos vienen dispuestas, no parece que éstas últimas hayan de alcanzar a aquellos que desarrollen o hayan prestado sus servicios a la persona actualmente investigada en un asunto o procedimiento distinto y, en consecuencia, no habrían de extenderse a los Abogados cotitulares del despacho profesional del Letrado o a él asociados, que no hayan asumido el papel de defensores en el procedimiento en cuestión.

El art. 103 del CPPit, en relación con lo dispuesto por el art. 35.5 de las disposiciones de actuación del Código Procesal (disp. att., en adelante), es asimismo riguroso en su prohibición de interceptaciones relativas a las comunicaciones con defensores, asesores técnicos o sus auxiliares, de manera que resultan ilegítimas las practicadas sobre comunicaciones telefónicas mantenidas entre el detenido o preso y dichos profesionales⁵⁷⁵.

Es más, la interceptación de las comunicaciones telefónicas del imputado⁵⁷⁶, como medio de investigación y obtención de futuras pruebas, fuera de los supuestos en

⁵⁷⁴ En este punto, sin embargo, el criterio jurisprudencial es realmente confuso, habida cuenta de la existencia de pronunciamientos en los que se declara que "las pesquisas y secuestros llevadas a cabo en el estudio profesional del Abogado que defiende al imputado en un procedimiento distinto de aquél en el que son dispuestas estas medidas, no atacan a la inviolabilidad del secreto profesional". En defensa de esta consideración se ha argumentado que "el secreto profesional encuentra su explícita reglamentación en el marco de las diligencias de declaración, mientras resulta sólo indirectamente tutelado en materia de pesquisas y secuestros, a partir de ciertas limitaciones objetivas a la adquisición de tales medios". Vid. CONSO, G., y GREVI, V., "Commento breve al nuovo Codice ...", op. cit., pág. 103.

⁵⁷⁵ Véase, el art. 103.5 CCPit, en relación con el art. 35 disp. att. del mismo Código.

⁵⁷⁶ El Código Procesal italiano dedica los arts. 266 y ss., al régimen general de intervenciones telefónicas a los fines de la investigación; medidas que, según lo en ellos previsto, pueden venir acordadas en el marco de un determinado cuadro de delitos, una vez autorizadas por el órgano jurisdiccional encargado de la instrucción -a propuesta del Ministerio Fiscal- siempre que se adviertan graves indicios de delito y el control de la comunicación sea indispensable al éxito de la investigación criminal. Ahora bien, de concurrir razones de urgencia y si del retraso pudieran derivarse perjuicios para esta última, es el propio Ministerio Fiscal quien puede acordarla, sin perjuicio de su posterior convalidación por parte

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que la misma norma procesal permite, viene sancionada con la imposibilidad de utilizar sus resultados. En particular, la norma procesal hace mención de interceptaciones relativas a conversaciones o comunicaciones de las personas a las que se refiere el art. 200.1º CPPit, que tuvieren por objeto hechos conocidos por razón de su ministerio, profesión u oficio, salvo que su contenido hubiere sido ya divulgado de algún otro modo⁵⁷⁷.

Así las cosas, de lo expuesto parece extraerse una doble conclusión; es claro, de un lado, que la posibilidad de interceptación de conversaciones y comunicaciones con el letrado encargado de la causa, encuentra su límite implícito en la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho de defensa y, en consecuencia, no pueden quedar sujetas al mismo régimen que el previsto para el resto de interceptaciones previstas⁵⁷⁸; y asimismo, puede afirmarse que la especial tutela que éstas últimas merecen, en tanto concernientes al ejercicio de la defensa, alcanza a la reserva de las relaciones profesionales del defensor con relación, no sólo a los procesos en que el mismo interviene⁵⁷⁹, sino en cualquier caso en que pueda verse afectado el secreto profesional que ha de protegerse.

de la autoridad judicial en un plazo máximo de 48 horas, que si es denegada, la intervención no puede proseguir y los resultados de lo ya practicado, no podrá ser empleado en el proceso. La duración de la medida, en principio, queda sujeta a un límite temporal no superior a 15 días de duración; sin embargo, de mantenerse los presupuestos y circunstancias atendidos en orden a su acuerdo, es admisible su prórroga por igual periodo. Vid. Art. 267. 1º CPPit.

⁵⁷⁷ A este respecto, ha de atenderse a lo dispuesto en el art. 271. 2º CPPit.

⁵⁷⁸ GREVI, V., *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 1979, págs. 97 y 98; ILLUMINATI, G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, págs. 80 y 85. BERNARDI, E., *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona*, "Riv. it. Dir. e Proc. Pen.", 1983, y de la misma autora, *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, "Rev. Giur. it.", 1983, IV, págs. 345 y 346; CAMÓN, A., *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, pág. 129; KOSTORIS, R., *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale*, "Riv. it. dir. e proc. pen.", 1990, págs. 1414 y 1415.

⁵⁷⁹ A pesar de la crítica doctrinal, en este sentido había sido interpretada la regulación contenida en el antiguo Código Procesal, ante la falta de referencia en la norma al secreto profesional, como tal, del Abogado. ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 85.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

1.3.2. SU TUTELA EN LA NORMA PROCESAL PORTUGUESA.

Tampoco el ordenamiento procesal portugués descuida las especiales garantías de las que ha de rodearse el desarrollo por el Letrado de la misión que se le encomienda.

En particular, la singular protección que el mismo confiere se manifiesta en la prohibición, entre otras medidas coercitivas de carácter instructorio, de aquellas consistentes en la interceptación y grabación de las conversaciones del sujeto pasivo del proceso mantenidas con su defensor, en lo que no ha de entenderse sino excepción a la ya de por sí excepcional potestad estatal de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones personales⁵⁸⁰.

Es, pues, privilegiada la tutela que la norma procesal otorga a la correspondencia postal o telegráfica mantenida entre ambos, por cuanto viene exenta de eventuales aprehensiones o cualquiera otra forma de control, a no ser que el propio órgano jurisdiccional posea razones fundadas para considerar que la comunicación mantenida por estas vías constituye elemento u objeto de delito⁵⁸¹.

Asimismo, es del todo extraordinaria la posibilidad de acordar y, en su caso, practicar entradas y registros en despachos profesionales de Abogados. Pero, en el excepcional supuesto en que puedan estas medidas tener lugar, es inexcusable su acuerdo por el órgano jurisdiccional encargado de la instrucción⁵⁸², a quien personalmente corresponde la aprehensión del material de relevancia para la investigación. Pero, según entiende la doctrina, tales medidas en caso alguno ha de afectar a aquellos documentos protegidos por el secreto profesional y, en definitiva, a

⁵⁸⁰ Vid. Art. 34 de la Constitución portuguesa.

⁵⁸¹ Vid. Art. 179. 2º CPPPort.

⁵⁸² Véase el art. 180 que remite a lo dispuesto por el 177.3º CPPPort.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

toda documentación que, relacionada con el proceso, se halle en posesión del Abogado⁵⁸³ sea o no defensor del imputado.

En este punto, ha de atenderse asimismo a lo dispuesto por el art. 135 del CPPPort, que exime al Abogado de la obligación de prestar declaración sobre aquellos hechos protegidos por el secreto profesional y cuya cobertura alcanza a aquellos datos relativos a cuestiones profesionales revelados por el cliente o a su orden, o conocidos por el Letrado en el ejercicio de la profesión.

Parece, pues, que la garantía resulta igualmente aplicable al Letrado que carece de la condición de "defensor" por cuanto la misma persigue como fin la salvaguarda del elemento de la confianza que ha de presidir la relación Abogado-cliente, ante la presencia de fundados indicios de la inminente comisión de un delito que ponga en grave riesgo la vida o la integridad de cualquier persona⁵⁸⁴.

1.3.3. LAS PREVISIONES DEL LEGISLADOR PROCESAL FRANCÉS.

En el Código Procesal Penal francés se contienen ciertas garantías al libre desarrollo de la actividad de defensa. De un lado, la norma protege la reserva de los

⁵⁸³ En opinión de MARQUES DA SILVA necesariamente se impone esta última interpretación, por razón de la necesidad de salvaguardar el derecho de defensa constitucionalmente consagrado. Vid. "Curso de Processo Penal", op. cit., pág. 306.

⁵⁸⁴ Resulta ciertamente interesante, la singularidad del régimen que la norma procesal establece al respecto de la práctica de las diligencias de investigación a las que aquí se alude en el marco de las causas de terrorismo y de criminalidad violenta o altamente organizada. Entre otras peculiaridades -cuyo tratamiento llevaría a extender excesivamente la referencia que aquí se pretendía- puede señalarse la dispensa de la necesidad de intermediación de orden de la autoridad judicial previa a la aplicación de la medida misma; dispensa que no implica exención alguna de la preceptiva comunicación al Juez de la medida acordada, bajo pena de nulidad de lo actuado. Conviene señalar, en cualquier caso, que a los efectos de lo que el Código Procesal dispone, según expresa el art. 1.2º bajo el título de "Conceptos generales", han de considerarse casos de terrorismo, criminalidad violenta o altamente organizada, aquellas conductas que integren los crímenes tipificados por los artículos 299, 300 o 301 del Código Penal, o que dolosamente se dirijan contra la vida, la integridad física o libertad de las personas y que resulten punibles con pena de prisión máxima igual o superior a cinco años; texto que coincide con el propuesto en su momento por FIGUEIREDO DIAS al legislador portugués en fechas previas al nacimiento del nuevo Código. *Para una reforma global do Processo Penal português. Da sua necessidade e de alguma orientações fundamentais*, Coimbra, 1983, pág. 79.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

contactos mantenidos entre el sujeto imputado y su Abogado defensor, afirmando la inviolabilidad de sus comunicaciones; de otro, prohíbe el acuerdo de limitaciones que afecten a su correspondencia.

Parece claro, pues, que la comunicación con el Letrado ha de entenderse inviolable, en virtud no sólo de una necesidad de orden público como es el respeto de la defensa, sino de la exigencia de salvaguardar el específico secreto profesional por el que la misma se halla cubierta.

El espíritu protector del legislador francés se refleja asimismo en distintas previsiones relativas a la práctica de registros y aprehensiones en el despacho profesional del Abogado, con finalidad investigadora. Se trata de medidas susceptibles de acuerdo con exclusividad por el órgano jurisdiccional, y con carácter absolutamente excepcional.

En este punto, conviene traer a colación lo expresado por los Tribunales franceses en el llamado "asunto *Rochenoir*" en el que hubo de decidirse si el registro llevado a cabo en el despacho de un imputado, profesional de la Abogacía, que había posibilitado la aprehensión de un determinado material -según lo alegado por el recurrente- cubierto por el secreto profesional, era o no confidencial y había o no de ser excluido del registro.

La medida aplicada fue resultado de la decisión de un órgano jurisdiccional de operar el registro y secuestro de tales piezas, por entender que el secreto profesional no podría cubrir documentos que el propio imputado había llegado a reunir como resultado de las actividades motivadoras de la inculpación.

Esta línea jurisprudencial iniciada se ha visto consolidada en posteriores resoluciones judiciales que admiten la posibilidad de realizar determinadas pesquisas sobre la correspondencia sostenida por un Abogado y su cliente, siempre que la misma se entienda cuerpo o instrumento del delito objeto del proceso.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Asimismo interesa hacer notar la intensa tutela que la norma procesal reserva a las comunicaciones mantenidas vía telefónica, frente a las más amplias potestades de control o injerencia que prevé con relación al resto de modos de comunicación permitidas. Como en breve se conocerá, el régimen previsto con carácter general se excepciona al respecto de las comunicaciones que tengan lugar con ocasión del ejercicio de la defensa⁵⁸⁵.

En efecto, a pesar de la indeterminación con que la norma se refiere al ámbito de posibles sujetos pasivos de la medida, es expresa en ella la exclusión de su aplicación sobre aquellas comunicaciones en las que intervenga la persona que ejercita la función defensiva⁵⁸⁶; el legislador francés, explícitamente, excepciona de la regla general la interceptación de las líneas telefónicas que corresponden al despacho profesional de un Abogado o a su domicilio⁵⁸⁷.

A nivel jurisprudencial⁵⁸⁸ parece sostenerse que esta prohibición no puede ser derogada más que a título excepcional, esto es, si contra el Abogado existen indicios de participación en una infracción delictiva; pero, en cualquier caso, el acuerdo y aplicación de la medida habrá de rodearse de un plus de garantías y, en particular, observarse la consistente en la preceptiva comunicación de la diligencia que pretenda ser aplicada por el Juez encargado de la instrucción al máximo representante o Autoridad del Colegio profesional al que el Letrado pertenezca⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ DELMAS-MARTY, M., "Procédures pénales d'Europa", op. cit., págs. 256 y 257.

⁵⁸⁶ Véase el art. 100. 7º CPPfr.

⁵⁸⁷ Sin embargo, según criterio jurisprudencial ciertamente criticable, esta regla relativa a la libre comunicación entre la persona imputada y su Abogado defensor que prohíbe la interceptación de su correspondencia o sus comunicaciones telefónicas, no es obstáculo a la interceptación judicial de aquellas otras mantenidas entre un familiar o pariente del primero con este último. Vid. Crim. 10 mayo, 1994, jurisprudencia anotada en *Code de Procédure Pénale*, Dalloz, ed. 1997, pág. 219.

⁵⁸⁸ Crim, 15 jan. 1997, "Code de Procédure Pénale", op. cit., pág. 224.

⁵⁸⁹ Vid. Art. 100.7 pf. 2º CPPfr.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

1.3.4. PECULIARIDADES DE LA ORDENANZA PROCESAL ALEMANA.

El legislador germano, como no podría ser de otro modo, otorga particularizada protección a la función de defensa desarrollada por el Abogado interviniente en el proceso, a través de la previsión de excepcionales reglas referidas, tanto al profesional que ostenta la cualidad de defensor, cuanto a los Abogados en general, por razón de la necesidad de tutelar el secreto profesional que a todos los vincula.

Ciertamente, al servicio de los fines de la investigación criminal, la ordenanza procesal alemana arbitra distintas "medidas de coerción"⁵⁹⁰ tales como registros y secuestros⁵⁹¹, o interceptación de comunicaciones postales⁵⁹² o mantenidas vía telecomunicaciones, cuyo régimen se excluye en los supuestos en que se viera afectado un Abogado⁵⁹³, en general, o el defensor del imputado, en particular, exentos uno y otro de la obligación de prestar testimonio por razones profesionales⁵⁹⁴.

Así, entre otras se preve la posibilidad de intervenir las comunicaciones telefónicas de un determinado sujeto o de personas que con él se relacionen, de ser apreciados indicios suficientes para considerar que el mismo ha cometido alguno de los graves delitos que la misma norma determina, o ha intervenido como cómplice en su comisión⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ Con este término se refiere a ellas GÓMEZ COLOMER, al tiempo que señala que las mismas se hallan concebidas en la StPO como una variedad de medidas cautelares de carácter real. Vid. "El proceso penal alemán...", op. cit., pág. 123.

⁵⁹¹ Véanse los § 94 y 95 StPO. Sobre el particular, resultan de interés los comentarios de SCHÄFER. G, en *Löwe-Rosenberg Kommentar zur Strafprozessordnung*, Berlin, 1988, págs. 111 a 113.

⁵⁹² Vid. § 99 StPO.

⁵⁹³ BEULKE, W., *Überwachung des Fernsprechanchlusses eines Verteidigers*, "Rev. Jura", 1986, pág. 643.

⁵⁹⁴ Vid. § 97 StPO, en relación con el § 53 StPO. Sobre el particular, KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung...", op. cit., pág. 284; PELCHEN, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, 1993, págs. 246 y 247.

⁵⁹⁵ Véanse los § 100 y 100 a) núms. 1º al 4º StPO. Este último precepto se refiere, en esencia, a delitos de traición, asesinato, genocidio, violación, tráfico de estupefacientes y criminalidad organizada. En torno a esta concreta medida de investigación y al marco de aplicación objetivo de la misma pueden verse, entre otros, KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., págs.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ahora bien, la aplicación de estas medidas no habrá de extenderse a la interceptación de comunicaciones telefónicas en las que intervengan determinadas personas, como el Letrado, a las que la misma norma procesal exime de la obligación de prestar testimonio acerca de lo conocido en el ejercicio de sus funciones o de aquello que le hubiere sido confiado en su calidad de defensor⁵⁹⁶.

Asimismo, por lo que se refiere al posible acuerdo de medidas de secuestro y, específicamente, las relativas al secuestro postal y telegráfico⁵⁹⁷ -previstas, una y otra medida, en los §§ 97 y 99 StPO- conviene hacer mención de la exclusión por el legislador de su práctica sobre la persona del Abogado⁵⁹⁸.

La diligencia -que habrá de afectar a objetos que resulten de importancia a los efectos de la investigación de la causa- no ha de ser aplicada sobre las comunicaciones escritas entre el inculcado y el profesional de la Abogacía, así como sobre las anotaciones realizadas por éstos en las comunicaciones que les hubieren sido confiadas

301 y ss., en particular, pág. 305; MÜLLER, K., con KLEINKNECHT, T., *Losseblattkommentar zur Strafprozessordnung*, Reitberger, 1980, págs. 450 a 455; KÜHNE, HH., *Kommentar zur Strafprozessordnung*, Luchterhand, 1992, Tomo I, págs. 83 y 84; LEMKE, *Heidelberg Kommentar zur Strafprozessordnung*, Heidelberg, 1997, pág. 277 y ss. y, en particular, pág. 283; NACK, "Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung", op. cit., pág. 385 y ss., especialmente, pág. 391; SCHÄFER, G., "Löwe-Rossenberg kommentar", op. cit., págs. 134 y ss.

⁵⁹⁶ Vid. § 99 y 100 StPO, en relación con lo dispuesto por el § 148 StPO.

⁵⁹⁷ La ordenanza procesal alemana hace referencia al "secuestro postal" practicado sobre la correspondencia y envíos dirigidos al inculcado, con carácter general, en las Oficinas de Correos y telégrafos; en particular, el § 99 StPO posibilita la aprehensión de cartas o telegramas, siempre que resulte de hechos concluyentes que las mismas proceden del inculcado o están destinadas a él y cuyo conocimiento fuera de importancia para la investigación. La decisión de esta medida corresponde al órgano jurisdiccional, pero en supuestos de urgencia también al MF que habrá de obtener la confirmación judicial de la medida en el más breve plazo; al Juez se encomienda igualmente la apertura y conocimiento del material aprehendido, sin perjuicio de la posibilidad de delegar dicha función en el órgano Fiscal.

⁵⁹⁸ Vid. § 53 (1) 2º y 3º StPO. Sobre el particular, véanse entre otros, KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 166; KÜHNE, HH., "Kommentar zur Strafprozessordnung", op. cit., pág. 203; DAHS, *Löwe-Rossenberg kommentar. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Grosskommentar*, Berlin-Nueva York, 1988, 24; NACK, "Karlsruher Kommentar", op. cit., pág. 365.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

por el inculcado o cualquiera otra circunstancia a las que se extienda el derecho a no testificar⁵⁹⁹.

Ahora bien, se ha de tener presente que la exclusión prevista en la norma procesal que se señala, no ha de alcanzar al material que se halle en posesión de personas, como el defensor y Abogados penalistas en general⁶⁰⁰ -en principio beneficiadas de la exención- que se sospechen partícipes en el hecho delictivo, o a aquellos objetos que puedan entenderse elementos del delito al haber sido causados por él o utilizados para su comisión⁶⁰¹.

En realidad, es el legislador procesal alemán el que con mayor valentía da entrada a medidas severísimas y de las que se derivan consecuencias procesales de la máxima entidad. Medidas, y en especial la que ahora se examinará, que la doctrina ha llegado a entender como auténtica sanción a una actuación desviada del Letrado en el desarrollo de su actividad o a la traición por el mismo a las garantías que constitucionalmente se consagran⁶⁰².

En particular, se está aludiendo a la exclusión del proceso del Abogado defensor de elección -*Verteidigerausschluss*- prevista por el legislador germano que, como puede notarse, de una parte garantiza el libre ejercicio por el letrado de las funciones de defensa y, de otra, arbitra rigurosas medidas⁶⁰³ contra el defensor que

⁵⁹⁹ Véase el § 97 (1) 2º StPO y sobre este último precepto, KÜNHE, HH., "Kommentar zur Strafprozessordnung", op. cit., págs. 41 y ss., particularmente pág. 46 y asimismo, NACK, "Karlsruher Kommentar", op. cit., pág. 363.

⁶⁰⁰ Vid. § 97 (2) StPO, en relación con el § 53 StPO.

⁶⁰¹ KLEINKNECHT, T. con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., págs. 284 y 285; NACK, "Karlsruher Kommentar", op. cit., págs. 363 y 365. RUDOLPHI, HJ., *Systematischer Kommentar zum Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, 1994, págs. 64 y 65.

⁶⁰² A este respecto, véanse los § 138 a StPO, en sus distintos apartados, y los subsiguientes § 138 b y 138 c y 138 d StPO, a los que se dedica cierta atención en posteriores epígrafes.

⁶⁰³ En parecidos términos se refiere a ellas la doctrina germana, representada por JESCHEK, HH., *Die Ausschluss des Strafverteidigers in rechtsvergleichender Sicht*, "Festschrift für Dreher", Berlin, 1977, pág. 765.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

incumple las obligaciones propias de esa misma función; medidas que, de llegar a acordarse, excluirían su intervención en el proceso e impedirían la defensa del imputado y de otros sujetos, en el mismo u otros procedimientos.

Pero, si cierto es que la medida responde a un intento de impedir al defensor la violación de las leyes vigentes⁶⁰⁴ y, en particular, el incumplimiento de la obligación de "Verdad y Justicia"⁶⁰⁵ que se entiende asumida con la aceptación del encargo, no lo es menos que la misma no sólo afecta al derecho profesional de los Abogados⁶⁰⁶.

La exclusión del defensor, concluye GÓMEZ COLOMER⁶⁰⁷, parece concebida como medida orientada al aseguramiento del correcto desenvolvimiento y eficacia del proceso penal, de suerte que el incumplimiento por el Letrado de cuantos deberes se imponen para su desarrollo con garantías puede provocar su expulsión del proceso que se sigue, y la prohibición del ejercicio profesional de la defensa técnica en cualquier otro.

Como no podría ser de otro modo, por razón de la gravedad de las consecuencias que derivan de la medida, la decisión de su definitiva aplicación se confía con exclusividad a la autoridad jurisdiccional⁶⁰⁸, finalizado un específico procedimiento en el que habrán de seguirse los trámites previstos en el § 138 d) StPO; a estos efectos, la

⁶⁰⁴ GÖSSEL, KH., "Strafverfahrensrecht", op. cit., págs. 264 y 265.

⁶⁰⁵ Según ha expresado la doctrina, la medida de exclusión sanciona la actuación del Letrado en fraude del papel que, según expresa el art. 1º BRAO, asume como órgano colaborador con la Administración de Justicia; apreciación ésta que, como bien advierte JESCHECK, puede sólo formularse tras una definición clara del estatuto que corresponde al defensor en el Estado de Derecho, que la norma no contiene. Vid. "Die Aussliessung des Verteidigers ...", op. cit., pág. 783. En el mismo sentido, ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 106.

⁶⁰⁶ Así parece entenderla PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ cuando señala como finalidad de la medida, el "garantizar la pureza, la independencia política y la objetividad de la función". *La defensa*, en "Temas del Derecho actual y su práctica", Salamanca, 1979, pág. 131. Cfr. GÓMEZ COLOMER, JL., "La exclusión del Abogado de elección ...", op. cit., pág. 32.

⁶⁰⁷ "La exclusión del Abogado defensor de elección", op. cit., pág. 31.

⁶⁰⁸ La medida, según indica el § 138 c (1) StPO, ha de ser acordada, a solicitud del Tribunal ante el que el proceso estuviera pendiente o de la Fiscalía, bien por el Tribunal Superior del Land, el Tribunal Supremo Federal o una Sala especial de uno u otro.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

norma exige la concurrencia en la persona del defensor de un suma de presupuestos taxativamente fijados⁶⁰⁹.

En esencia, la iniciación de un proceso de exclusión puede tener lugar ante la sospecha fundada⁶¹⁰ o en grado bastante como para determinar la apertura de un procedimiento acerca de la participación del defensor, sea como coautor, sea como cooperador necesario o cómplice en el hecho criminal objeto de investigación y que motiva el proceso⁶¹¹.

Asimismo, puede ser motivo de exclusión el abuso -más que uso- de la comunicación con el imputado, para la comisión de un ilícito penal. En este punto, sin embargo, no distingue el legislador si dicho fraude ha de servir a la realización de cualquier tipo de conducta tipificada, o para la comisión de un concreto tipo de delitos⁶¹².

En respuesta a esta última duda, parece acertado considerar la alusión referida a la presunta comisión de delitos relacionados con el fenómeno terrorista o que atenten contra la seguridad del Estado con carácter general⁶¹³, toda vez que la medida de exclusión que se pretende, parece apoyarse en la sospecha de afinidad ideológica y connivencia entre los comunicantes para la comisión de nuevos hechos delictivos⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ Presupuestos que se contienen en el § 138 a StPO y cuya concurrencia, como bien advierte PETERS, habrá de ser apreciada con absoluta escrupulosidad por la autoridad judicial. Vid. "Strafprozessrecht", op. cit., pág. 226.

⁶¹⁰ En este sentido, se venía pronunciado la jurisprudencia -entre otros, en un auto del BGH de 25 de agosto de 1972- y la doctrina científica representada por ROXIN, a cuyo juicio, la duda acerca del grado de sospecha exigible ha de resolverse en el sentido de considerar que la relevancia de los indicios de criminalidad exigibles es equiparable a la de aquéllos que el legislador entiende bastantes para el legítimo acuerdo de la prisión provisional. Vid. "Strafverfahrensrecht", op. cit., págs. 107 y 108, y asimismo, págs. 228 y 229.

⁶¹¹ § 138 a (1) ap. 1 StPO.

⁶¹² En este sentido, véase ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", op. cit., pág 107.

⁶¹³ § 138 b StPO, que preve la exclusión del defensor por causa de peligro para la seguridad del Estado, a partir de su intervención en hechos que supongan traición a la patria o pongan en peligro la seguridad exterior de la Nación.

⁶¹⁴ § 138 a (1), ap. 2 StPO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En verdad, ha de entenderse concurrente el presupuesto que la ordenanza procesal exige, cuando tiene lugar el abuso de la especial protección que reciben las comunicaciones orales o escritas del imputado⁶¹⁵, se halle o no privado de libertad, o del mismo condenado⁶¹⁶, pero asimismo cuando se presuma que la comunicación con el imputado representa un peligro -y no ya real, sino en términos de mera probabilidad⁶¹⁷- para la seguridad del Establecimiento, en la medida en que entrañe una clara amenaza para personas y cosas⁶¹⁸.

También la comisión por parte del defensor de un hecho que pudiera entenderse de "encubrimiento personal, real o receptación delictiva⁶¹⁹" si el principal sujeto pasivo del proceso resultara condenado, puede conducir a la apertura de un proceso en el que decidir la oportunidad de su exclusión del proceso e imposibilidad del ejercicio de las funciones de defensa.

Por otra parte, ese mismo § 138 a) StPO prevé en el segundo de sus apartados que en el seno de procesos cuyo objeto sea uno de los delitos a los que se refiere el § 129 StGB, queda abierta la posibilidad de excluir al defensor, ante la sospecha igualmente fundada de que el mismo ha realizado o se halla realizando alguno de los actos a los que se refiere el precepto.

Lo cierto es que la norma procesal alude a una presunta⁶²⁰ pertenencia o cooperación del defensor con la actuación delictiva de una asociación terrorista;

⁶¹⁵ Vid. § 148 (1) StPO.

⁶¹⁶ KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 486; EDIT, HH., *Verkehr des Gefangenen mit der Aussenwelt, insbesondere mit Rechtsanwälten und Verteidigern*, "Rev. AnwBl", 1976, pág. 382.

⁶¹⁷ KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 487.

⁶¹⁸ § 138 a (1), ap. 2 StPO.

⁶¹⁹ § 148 a (1) ap. 3º StPO.

⁶²⁰ En este supuesto, la doctrina detecta una mayor laxitud en la exigencia de sospecha de criminalidad; parece no exigirse en éste, el mismo grado de intensidad a los indicios delictivos que legitiman la medida en el resto de supuestos. Vid. ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 108; KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 486.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

presunción ésta, aparentemente basada en cierta sospecha de afinidad ideológica del letrado con el grupo y que ha llevado a la doctrina a considerar que la medida, en realidad, esconde un castigo al Abogado que desarrolle lo que se ha dado en llamar una "defensa política"⁶²¹.

Esta impresión en parte se confirma, a la vista de la exigencia en estos supuestos de una menor intensidad en la sospecha que se hace recaer sobre el Letrado; la medida, en principio, resulta de aplicación sobre el defensor de elección y sólo excepcionalmente puede afectar al designado de oficio que con su conducta en cualquier instante del proceso, incurra en alguno de los presupuestos que se prevén⁶²².

La singularidad de esta materia reclama una mayor profundidad en su examen que, por razón de la necesidad de ajustar este estudio a los márgenes inicialmente propuestos resulta aquí inconveniente; esta mínima reflexión, sin embargo, puede servir para poner de manifiesto dos datos de relevancia al desarrollo ulterior de este trabajo.

De un lado, interesa hacer notar que la medida de exclusión aludida, viene en parte diseñada como sanción al ejercicio del derecho que la norma reconoce a la comunicación sin trabas con el Abogado defensor de modo fraudulento, esto es, para fines distintos si no opuestos a la efectividad de la garantía defensiva. Por su repercusión enorme sobre el elemental derecho de defensa, esta onerosísima sanción convierte a la

⁶²¹ De la misma se hace eco GÓMEZ COLOMER quien afirma que la exclusión del defensor que se apoya en motivos como el expresado, entraña una "quiebra del Estado de Derecho y de sus garantías"; a su juicio, es muy fácil sospechar la connivencia política entre los comunicantes y, según expresa, "de ahí a la exclusión hay solo un paso". En opinión de SEELMANN, según precisa el autor antes citado, la finalidad perseguida por el legislador germano es, en cambio, la de evitar una colisión de intereses, por cuanto, la relación del Letrado con la comisión del hecho delictivo, puede llevarle a desarrollar en el proceso una actividad defensiva en su propio interés y contraria, quizás, a los intereses de su patrocinado (*Die Aussliessung des Verteidigers*, "Rev. NJW", 1979, pág. 1130). Vid. "La exclusión del Abogado defensor ...", op. cit., págs. 33 y 34.

⁶²² KLEINKNECHT, T., y MEYER-GÖSSNER, "Becklihe Lehrerbuch zur Strafprozessordnung", op. cit., pág. 485; RIESS, P., *Der Ausschluss des Verteidigers in der Rechtswirklichkeit*, "Rev. NStZ", 1981, pág. 331.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

legislación germana en la más severa, quizás, de las que forman parte del marco jurídico europeo.

De otro lado, y prescindiendo del total de efectos que pueden derivarse del seguimiento del proceso para la exclusión,

conviene señalar que la norma prevé como medida cautelar a acordar durante su tramitación, la posible suspensión de los derechos consagrados por el § 147 StPO, relativo a la toma de conocimiento de las actuaciones y el § 143 StPO que garantiza al inculpado el derecho a la libertad de las comunicaciones -sean orales, sean escritas- del imputado con su Abogado defensor; distintos puntos, a los que habrá de atenderse debidamente con ocasión del análisis del ejercicio de este último derecho y de los supuestos y condiciones en que viene excepcionada su plena garantía.

1.4. LAS PREVISIONES DEL LEGISLADOR ESPAÑOL AL RESPECTO DE LA PROTECCIÓN DEL LIBRE EJERCICIO DE LA DEFENSA.

Como se adelantaba, la figura del "defensor" no recibe tratamiento individualizado en nuestra LECrim que, a diferencia de lo que en otros ordenamientos se observa, no incluye específicas previsiones orientadas al aseguramiento del perfecto desarrollo de la labor que le corresponde. El legislador, prescinde de esa doble opción de reunir en un precepto único las que se entienda precisas o establecer de forma dispersa excepciones a la posible adopción de diligencias de investigación sobre el Letrado -y, por lo que aquí interesa, de injerencias en el desarrollo de las comunicaciones en las que participa el Abogado como emisor o destinatario- que, indirectamente, afectan al ejercicio de las funciones de defensa.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A nadie se le escapa que, cualquiera de las medidas de injerencia aquí aludidas entraña el levantamiento del secreto profesional que al Letrado reconocen las leyes sustantivas y cuyo respeto, según pone de manifiesto la doctrina⁶²³, no sólo atañe a dos partes, Abogado y cliente, sino que se integra en una estructura -la Administración de Justicia- en función de un interés que se identifica con el bien común o interés general y que sobrepasa el de aquéllos⁶²⁴.

La protección del secreto profesional, y particularmente el que vincula al Abogado, halla su fundamento implícito en la propia Norma Constitucional, cuando alude a la necesidad de regulación por ley de los supuestos en que, en aras de su salvaguarda, su titular queda dispensado de la obligación de declarar⁶²⁵; pero, igualmente en el art. 20 c) CE y en la más amplia protección del derecho a la intimidad⁶²⁶ y a la libertad y secreto de las comunicaciones privadas que consagra el artículo 18 del mismo Texto Fundamental⁶²⁷.

⁶²³ En opinión de MARTÍNEZ VAL, "la existencia del secreto profesional es una de las condiciones esenciales *sine qua non* de la existencia y posibilidad de la Abogacía, que no puede ser quebrantada ni aun por exigencias de una ley que, según entiende, sería en esto intrínsecamente injusta. Vid. *Abogacía y Abogados*, Barcelona, 1981, pág. 207.

⁶²⁴ MARTINEZ VAL, JL., "Abogacía y Abogados...", op. cit., pág. 208; en la misma línea de opinión, ARROYO SOTO, A., *El secreto profesional del Abogado y del notario*, México, 1980, pág. 39; LEGA, C., *Deontología de la profesión de Abogado*, (trad. SÁNCHEZ MORÓN), Madrid, 1976, págs. 145 y 148; SOTO NIETO, F., *El secreto profesional del Abogado: deontología y tipicidad penal*, Rev. La Ley, núm. 4429, 2 dic. 1997, pág. 5, y del mismo autor, *Revelación del secreto profesional por Abogado. Consentimiento del cliente*, Diario 4232, de 19 de febrero de 1997, págs. 2019 y 2020.

⁶²⁵ Véase, el art 24.3 *in fine* CE

⁶²⁶ Art. 18.1º CE.

⁶²⁷ El marco de garantías constitucionales relativo al tratamiento del libre ejercicio de esta profesión "titulada y liberal" podría completarse con la referencia contenida en el art. 36 CE. Este precepto, en opinión de PÉREZ ARROYO que no se entiende del todo, es el que "detalla" dicho tratamiento. *La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el derecho penal y procesal penal (II)*, Rev. La Ley, núm. 4988, 9 febrero de 2000, pág. 3.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Como no podría ser de otro modo, al mismo se refiere explícitamente el art. 41 del Estatuto General de la Abogacía (EGA, en adelante) conforme al cual, el Abogado se sitúa en la obligación y el derecho a "no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento que afecten a su cliente, de los que hubiere tenido noticia por el mismo en razón de su ejercicio profesional".

Son muy vagas, sin embargo, las referencias al secreto profesional del Letrado contenidas en la norma procesal que, si bien no llega a declarar abiertamente su inviolabilidad, indirectamente protege la reserva de lo conocido con ocasión de la defensa⁶²⁸.

Ciertamente, el derecho y al propio tiempo deber de todo Abogado de guardar secreto, encuentra su fundamento en el art. 416 de la LECrim que exime a este profesional, junto a otros, de la obligación de prestar declaración acerca de informaciones obtenidas con ocasión del desarrollo de su actividad.

A la vista de lo anterior, puede pronto evidenciarse la intención del legislador de evitar la revelación por el Letrado de todo dato conocido en el regular ejercicio de la profesión⁶²⁹ o que le hubiere sido confiando en la más absoluta confidencialidad, habida cuenta de la importancia que para la eficacia de la defensa representa el factor "confianza" en el marco de la relación que Abogado y cliente mantienen; ésta última, como acertadamente observa MORENO CATENA, requiere como presupuesto la certeza del cliente, avalada y amparada por el mismo ordenamiento jurídico, de que el letrado en quien la deposita no revelará aquello que se le confía.

La ignorancia de esta garantía, qué duda cabe, repercute en perjuicio o expone a mayor riesgo el éxito de la misión del defensor⁶³⁰, y es por ello que debe rotundamente

⁶²⁸ En particular pueden verse los arts. 262, 416. 2 y 464, todos ellos de la LECrim.

⁶²⁹ DE DIEGO DíEZ, L.A., *Prevaricación ("deslealtad profesional") de Abogados y procuradores*, Madrid, 1996, pág. 24.

⁶³⁰ Vid. STC 183/1994, de 20 de junio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

afirmarse la necesidad de preservar la más absoluta reserva en el desarrollo de la comunicación entre el titular de la defensa y aquél que la ejercita en su nombre.

En este sentido, con todo acierto se señalaba desde la Unión Internacional de Abogados -y, concretamente, en el art. 12 de la Carta Internacional de los Derechos de la Defensa redactada en su seno- que "el Letrado que represente a un acusado en un asunto penal debe tener la posibilidad de preparar libre e íntegramente una defensa de acuerdo con las exigencias de la Justicia, de comunicarse libremente con él y de informarle sin estar condicionado (...) y sin ser interceptado en sus comunicaciones en el ejercicio de la defensa".

Por esta razón se expresaba que "a los Abogados deben garantizarse todos los derechos necesarios para el ejercicio efectivo de sus responsabilidades profesionales, y en particular la protección absoluta del carácter confidencial de las relaciones con el cliente: Bajo ninguna circunstancia puede el Abogado ser obligado a revelar las informaciones recibidas de un cliente a título profesional o sus comunicaciones con aquél (...), una protección que se extiende a expedientes y documentos del propio Abogado"⁶³¹.

El sentir mayoritario entre la doctrina parece igualmente la consideración de que determinados secretos "funcionalmente inviolables" en palabras de VELASCO NUÑEZ⁶³², han de quedar excluidos de toda injerencia, siquiera judicial, a no ser que el letrado -por ser éste el profesional que aquí interesa- reúna al propio tiempo la condición de sospechoso de participación en un hecho delictivo; en éste último caso, como bien advierte el autor citado, "la función profesional no precisará de protección y la

⁶³¹ Sobre el particular, puede verse GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Abogacía y Proceso*, Oviedo, 1988, págs. 128 y 129.

⁶³² VELASCO NUÑEZ, E., *Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema*, "Rev. Actualidad Penal", núm. 18, 3-9 de mayo de 1993, marg. 258.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

confidencialidad de la relación, no sólo no será profesional sino que tratará de amparar una actividad delictiva que puede ser sancionada".

La necesidad de preservar esta garantía hace precisa la toma en consideración de determinadas cautelas que, por lo que al interés de nuestro estudio se refiere, han de traducirse en la previsión de excepciones al régimen general, ya de por sí excepcional, al que ha de venir sujeta la aplicación de medidas ciertamente útiles al desarrollo y quizás éxito de las investigaciones, pero consistentes en la injerencia en el derecho a libertad de sus comunicaciones, en detrimento del elemental derecho de defensa al que el ejercicio del anterior sirve de instrumento.

El legislador procesal parece hacer oídos sordos a ésta como a tantas necesidades de tutela, y nada nombra al respecto en los distintos preceptos dedicados a regular la materia relativa a las diligencias de investigación y obtención de pruebas como las mencionadas; ello no hace sino agrandar el enorme vacío legislativo en que permanece esta materia de poderosísima repercusión sobre los más básicos derechos de la persona; sin embargo, de *lege ferenda* se impone la inviolabilidad de las comunicaciones orales o escritas Abogado-cliente y corresponde a la autoridad judicial la adopción de las medidas precisas para evitar escuchas, o cualquier otro modo de intervención en todo estado y grado de la causa.

Como en breve se tratará de evidenciar, sólo en excepcionalísimos supuestos, y por razón de la concurrencia en la persona del Letrado de la condición de imputado, o de copartícipe, encubridor o cómplice en la comisión del delito, podría abrirse paso, aunque estrecho, al levantamiento de la garantía de secreto que, como regla, ha de presidir sus contactos.

Asimismo, aunque sobre esta cuestión se reflexione con detenimiento en páginas posteriores, conviene adelantar que la eventual adopción de medidas de aprehensión o secuestro de cartas o documentos que se hallen en poder del Abogado, ya

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

en su bufete, ya en otro lugar como su domicilio⁶³³, ha de sujetarse a excepcionalísimo régimen -en el extraordinario supuesto en que puedan ser aplicadas- y excluirse terminantemente en aquellos casos en que se trate de objetos relacionados con el ejercicio de la defensa.

En este punto, no puede evitar OSSORIO cuestionarse la admisibilidad del registro de los papeles profesionales de un Abogado, ante el riesgo de ver desaparecer el secreto que ha de protegerse, y siendo consciente de que negar absolutamente esta posibilidad, degradaría y convertiría el despacho profesional en "refugio" del crimen o verdadero santuario para el Abogado.

En opinión que se comparte del autor antes citado, la solución pasa necesariamente por la distinción entre el supuesto en que el mismo Abogado venga acusado de la perpetración de un delito, y en el que parece legítimo el registro en evitación de la impunidad del delito e impotencia de la Justicia, y aquél otro caso en el que el perseguido penalmente no es el Letrado sino su cliente; circunstancia ésta, merced a la cual "el Letrado ha de mostrarse en toda su majestad, e impedir que se resuelvan los papeles de su clientela"; en el decir de este autor, "en ellos está el secreto y la Justicia deberá buscar otros medios de averiguación"⁶³⁴.

⁶³³ La opinión que parece extenderse entre la doctrina es, sin duda que, el principio de la inviolabilidad del secreto profesional obliga a proteger especialmente el bufete o despacho de Abogados, de tal suerte que a los mismos resulte posible la oposición al registro; y, en el excepcional supuesto en que hubiere de ser practicado, se sostiene que el mismo ha de llevarse a cabo en presencia de quienes puedan velar por la salvaguarda de su secreto. GÓMEZ DE LIAÑO, F., "Abogacía y Proceso", op. cit., pág. 115; RIGO VALBONA, JL., *El secreto profesional de Abogados y Procuradores*, Barcelona, 1988, pág. 190 y, en la doctrina germana, en este mismo sentido, véase HAUSER, "Kurzlehrerbuch", op. cit., pág. 202.

En este último punto, debe atenderse a lo dispuesto por el art. 41.2º del EGA, que expresamente se refiere al deber del Decano del Colegio profesional que corresponda, o de quien estatutariamente le sustituya, de personarse en la oficina o despacho de uno de sus miembros que vaya a ser registrado para, como garante del secreto que ha de ser respetado, presenciar la diligencia.

⁶³⁴ OSSORIO, A., *El Alma de la Toga*, Buenos Aires, 1978, págs. 72 y 73.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Así pues, aun en el caso en que fuera legítimamente decidida la injerencia en el desarrollo del conjunto de sus comunicaciones personales, el material obtenido que se relacione directamente con el ejercicio de la defensa y, en consecuencia, venga cubierto por el secreto profesional, habría de entenderse inexistente para el Derecho. Según propone la doctrina, de llegar a aprehenderse, debiera procederse de inmediato a su destrucción al efecto de evitar el conocimiento de su contenido, en última instancia, por el órgano jurisdiccional que ha de decidir el asunto⁶³⁵.

Como en breve se tratará de evidenciar, el secreto profesional del Abogado, por razón de su contenido meramente formal, constituye un límite objetivo a la legítima utilización de la información que se entienda por él cubierto⁶³⁶, de suerte que, su levantamiento no puede sino conducir a lo que doctrinalmente se entiende como prueba ilícita, de imposible valoración o prueba prohibida, generadora de efectos y consecuencias procesales a los que en su momento se atenderá debidamente.

De lo hasta el momento expuesto puede, en definitiva, colegirse que, desde la perspectiva de la persona que ostenta la titularidad del derecho a la defensa, parece configurarse la prohibición de la injerencia de toda autoridad estatal en el desarrollo de las comunicaciones mantenidas con el Abogado defensor, así como de la aprehensión de la correspondencia postal y telegráfica que el imputado al mismo remita o le fuera por él enviada, en garantía del libre y más completo desarrollo por el Letrado de la actividad defensiva.

⁶³⁵ VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias...", op. cit., marg. 259.

⁶³⁶ FERNÁNDEZ ESPINAR, G., *El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal*, Bol. Información del Ministerio de Justicia, núm. 1678, pág. 123 y asimismo en "Rev. Poder Judicial", núm. 32, pág. 27. En este punto, el autor ha llegado a afirmar que, el secreto telefónico "se corporeiza en tanto límite de las intervenciones telefónicas, no por efecto inmediato del secreto formal consagrado en el art. 18.3º CE, sino derivado de las garantías procesales del art. 24.2 CE, desarrollado en normas de derecho positivo tales como la LOPJ, la LECrim, y el EGA".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esto último, en realidad, es un adelanto a la posible conclusión que se obtiene tras examinar en profundidad el que constituye un primer modo de intromisión en el desarrollo de los contactos Abogado-cliente que, para la mayor eficacia y ulterior éxito de la defensa⁶³⁷, habrían de celebrarse de forma absolutamente reservada.

En verdad, lo que comenzaba siendo una búsqueda de concretas garantías al libre ejercicio de la actividad defensiva, ha permitido poner de manifiesto la importancia de garantizar plenamente la inviolabilidad de las comunicaciones que celebran con ocasión de la defensa; es más, la satisfacción de la necesidad de dotar de realidad y efectividad plena al derecho de asistencia y defensa técnica pasa necesariamente por el aseguramiento de la más absoluta confidencialidad de sus contactos directos o telefónicos y de la relación epistolar que mantengan.

Precisamente, la tutela conferida en nuestro ordenamiento al derecho que al imputado asiste a la libertad y secreto de la comunicación con el Letrado encargado de su causa, se convierte en eje central de este estudio en los capítulos que suceden, en los que se trata de averiguar el modo de hacer compatible la necesidad de garantizar a todo imputado el derecho a recibir asistencia y defensa técnica, con aquella otra necesidad que con frecuencia se plantea de introducir limitaciones en el ejercicio del derecho que

⁶³⁷ Ahora bien, junto a esta primera modalidad de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones mantenidas entre el sujeto pasivo del proceso y su Abogado defensor que se acuerda como medio de investigación y de obtención de futuras pruebas, la norma procesal prevé la posibilidad de limitar de forma provisional y con el alcance que más tarde será expuesto, el derecho que a todo imputado preso se reconoce a comunicar de forma libre y secreta con la persona que asume su defensa.

Como en breve podrá constatar, la privación de libertad no es en sí misma obstáculo al ejercicio del mencionado derecho; si bien, éste último puede verse impedido si la prisión que se acuerda como medida cautelar fuera decidida en forma incomunicada. (Véanse los arts. 523, 524 y 527 en relación con los arts. 506 y ss., todos ellos de la LECrim). Asimismo, las comunicaciones del privado de libertad pueden igualmente sufrir limitación en virtud de lo dispuesto en la LOGP, llamada a regir las condiciones de vida en prisión.

Estas medidas, susceptibles de acuerdo en situaciones distintas y al servicio de fines que son también diversos, pueden suponer el menoscabo en mayor o menor grado del fundamental derecho a la asistencia letrada que al mismo ha de garantizarse en todo estado y grado del procedimiento; razón ésta, por la que se ha optado por un examen de las mismas de forma particularizada en los tres capítulos que suceden.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

igualmente le asiste a la libertad y secreto de sus comunicaciones personales, cuando afectan a las que mantiene con el Abogado que ha de prestarla.

El reconocimiento y garantía de esta última facultad de comunicación reservada con el Defensor, como de inmediato se hará notar, es instrumental a la efectividad del más elemental de los derechos procesales, cual es la defensa.

2. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN CON LETRADO COMO INSTRUMENTAL DEL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA TÉCNICA.

Ciertamente, superado un primer estadio que corresponde al nombramiento de Abogado -ya por el propio imputado, ya por la autoridad judicial- es presupuesto elemental a la efectividad del derecho a la asistencia y defensa técnica que el Texto Constitucional consagra, el reconocimiento a su titular de la facultad de sostener con el Letrado comunicación reservada⁶³⁸.

El mantenimiento del contacto entre ambos de forma confidencial, qué duda cabe, posibilita un mutuo intercambio de información entre el imputado -necesitado de asesoramiento y defensa- y su defensor, a quien es imprescindible para, desde un primer momento, articular con eficacia su estrategia.

A nadie escapa que, la falta de consejo que el Abogado -ya sea de confianza, ya sea de oficio- suministra a su patrocinado acerca de la conducta a observar en estos primeros instantes procesales, se traduce en una clara disminución de las posibilidades defensivas, que se opone a la exigencia declarada por el CEDH de otorgamiento a todo

⁶³⁸ BABY, J., *L'intervention du défenseur*, Procedure Pénale, Lyon, 1899, págs. 57 a 59, en torno a los proyectos y definitiva ley francesa de 1897, *De la défense en matière criminelle*. Vid. asimismo UBERTIS, G., "Principi di Procedura Penale europea", op. cit., pág. 50.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

acusado de un delito, del tiempo y de todas las facilidades necesarias para preparar su defensa⁶³⁹.

Este reconocimiento del derecho a comunicar en secreto con el Abogado defensor, en verdad, resulta ser el más elemental de los modos de dotar de realidad y efectividad a dicha garantía; razón, por la que interesa una aproximación a la fórmulas empleadas por el legislador procesal para su tutela; en cualquier caso, este acercamiento al derecho a la libertad de las comunicaciones con Letrado ha de acometerse partiendo de una doble premisa.

En primer término ha de tenerse presente la diferente situación en que puede colocarse a la persona que recibe la imputación según disfrute o no de su libertad de movimientos; ha de diferenciarse, pues, el reconocimiento y posibilidades de disfrute de la mencionada facultad por parte del imputado que conserva su libertad -que preocupa, y no es poco, por razón de la necesidad de asegurar la inviolabilidad del secreto de la comunicación entre ambos- del reconocimiento de ese mismo derecho al sujeto que resulta privado de ella por consecuencia de su sometimiento a una medida cautelar durante el desarrollo del proceso.

Como en breve se tendrá ocasión de constatar, en las situaciones de detención o prisión provisional parece el legislador mostrar cierto interés por preservar la relación del imputado con su Abogado en el exterior, quizás en un intento de compensar el rigor de la medida y las dificultades que de por sí la misma entraña a la mayor eficacia en el desarrollo de la actividad defensiva⁶⁴⁰.

⁶³⁹ Art. 6.3 c) CEDH. Conforme a una interpretación literal del precepto, la garantía habría de ser reconocida a toda persona "acusada" de un delito, sin embargo, parece ajustado entender dicho término igualmente referido al "imputado" por ser la imputación, y no el trámite posterior de la acusación, el momento que marca el nacimiento de la facultad defensiva.

⁶⁴⁰ No extrañará, pues, la mayor atención prestada en este estudio al ejercicio del derecho a la comunicación con el defensor en las situaciones de privación de libertad -tanto con finalidad cautelar, cuanto con fines punitivos- que exigen del legislador un mayor refuerzo de los mecanismos de tutela. Sin embargo, sorprende que paradójicamente sea en este marco donde la relación imputado-defensor

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

El derecho a mantener la comunicación con el Abogado defensor u otros Letrados se reconoce igualmente al sujeto que, abierta la fase de ejecución, se halla en prisión dando cumplimiento a una pena de esta naturaleza. Téngase presente que también éste último, según repetidamente ha declarado el TC, ostenta la titularidad del derecho que nos ocupa, instrumental a aquel otro que igualmente conserva a recibir asistencia y defensa técnica, aun con las especialidades propias de la relación de sujeción que le une a la Administración penitenciaria⁶⁴¹.

La segunda de las premisas de las que se proponía partir viene referida a la afirmación del carácter no absoluto, sino relativo del derecho que se examina, en el sentido de afirmar su limitabilidad; de inmediato se conocerá que, cualquiera que sea el marco en el que opera, el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones personales, incluidas las que se mantienen con el Abogado defensor, admite restricciones en su esfera de ejercicio.

En verdad, el legislador ordinario acompaña el reconocimiento del derecho en las distintas situaciones procesales hasta el momento aludidas, de la posibilidad de excepcionar su disfrute o acordar su limitación ante el surgimiento de necesidades de muy distinta índole que precisan de satisfacción. Como acertadamente señala UBERTIS, la restricción del derecho obedece a la necesidad de evitar "alteraciones del material probatorio o el riesgo de contaminación entre el acusado y sus defensores"; por su directa repercusión sobre el derecho a la asistencia y defensa técnica, dicho límite puede hallar legitimidad en el solo supuesto en que el mismo se dirija a prevenir tales peligros para la adquisición probatoria o para la seguridad pública⁶⁴².

que se establece, pueda verse atacada con más fuerza cuando no resulta realmente impedida. (Véanse a este respecto los artículos 523 y 527 de la LECrim).

⁶⁴¹ Ello hace indispensable una aproximación al modo en que el legislador penitenciario garantiza en este otro ámbito el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones personales que aquí se analiza; cuestión ésta que aparece en el presente capítulo sólo esbozada, pero será más tarde objeto de detenido análisis.

⁶⁴² UBERTIS, G., "Principi di Procedura Penale europea", op. cit., pág. 50.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ciertamente, algo que comienza siendo un mero límite a la inviolabilidad de las comunicaciones personales -como derecho constitucional del más alto rango- cuando, en particular, afecta a las celebradas con el Letrado al objeto de la defensa, se torna en menoscabo de este otro derecho fundamental -el derecho a la asistencia y defensa técnica⁶⁴³- manifestación, a su vez, del más amplio derecho de defensa.

Ante esta realidad, no puede evitarse la duda acerca de la legitimidad de eventuales injerencias, en principio, sobre el derecho a mantener con el defensor comunicación reservada, pero pronto lesivas del más elemental de los derechos procesales; inquietud, que ha llevado a dedicar los capítulos que suceden al análisis detallado de las distintas posibilidades de limitación previstas en nuestro ordenamiento.

Acometer con ciertas garantías de éxito tan ambiciosa tarea hace obligado dedicar estas páginas a sentar ciertas bases y, a modo de apunte, esbozar mínimamente los distintos supuestos en que resulta amenazado el derecho a comunicar con el defensor a lo largo del proceso; con este propósito, y partiendo de la consideración del derecho a la comunicación con el defensor como instrumental al derecho constitucional a la defensa, asimismo interesa un acercamiento a las previsiones contenidas en distintos Textos jurídicos de ámbito supranacional, y especialmente en el CEDH como inexcusable criterio de interpretación de todo derecho, como el que ahora ocupa, consagrado como fundamental de la persona en nuestra Primera Norma.

⁶⁴³ Vid. STEDH de 20 de junio de 1988, (Asunto Schönenberger y Durmaz).

2.1. EL RECONOCIMIENTO Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA LIBRE COMUNICACIÓN CON LETRADO EN EL ÁMBITO DEL CONVENIO Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

En realidad, a diferencia de lo que sucede en algunos otros Textos Internacionales nacidos para la protección de los Derechos Humanos, el Convenio europeo para la salvaguarda de los Derechos Fundamentales y libertades básicas, no es expreso en su garantía del derecho de todo inculcado a comunicar libremente con su Abogado para la preparación de la defensa.

Semejante facultad viene, en cambio, reconocida explícitamente por el art. 14.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁴⁴ -PIDCiPo, en adelante- y a ella se refiere del mismo modo la Resolución (73) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, cuando en el art. 93 de las *Reglas Mínimas para el tratamiento de los detenidos* determina que "un acusado debe, desde su encarcelación, poder escoger (...) y recibir visitas de su Abogado a los efectos de la defensa (...) para preparar y confiarle instrucciones confidenciales y recibirlas" a cuyo efecto, si lo solicita, han de serle ofrecidas el máximo de facilidades.

El mismo instrumento jurídico expresa que, las entrevistas entre el acusado y su Abogado han de poder ser celebradas a solas y no en presencia, directa o indirecta, de la Policía del Establecimiento⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ El precepto es expreso al declarar que "durante el proceso, toda persona acusada de un delito, tendrá derecho en plena igualdad (...) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección". (Art. 14.3 b) PIDCiPo). Pero asimismo su reconocimiento se halla implícito en la letra d) del mismo apartado 3º donde, como garantía mínima, se menciona "el derecho a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección (..)" y, "si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo y siempre que la Justicia lo exija".

⁶⁴⁵ Resulta asimismo interesante examinar la Opinión de la Comisión, contenida en el Informe emitido - con fecha de 12 de julio de 1984- al respecto del Asunto CAN, resuelto por el Tribunal en su sentencia de 30 de septiembre de 1985. VID. BJC 1986, núm. 67, pág. 1307. La misma Comisión afirmaba que,

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ahora bien, la falta de una explícita declaración del derecho a comunicar con el defensor en el primero de los Textos nombrados, en absoluto impide su deducción de las garantías que consagran las letras b) y c) del art. 6.3 del CEDH; preceptos en los que, entre otras garantías instrumentales, al acusado se reconoce el derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa y, en ejercicio de ésta última, el derecho a ser asistido por un defensor de elección, y si no tiene medios para pagarlo, por un Abogado de oficio cuando los intereses de la Justicia lo exijan⁶⁴⁶.

Sin embargo, es el Alto Tribunal como garante y máximo intérprete de las disposiciones que en el mismo se contienen, el que definitivamente ha consagrado la facultad que ha de reconocerse a toda persona vinculada al proceso, de mantener el contacto con su Abogado, a partir de la consolidación de su doctrina acerca de las posibilidades de intromisión en el derecho proclamado en el art. 8º del Convenio; precepto éste que, en términos casi idénticos al art. 18.3º CE⁶⁴⁷, garantiza el respeto a la intimidad personal y familiar, y la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia de toda persona, mediante la proscripción de toda injerencia de una autoridad pública en su ejercicio, salvo en el supuesto en que concurran las excepcionales circunstancias expresadas, con mayor o menor detalle, en el segundo de sus apartados⁶⁴⁸.

según se desprende de lo dispuesto en el art. 3.2 c) del Acuerdo Europeo de las personas que participan ante la Comisión y el TEDH, "para dar respuesta a las necesidades surgidas en un procedimiento, el detenido tiene el derecho a comunicarse con el consejero o asesor -léase, Letrado- encargado de defenderle ante los Tribunales del país en que hubiere sido detenido y de entrevistarse con él sin poder ser oído por cualquier otro".

⁶⁴⁶ Vid. Art. 6.3 b) y c) CEDH.

⁶⁴⁷ Precisamente, esta similitud permite a ASECIO MELLADO afirmar la aplicabilidad casi directa e inmediata del precepto en el ámbito del derecho interno; facilita, si es que no logra evitar del todo, la necesaria armonización de la disposición constitucional señalada. ASECIO MELLADO, JMª., *Los derechos contemplados en el art. 8º del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de fecha 4 de noviembre de 1950*, Valencia, 1998, pág. 143.

⁶⁴⁸ Según expresa el art. 8.2º CEDH, "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En este punto, y a pesar de la obviedad, conviene tener presente que la protección conferida al cuerpo de derechos contenidos en el CEDH, con carácter general, y la del derecho que aquí se trata, en particular, alcanza a todo sujeto con independencia de la eventual situación de privación de libertad en que se halle⁶⁴⁹, por razón de la inherencia del derecho a la propia condición humana.

La Justicia -según el mismo Tribunal ha tenido ocasión de manifestar- "no puede detenerse a la puerta de las cárceles⁶⁵⁰ y nada autoriza, en los casos correspondientes, a que se deje a los presos sin la protección que el art. 6 del Convenio le confiere". Es por ello que, aun cuando hayan de admitirse mayores posibilidades de límite a la esfera de derechos del interno condenado⁶⁵¹, éste último -y con mayor motivo el provisionalmente preso a quien ha de presumirse inocente- debe ver preservada la libertad de sus comunicaciones.

Lo cierto es que por algún tiempo el Tribunal -al igual que ya antes la Comisión- mostró sus reticencias a entender violado el derecho a la libertad de comunicaciones del interno, por entender la limitación de esta garantía inherente a la propia privación de libertad; sólo más tarde, concretamente a partir de la resolución emitida con ocasión del asunto *GOLDER*⁶⁵², queda plenamente reconocida a la persona

⁶⁴⁹ Este es, sin duda, el sentido de la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal europeo desde su sentencia de 21 de febrero de 1975, "Caso *GOLDER*", a la que han seguido, entre otras, las SsTDH de 27 de abril de 1988, "asunto *BOYLE Y RICE*", de 20 de junio de 1988, "caso *SCHÖNENBERGER Y DURMAZ*", de 28 de junio de 1984, "asunto *CAMPBELL y FELL*", de 30 de agosto de 1980 "caso *McALLUM*", de 30 de septiembre de 1985 "asunto *CAN*", de 8 de junio de 1976, "caso *ENGEL*". Muestra de la especial consideración que, a juicio del TEDH, merece la relación con el defensor, es el reconocimiento al interno del derecho a recibir en prisión las visitas del Letrado, incluso en el supuesto en que se halle sometido a aislamiento. (Caso *BONZI*).

⁶⁵⁰ Vid. STEDH de 28 de junio de 1984 (Caso *CAMPBELL y FELL*) y asimismo, las SsTEDH de 8 de junio de 1976 (asunto *ENGEL* y otros) y la de 25 de mayo de 1983 (Asunto *SILVER*).

⁶⁵¹ En este sentido se expresaba en su sentencia de 21 de febrero de 1975 en el asunto *GOLDER* (Vid. BJC 1983-25, pág. 601) y, en la misma línea, en sus SsTEDH de 27 de abril de 1988, "caso *BOYLE y RICE*", y de 20 de junio de 1988, "caso *SCHÖNENBERGER y DURMAZ*" (BJC 1990-105, pág. 200).

⁶⁵² STEDH de 21 de febrero de 1975.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

la titularidad del derecho al respeto de la libertad y secreto de sus comunicaciones en prisión.

Sin embargo, con la misma fuerza con que se afirmaba que todo individuo resulta merecedor del respeto del derecho a su intimidad y la libertad de su "correspondencia" ha de convenirse en que, en atención a la entidad de los intereses que se debaten, resulta preciso acompañar de férreas garantías el desarrollo de las comunicaciones que el privado de libertad precisa mantener con Abogados, en general, y con aquél a quien encomienda su defensa, en particular.

No son pocas, sin embargo, las ocasiones en que, aun reconociendo la singular naturaleza de estos contactos⁶⁵³, el Tribunal ha constatado el desconocimiento por la legislación o los órganos judiciales internos, del derecho que ha de garantizarse a mantener con dicho profesional comunicación reservada, y en las que ha declarado la ilegitimidad de injerencias estatales en su desarrollo por entenderlas lesivas de los derechos que consagran los arts. 8º y 6º del Convenio⁶⁵⁴.

La misma Comisión ha sido explícita al considerar dicha facultad merecedora de protección privilegiada; como acertadamente precisaba, la posibilidad para el acusado de entrevistarse con su Abogado es un elemento esencial para la preparación de su

⁶⁵³ En efecto, considera el Tribunal -y así lo expresaba en su resolución emitida con ocasión del caso Silver- que la correspondencia con letrado es de naturaleza privilegiada y, por ende, intransferible en principio"; opinión que asimismo ha expresado en los Asuntos CAMPBELL y FELL (STEDH de 28 de junio de 1984), Asunto KOPP (STEDH de 25 de marzo de 1998), caso HALFORD (STEDH de 25 de junio de 1997), y en el asunto KÖCHER y MÖLLER v/ Switzerland, de 16 de diciembre de 1982. En la misma línea, véase la opinión de la Comisión, en su informe de 15 de diciembre de 1988, emitido con ocasión del asunto GRACE v/UK, o CHESTER v/UK núm. 12395/86.

En disonancia con el criterio mayoritario de los miembros del Tribunal que hubo de conocer del Caso SILVER, resuelto por STEDH de 25 de marzo de 1983, el Sr. ROZAKIS en su voto particular formulado al fallo consideró que, aunque sea aceptable la proposición de que el Estado y la sociedad tienen interés en controlar la correspondencia, "esos intereses nunca pueden verse satisfechos con el sacrificio de los Derechos Humanos".

⁶⁵⁴ En efecto, como se adelantaba y en breve se tendrá ocasión de constatar, si al impedir al inculpado la libre correspondencia se viera afectado el derecho a mantener esta comunicación con el Abogado defensor, se produce la lesión del derecho que consagra el art. 6.1º CEDH. Sobre el particular, véase la STEDH de 20 de junio de 1988, (Asunto Schönenberger y Durmaz).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

defensa, pero, ello no implica que las facultades de intercambio de información e instrucciones confidenciales no pueda admitir restricciones⁶⁵⁵.

Por su parte, el TEDH es consciente de la imposibilidad de concebir que un Abogado pueda prestar su asistencia en el sentido del art. 6. 3º c) CEDH sin consultas previas entre ellos⁶⁵⁶ que resultan indispensables a la efectividad del fundamental derecho de defensa.

Puede afirmarse, en consecuencia, que la comunicación imputado-defensor ha de celebrarse sin sujeción a control o vigilancia alguna⁶⁵⁷, por cuanto el Letrado difícilmente podrá desempeñar convenientemente sus tareas si no puede entrevistarse sin testigos con su cliente⁶⁵⁸; téngase presente que de las distintas funciones que a éste último se encomiendan, alguna de ellas podría verse obstaculizada de no posibilitarse el contacto sin la presencia de funcionarios.

No puede sorprender, pues, que en buen número de sus decisiones, el Tribunal de Estrasburgo de muestras de un claro interés por asegurar la protección del secreto de la relación profesional que les une⁶⁵⁹ e inste a reforzar la garantía de "no injerencia" en el

⁶⁵⁵ En efecto, según manifiesta la Comisión en su Informe de 12 de julio de 1984, en principio "no es incompatible con el derecho a la asistencia efectiva de un Abogado que garantiza el art. 6.3 c) del Convenio, el someter los contactos entre el Abogado y el acusado al control del Tribunal", sin embargo, ello "no significa que el derecho a comunicarse libremente con el Abogado deba reconocerse en cualquier circunstancia y sin excepción; pero, toda restricción a la regla general debe estar justificada por las peculiares circunstancias del caso". Véase, BJC 1986-67, pág. 1308.

⁶⁵⁶ Vid. STEDH de 30 de septiembre de 1985, Asunto CAN.

⁶⁵⁷ Asunto KRÖCHER y MÖLLER c/Switzerland, de 16 de diciembre de 1982; y en la misma línea, véanse las SsTEDH de 25 de marzo de 1998 (asunto KOPP); de 25 de junio de 1997 (caso HALFORD); de 30 de septiembre de 1985 (asunto CAN); de 21 de febrero de 1975 (caso GOLDER) y de 8 de junio de 1976 (caso ENGEL).

⁶⁵⁸ En el Informe redactado por la Comisión respecto del asunto CAN (STEDH 30 de septiembre de 1985), y tras precisar la misión que al letrado se encomienda, se afirma que alguna de las funciones que al mismo corresponden podrían verse obstaculizadas si el mismo no pudiera entrevistarse con su cliente más que en presencia de un Abogado del Tribunal.

⁶⁵⁹ Entre otras muchas puede verse la resolución emitida en el asunto KOPP de 1998, en el que declaraba que, "las llamadas telefónicas provenientes o con destino a locales profesionales, como es el caso de un gabinete de Abogados, se encuentra bajo la protección del Convenio; ello, en el intento de proteger la confidencialidad de las correspondencia telefónica como medio de dotar de protección a las relaciones profesionales de un Abogado y sus clientes". Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en las

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

desarrollo de una comunicación, bien directa a través de posibles contactos en prisión previa autorización de visitas del Letrado en el Centro penitenciario, bien a través de la mutua "correspondencia"; noción ésta, en la que incluye junto a la postal y telegráfica, la comunicación practicada vía telefónica⁶⁶⁰.

Es más, según el mismo Tribunal ha manifestado⁶⁶¹, el derecho al respeto de la correspondencia cobra particular importancia en el ámbito carcelario, en el que un asesor jurídico puede tener dificultades para visitar a su cliente por razón, quizás, de la lejanía del Establecimiento. De ahí que se sostenga que, la lectura del correo de un detenido con destino o proveniente de un Abogado, no debiera autorizarse más que en casos excepcionales⁶⁶², siempre en el intento de preservar la confidencialidad de las relaciones Abogado-cliente⁶⁶³.

En cualquier caso, es incuestionable que la imposibilidad de comunicación con letrado, o su práctica en ausencia de libertad o secreto, si en particular afecta a la que ha de mantenerse con el letrado, se traduce en inobservancia y efectivo menoscabo de la garantía de asistencia letrada y defensa técnica consagrada en el art. 6.3 del Convenio⁶⁶⁴; garantía ésta que, según el Tribunal ha declarado con frecuencia, forma parte del

sentencias emitidas con ocasión de la resolución de los casos HALFORD (STEDH de 25 de junio de 1997) y DOMENICHINI (STEDH de 15 de noviembre de 1996).

⁶⁶⁰ Vid. STEDH de 21 de febrero de 1975, "caso GOLDBER".

⁶⁶¹ Vid. la STEDH de 20 de marzo de 1992, "Asunto CAMPBELL v/ RU".

⁶⁶² se tratará después, pero puede adelantarse que, solo si las autoridades tuvieran base para creer en la existencia de un privilegio en cuanto el contenido de la carta amenace la seguridad del establecimiento o de terceros, o revista un carácter delictivo de una manera distinta. La "plausibilidad" de los motivos -según precisaba el TEDH en el asunto CAMPBELL (STEDH de 20 de marzo de 1992)- dependerá del conjunto de circunstancias que rodeen el caso, aunque presupone la concurrencia de "hechos adecuados", o bastantes, para persuadir a un observador objetivo de que se está abusando de una vía privilegiada de comunicación.

⁶⁶³ Del todo ilustrativo resulta al respecto la STEDH de 28 de junio de 1984, emitida en el asunto CAMPBELL Y FELL.

⁶⁶⁴ En su sentencia de 28 de junio de 1984, y en la misma línea del Informe previo emitido por la Comisión, el TEDH entendió incumplidas las exigencias del Convenio, toda vez que el demandante no tuvo ocasión de disfrutar del asesoramiento del Letrado con carácter previo al procedimiento que en su contra hubo de seguirse, ni de la representación por el mismo ante el Tribunal.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

concepto genérico de proceso justo referido en el primero de los apartados de aquél precepto⁶⁶⁵.

Ello, sin embargo, no ha sido llevado por el Tribunal al límite de considerar que el derecho a entrevistarse libremente con el Abogado deba reconocerse en todas las circunstancias y sin excepción; según el mismo ha manifestado, aun cuando se reconoce esencial a la defensa, puede éste ser objeto de restricción siempre que se justifique en la peculiaridad de las circunstancias concurrentes en el caso concreto⁶⁶⁶.

2.2. EL RECONOCIMIENTO Y POSIBILIDADES DE LIMITACIÓN DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Esta primera aproximación al derecho del imputado a mantener comunicación reservada con su Abogado defensor pretende, como fin inmediato, la puesta de manifiesto de una doble realidad.

De un lado, interesa dar idea de su inmediato reconocimiento a la persona que recibe la imputación y queda, en consecuencia, vinculada al proceso, con independencia de la situación de privación de libertad en que pudiera hallarse por razón de su sometimiento a una medida cautelar.

De otro lado, es preciso evidenciar la posibilidad, aunque excepcional, de introducir ciertos límites en la esfera de ejercicio del derecho, ante el surgimiento de

⁶⁶⁵ En efecto, según ha constatado ALMELA VICH, el TEDH entiende que las garantías concretas y específicas del art. 6.3 CDEH se incardinan en el concepto genérico de "proceso justo y equitativo" al que se refiere el apartado primero de ese mismo precepto. Vid. *Los derechos del acusado reconocidos en el art. 6.3º del Convenio y el Proceso penal español*, en "Seminario sobre jurisprudencia del TEDH", op. cit., pág. 81. En este sentido, en particular, se pronunciaba el Tribunal en su sentencia de 21 de febrero de 1980, "asunto DEWER" y asimismo, en la STEDH de 28 de marzo de 1990, "caso GRANGER", de 20 de noviembre de 1989, "asunto KOSTOVSKI" y en la STEDH de 25 de mayo de 1983, "caso SILVER".

⁶⁶⁶ En el sentido de entender violado el art. 6.3 c) CEDH por consecuencia de la negativa a autorizar al demandante a comunicarse con su Abogado sin estar sujeto a vigilancia, se ha pronunciado el Alto Tribunal en su STEDH de 28 de junio de 1984 "asunto CAMPBELL Y FELL". Vid. BJC 1986-67, págs. 1308 y 1309.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

necesidades de diversa índole en los momentos iniciales del proceso, y a lo largo de su desarrollo hasta su finalización por sentencia, e incluso, con posterioridad a ella.

Si se tiene presente que, en este juego de garantías y límites se hallan involucrados derechos que, por su inherencia a la condición humana, se reconocen como fundamentales de la persona, el primero de los puntos de atención no puede ser otro que las previsiones que al respecto se contienen en el Texto Constitucional, para atender más tarde a las que en su desarrollo incluye la LECrim y, por razones que pueden sospecharse y de inmediato podrán constatarse, la Ley General Penitenciaria y su Reglamento.

En efecto, con rango de fundamental se reconoce a toda persona el derecho a la inviolabilidad de sus comunicaciones privadas, de no mediar orden en contrario de la autoridad judicial⁶⁶⁷. Una amplia referencia al conjunto de comunicaciones personales que, en apariencia, incluye las celebradas con el profesional de la Abogacía⁶⁶⁸.

Ahora bien, la garantía que a todo inculcado ha de asegurarse de mantener comunicación reservada con la persona que asume el ejercicio de su defensa, se halla implícita en los artículos 24.2º y 17.3º del mismo Texto CE -este último, especialmente referido a la persona privada de libertad- en los que se consagra el derecho a la asistencia letrada y defensa técnica que al mismo corresponde y para cuya efectividad resulta ser presupuesto básico el derecho al contacto con el Abogado defensor.

Asimismo, debe tenerse presente que la titularidad del derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones, y en especial con Letrado, asiste igualmente al ciudadano que se halla dando cumplimiento en prisión a la pena impuesta por sentencia. El marco de protección del derecho que al penado asiste a comunicar reservadamente con el

⁶⁶⁷ Vid. Art. 18.3º CE.

⁶⁶⁸ Según tenor literal del precepto "se garantiza el respeto de las comunicaciones privadas, y en especial las postales y telegráficas salvo resolución judicial".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

profesional de la Abogacía, sea o no su defensor, viene delimitado por lo que dispone el art. 25.2º CE, encargado del diseño del singular estatuto jurídico que al mismo ha de garantizarse.

Pero, como de inmediato se tendrá ocasión de constatar, este cuerpo de derechos constitucionales afectados, en principio inmunes a toda injerencia por razón de su consideración como fundamentales de la persona, en determinados supuestos y previa observancia inexcusable de estrictas garantías, resultan susceptibles de limitación.

En ciertas ocasiones el mismo Texto Constitucional abre paso a la posibilidad de limitar su ejercicio; en otras, y este parece ser el caso del derecho al que alcanza la limitación del art. 18.3º CE, el límite se resuelve tras una ponderada valoración de los intereses enfrentados a la que, en primer término, viene obligado el legislador ordinario.

A nadie se le escapa el duro conflicto en que se hallan, de un lado, el interés público en el perfecto desarrollo y eficacia de la investigación criminal, la persecución del delito, en definitiva, y de otro, la necesidad de garantizar al imputado las más amplias posibilidades de defensa en orden a la salvaguarda de su libertad personal; intereses que, como bien expresa la Exposición de Motivos de la LECrim, han de armonizarse y alcanzar en el proceso un punto de encuentro.

La consecución de este objetivo, impone el arbitrio de mecanismos que posibiliten la satisfacción del interés preponderante en atención a las circunstancias del caso concreto, con el menor coste para el derecho que haya de ceder y se vea limitado. De ahí, que resulte de máximo interés averiguar si en desarrollo del derecho y en uso de la potestad limitar su ejercicio, el legislador actúa ajustado a las exigencias que acaban de mencionarse y consigue, aun en esas circunstancias, el que parece más alto empeño de garantizar el perfecto desarrollo de la actividad defensiva.

A la vista de lo hasta ahora expuesto, parece conveniente una aproximación al derecho a la libre comunicación con el defensor partiendo de la distinción entre la

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

situación de libertad y el *status detentionis* del sujeto afectado con atención, en consecuencia, al diferente marco jurídico en el que habría de encuadrarse la limitación en uno u otro supuesto; asimismo se ha de tener presente el doble sentido en que puede dirigirse la limitación del derecho, esto es, impedir la comunicación misma con el Letrado, o permitir su celebración pero no en condiciones de absoluta reserva.

Como de inmediato se conocerá, el levantamiento del secreto que habría de presidir el desarrollo de los contactos con el defensor, es resultado de la aplicación de medidas arbitradas por el art. 579 LECrim, susceptibles de acuerdo frente a todo imputado con independencia de que se halle en libertad o sin ella y orientadas a los fines de investigación u obtención de futuras pruebas.

El segundo de los límites, en cambio, alude a ciertas restricciones que operan sobre la facultad de comunicar con distintas personas -de entre las cuales, no parece excluirse a su defensor- cuando el imputado es sometido a detención o prisión provisional en forma "incomunicada"; es más, durante el tiempo en que sea mantenido en esta situación, el detenido o preso puede incluso ver impedida la relación con su defensor⁶⁶⁹.

Uno y otro de los modos de afectar el pleno disfrute del derecho operan en el marco de la investigación e instrucción criminal e, inevitablemente, repercuten sobre la garantía de su perfecto desarrollo y éxito. Pero, junto a este primer origen de posibles injerencias sobre el desarrollo de la libre comunicación Abogado-cliente, parece detectarse un tercer frente del que procede el ataque a este derecho instrumental a la asistencia y defensa técnica.

Este otro, al que se aludía en páginas precedentes, afecta al privado de libertad, ya con finalidad cautelar, ya con fines punitivos y es consecuencia de lo dispuesto en la

⁶⁶⁹ Véanse, en particular, los arts. 523 y 527 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

LOGP y su Reglamento al respecto de las comunicaciones y visitas que autoriza a todo interno mantener; comunicaciones que, según expresa la primera de las normas citadas, pueden ser suspendidas o intervenidas ante la concurrencia de los presupuestos y con la observancia de las garantías en ella exigidas⁶⁷⁰.

3. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS COMO DERECHO CONSTITUCIONAL DEL MÁS ALTO RANGO.

El derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones que se anunciaba como instrumental al derecho de defensa, forma parte junto a este último del cuerpo de garantías que la Norma Constitucional reconoce como Derechos Fundamentales de la persona; derechos, que ostentan el más alto rango del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, reciben del mismo protección privilegiada⁶⁷¹.

Conocida, sin embargo, la posibilidad -en determinados supuestos y condiciones que en breve se señalarán- de excepcionar su garantía, interesa especialmente al objeto de nuestra investigación, atender con cierto detenimiento a los distintos límites a los que el legislador ordinario viene sujeto en esa actividad de desarrollo del derecho; a este respecto, conviene tener en cuenta distintas consideraciones.

⁶⁷⁰ Vid. Art. 51 LOGP.

⁶⁷¹ Como bien advierte PACE, el "reconocimiento" constitucional de un determinado derecho implica una sola consecuencia jurídica", no puede ser vulnerado por el legislador ordinario". Según expone el autor, "caracteres como la indisponibilidad, intransmisibilidad, irrenunciabilidad derivan de su calificación como derecho fundamental de la persona, y no de su reconocimiento constitucional"; así pues, la tutela privilegiada que se confiere a determinados derechos constitucionales "deriva de que éstos posean una estructura de derecho absoluto o sólo relativo, que implique un "non facere" privado por parte del Estado". Vid. *La heterogénea estructura de los derechos constitucionales*, "Cuadernos de Derecho Público", 1998, núm. 3, pág. 20.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

De una parte, no puede negarse -a la vista de lo expresado pro el art. 96.1º de nuestra Norma Fundamental- la imperatividad de los dictados que se contienen en el CEDH, como parte del ordenamiento jurídico interno, y su valor como parámetro en la interpretación de los Derechos Fundamentales y libertades básicas que la misma reconoce⁶⁷², merced a lo dispuesto por el art. 10.2º del Texto Constitucional español⁶⁷³.

Pero asimismo, y como no podría ser de otro modo, se hace precisa la observancia de las exigencias y garantías impuestas al legislador ordinario por el propio Texto Constitucional y cuya observancia determina la legitimidad de cualquiera de los límites que éste pretenda introducir en el ejercicio del derecho en cuestión.

Así las cosas, se hace preciso examinar con todo rigor el conjunto de exigencias que se imponen y ha de observar el legislador en su arbitrio de medidas procesales que suponen, no tanto injerencia en la esfera del derecho fundamental consagrado por el art. 18.3º CE, cuanto sobre el derecho de defensa que, con idéntico rango, proclama el art. 24.2º del mismo Texto, cuando se trata de comunicaciones privadas con el defensor.

3.1. LA SIGNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO.

Consagrado en el art. 18.3º CE, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas representa una singular plasmación de los principios de

⁶⁷² Como con acierto señala ASENCIO MELLADO, aun cuando no produce efectos directos en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos, no puede ponerse en duda la operatividad y el valor de la jurisprudencia del alto TEDH a los efectos de la interpretación de los Derechos Fundamentales. Vid. "Los derechos contemplados en el art. 8º del convenio ...", en "Seminario sobre jurisprudencia del TEDH", op. cit., págs. 139 y 140.

⁶⁷³ En cuanto a la obligación para los Estados miembros del Convenio de vinculación a las decisiones del TEDH ha de atenderse a lo expresado por el art. 53 Convenio, según el cual "las Altas Partes contratantes, se comprometen a conformarse con las decisiones del Tribunal en los litigios de los que sean parte". Sobre el particular, véanse las SsTC 157/1993 y 240/1993.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad declarados por el art. 10.1º del mismo Texto, como "fundamentos del orden político y de la paz social"⁶⁷⁴.

En verdad, un acercamiento en profundidad a este, como a todo derecho constitucional del mismo rango, revela su doble vertiente -la que se conoce como "doble faz" de los Derechos Fundamentales⁶⁷⁵- individual, de un lado, en el sentido de garantizar a su titular el disfrute de un auténtico derecho subjetivo, y un aspecto objetivo, que da idea de una mayor dimensión en tanto el mismo se convierte en fundamento básico del Estado democrático.

Ciertamente, lejos de agotarse en ella, los derechos fundamentales mutan su condición de meros derechos de carácter subjetivo-público, para adquirir la superior de principios o valores que sirven de base y resultan informadores del ordenamiento jurídico en su conjunto⁶⁷⁶; principios, que en opinión de la doctrina constituyen "un canon privilegiado de interpretación" y son directriz inspiradora de la acción de los poderes públicos⁶⁷⁷.

En este sentido, es más cierta la afirmación de JIMÉNEZ CAMPO⁶⁷⁸ de que, el sistema de derechos fundamentales no es sino "la manera en que el ordenamiento jurídico regula el obrar del Estado, respecto de determinados bienes".

⁶⁷⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional del secreto ...", op. cit., pág. 7. En el mismo sentido, MORENO CATENA, V., "Garantía de los Derechos Fundamentales ...", op. cit., pág. 155.

⁶⁷⁵ Expresión ésta de la que se sirve DE HOYOS -acuñada por HESSE y HÄBERLE- para señalar que la vertiente institucional del Derecho Fundamental se manifiesta, desde un punto de vista positivo, en la exigencia de garantizar su vigencia efectiva y plasmación en el ordenamiento con fuerza vinculante; la manifestación del mismo en sentido negativo supone, en cambio, la imposibilidad para los poderes públicos, muy particularmente en su actividad legislativa, de invadir la esfera del derecho y desfigurar su contenido esencial. Vid. DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, 1998, pág. 20.

⁶⁷⁶ DE HOYOS SANCHO, M., "La detención por delito", op. cit., págs. 31 y 32.

⁶⁷⁷ DE HOYOS SANCHO, M., "La detención por delito", op. cit., pág. 38.

⁶⁷⁸ "La garantía constitucional de la defensa ...", op. cit., pág. 5.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A la vista queda, pues, lo delicado de la cuestión relativa a la posible introducción en el ordenamiento constitucional que corresponde a un Estado que se precia de Democrático y de Derecho, de límites en el sistema de derechos y libertades que constituyen su propia razón de ser; ello, ante la necesidad estatal de dar satisfacción a la doble exigencia de orden público y seguridad ciudadana, complementarias, como sucede en el seno del proceso penal para dar cumplida satisfacción a sus fines más inmediatos y remotos.

En efecto, concebido como instrumento al servicio de la realización del *ius puniendi estatal* como fin esencial, pero no único⁶⁷⁹, el proceso penal se convierte en terreno abonado a la introducción de restricciones en los más elementales derechos de la persona, a partir de la aplicación de medidas que han de resultar útiles a la investigación y, en su caso, conducir al castigo del culpable para una plena satisfacción de la Justicia penal⁶⁸⁰.

La necesidad de tutelar los bienes jurídicos que las normas penales protegen y, de este modo, la satisfacción del interés público en la persecución del delito que se opone y prevalece al interés privado en la más amplia protección de los derechos individuales, hace precisa la injerencia de los órganos estatales -a quienes corresponde la satisfacción de ambos- en la esfera jurídica del ciudadano⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ GÓMEZ ORBANEJA, E., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 1; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1990, pág. 243.

⁶⁸⁰ ETXEBERRIA GURIDI, JF., *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, Madrid, 1998, pág. 19.

⁶⁸¹ Sin embargo, según advierte GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, no solo mueve a los órganos estatales a introducir restricciones en la esfera de los Derechos Fundamentales en el seno del proceso, el interés en la persecución del delito y castigo del culpable; también otros, como el interés en la protección misma de los derechos fundamentales o en la tutela de otros bienes o constitucionalmente protegibles, e incluso, el interés en el correcto desarrollo del proceso y adecuado funcionamiento de las instituciones procesales son, a su juicio, motivos en los que puede hallar justificación la limitación en el proceso penal de un derecho considerado fundamental y del más alto rango. Vid. "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., págs. 245 a 247.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ahora bien, en esa relación de permanente tensión entre uno y otro de los intereses enfrentados ha de hallarse un punto de encuentro que, precisamente, viene marcado por los derechos fundamentales y libertades básicas que constitucionalmente se consagran⁶⁸². La limitación del derecho fundamental, y más concretamente, las medidas procesales que entrañan la intromisión en la esfera de ejercicio del derecho a comunicar libremente, en especial con el defensor, entran en conflicto con la necesidad de preservar el *ius libertatis* individual, de suerte que, para su aplicación se impone una ponderación de aquel interés público en la investigación y castigo del delito y el interés privado en la preservación del máximo grado de eficacia de las garantías constitucionales⁶⁸³.

Como con acierto señalara RUIZ VADILLO, "los derechos y libertades de la persona representan una conquista irreversible de la Humanidad"; sin embargo, a ese máximo en el reconocimiento de Derechos y libertades ha de acompañar -de modo secundario pero siempre armónicamente- el *favor societatis*, toda vez que sólo "una perfecta compenetración entre ambos permite a los ordenamientos un desarrollo integral en el plano de la Justicia"⁶⁸⁴.

⁶⁸² Vid. ASENCIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 77. El autor se hace eco de las palabras del mismo TC cuando señala en su STC 114/1984, de 29 de noviembre que, el mencionado interés particular "puede ceder ante el general -o exigencia de obtención de la verdad- cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos que traen su causa directa de la primera norma del ordenamiento; en tal supuesto, puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos (...)"

⁶⁸³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., pág. 244.

⁶⁸⁴ RUIZ VADILLO, E., *Constitución y enjuiciamiento criminal*, en "Estudios de Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 379. El autor recuerda las palabras del italiano VASALLI al manifestar que "el proceso penal debe asegurar el castigo del culpable y la tutela de la sociedad y de los individuos, mediante la ejecución de lo previsto en las leyes penales sustantivas".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

3.2. EN TORNO A LA LIMITABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL CARÁCTER NO ABSOLUTO DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

Es errónea, en opinión de BARILE⁶⁸⁵, la idea según la cual "los derechos nacen, por su propia naturaleza, limitados"; a su juicio, lo hacen tal y como los configura el derecho positivo, viniendo sólo sometidos a los límites que la Constitución introduce mientras los diseña o los que pudieran derivar de una norma distinta que, por afirmar principios diversos, restrinjan en cualquier modo el derecho.

Conforme a su teoría, mientras los límites particulares que la norma constitucional incorpora en la creación de una determinada libertad, recortan de forma automática el derecho que nace, los límites generales procedentes de otras normas constitucionales que protegen bienes o intereses distintos de aquellos tutelados por la libertad en cuestión, han de operar únicamente cuando, como resultado de un juicio comparativo, resulte su prevalencia sobre las situaciones que nacen de la libertad misma.

Ahora bien, si se tiene presente que se trata de derechos que han de recocerse a toda persona por esa sola condición, no puede evitarse la duda acerca de la existencia o no de derechos inviolables, como derechos superpositivos que vinculan al propio constituyente y, en consecuencia, impiden toda reducción de su esfera en el precepto que los contiene⁶⁸⁶.

En respuesta a este interrogante, parece convenirse que la inalterabilidad del derecho que se afirma viene referida al núcleo esencial de esos mismos derechos o

⁶⁸⁵ *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pág. 41.

⁶⁸⁶ Alude, en realidad BARILE a una inviolabilidad que se exigiría no ya del legislador ordinario, esto es, una afirmación de la imposibilidad para éste último de violentarlos sometiéndolos a limitación, habida cuenta de que la propia rigidez de la Constitución ya impide al mismo violar cualquiera de sus preceptos. Consistiría, ciertamente, en afirmar que, por ser considerados los más esenciales de todos los derechos, han de resultar inviolables también para el legislador constitucional. Vid. "Diritti dell'uomo ...", op. cit., págs. 43 a 54.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

libertades, de suerte que una eventual modificación únicamente puede afectar al modo de su ejercicio. Todo límite que alcance y suponga una restricción esencial de su contenido, hace quebrar el sistema de garantías y libertades propias del Estado de Derecho.

En consonancia a lo anterior puede afirmarse que los derechos que la Norma Constitucional reconoce como fundamentales de la persona son, en principio, inviolables y, en verdad, la expresa mención de esta cualidad en el reconocimiento de alguno de ellos resulta redundante o superflua por cuanto todos ellos resultan merecedores de tutela constitucional.

Sucede, sin embargo, que la garantía conferida a alguno de ellos opera de una forma más atenuada, de suerte que no todos los derechos que reconoce la Suprema Norma Suprema del ordenamiento son igualmente inviolables; antes al contrario, se observan diferencias en cuanto al margen de discrecionalidad reservado al legislador en su formulación o delimitación.

Entender como derechos del más alto rango y ofrecer la máxima protección a aquellos que se anuncian como fundamentales no implica, pues, hablar de ellos como absolutos, esto es, intangibles e inmunes a toda restricción. En opinión que parece extendida en la doctrina "todos ellos son susceptibles en ciertas condiciones y fragmentariamente de limitación"⁶⁸⁷. Siguiendo a PASTOR BORGONÓN⁶⁸⁸ puede hablarse, en realidad, de la existencia de una doble categoría de derechos fundamentales.

De un lado, se hallan aquellos que califica de "absolutos" por su reconocimiento en la Norma Constitucional sin sujeción a límite alguno y por recibir del legislador ordinario la máxima protección, hasta el punto de impedir la posibilidad

⁶⁸⁷ ASECIO MELLADO, JM^a, "Prueba prohibida y prueba ...", op. cit., pág. 80.

⁶⁸⁸ *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, "Rev. Justicia", 1986, núm. 2, págs. 349 y 351.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de disposición por su titular; de otro lado, se habla de derechos "relativos" por razón de su configuración en el mismo texto normativo, a partir de la introducción de restricciones en su esfera de ejercicio.

En éstos últimos, y no así en los anteriores, la disponibilidad del derecho por el individuo resulta esencial en lo que a la delimitación de su contenido se refiere; el derecho admite ser limitado, siempre por ley y de forma expresa, en el supuesto en que hayan de ceder ante un interés distinto con el que colisionan y que resulta preponderante.

A este último esquema, precisamente, responde la estructura del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones privadas que consagra la Constitución española y que permite limitar previa observancia de una suma de garantías sólo en parte detalladas por la misma norma⁶⁸⁹.

En ocasiones, en efecto, la Primera Norma del ordenamiento declara abiertamente la posible limitación de un derecho fundamental; en otras, este posible límite se contiene en ella implícitamente y emerge sólo ante la necesidad de preservar otros derechos que igualmente proclama u otros bienes merecedores de idéntica tutela⁶⁹⁰. La Constitución, según ha declarado su máximo intérprete, "no impide proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de Derechos Fundamentales, ya de bienes o valores que gozan de protección constitucional"⁶⁹¹.

Los derechos constitucionales, en verdad, constituyen un conjunto o sistema de garantías interrelacionadas, de suerte que, el ejercicio de cada uno de ellos ha de ser armonizado con la tutela que a otros corresponde otorgar; y, como valores

⁶⁸⁹ Nótese que, tras declarar como regla la inviolabilidad de la correspondencia, postal o telegráfica y de las comunicaciones telefónicas, el legislador constituyente permite su excepción de mediar orden de la autoridad judicial en ese sentido. Vid. Art. 18.3º CE.

⁶⁹⁰ Vid. STC 11/1981, de 8 de abril.

⁶⁹¹ STC 196/1987, de 19 de julio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

constitucionales, han de admitir restricciones de su ámbito de protección, a fin de obtener una concordancia práctica con otros bienes o derechos.

De ahí la dificultad de considerar la existencia de Derechos absolutos en el sentido de afirmar su inmunidad frente a todo límite⁶⁹²; lo cierto es que, incluso aquellos respecto de los cuales no se preve de modo expreso posibilidad alguna de limitación "son susceptibles de padecerla, en ciertas condiciones y fragmentariamente"⁶⁹³.

Pero, si cierto es que no puede hablarse de derechos fundamentales ilimitables, no lo es menos que la nota de absolutividad tampoco puede predicarse de los límites susceptibles de afectarlos. Estos últimos, en realidad, no habrán de operar si no es que derivan directamente de la propia Constitución -y se contiene en la misma expresa o tácitamente, a través de principios- o lo hacen indirectamente, a partir de cláusulas de reserva que autorizan restricciones del legislador⁶⁹⁴.

El proceso, por razón de sus fines y las medidas de las que se sirve para su realización, ha de entrañar la limitación de las libertades más esenciales; afirmar la absoluta inmunidad de cualquiera de ellas -a salvo el elemental derecho a la vida- obligaría a aceptar de antemano la frustración de la investigación criminal y, en consecuencia, de los mismos fines del proceso⁶⁹⁵.

Los derechos fundamentales que, según lo expresado, pueden entenderse como relativos admiten, en cambio, restricciones, previa regulación del modo previsto al

⁶⁹² En este sentido se ha pronunciado la doctrina germana representada por FEZER, G., "Strafprozess", op. cit., pág. 45. A juicio del autor, todos los derechos son limitables con observancia de las exigencias constitucionales.

⁶⁹³ En cualquier caso, como acertadamente precisa ASENCIO MELLADO, es preciso interpretar de forma restrictiva toda posible injerencia en la esfera de los Derechos Fundamentales de la persona. Vid. "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 79. En este sentido puede verse la STC 159/1986, de 12 de diciembre (FJ 6º).

⁶⁹⁴ ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1986, pág. 258, citado por DE HOYOS SANCHO, M., "La detención ...", op. cit., 52.

⁶⁹⁵ ASENCIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida...", op. cit., pág. 80.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

efecto por la ley y en atención a una serie de presupuestos y fines; ello, evidentemente, implica una habilitación al legislador ordinario para establecer limitaciones a su ejercicio a partir de la atribución a las autoridades públicas de la potestad de practicar sobre el mismo las injerencias que se prevean.

3.3. LÍMITES A LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El legislador ordinario recibe del constituyente habilitación directa para el desarrollo de los derechos que consagra la Norma Fundamental; habilitación que comprende, en aquellos supuestos en que así se prevea, la facultad de introducir limitaciones en su esfera de ejercicio y, en definitiva, a su plena efectividad.

Si, como se viene afirmando, el disfrute de los derechos fundamentales por su titular no es absoluto, tampoco parece serlo la facultad de los órganos legislativos para recortar las libertades constitucionalmente reconocidas; lejos de lo anterior, estos últimos habrán de observar la ineludible exigencia de respeto -este otro, sí absoluto- de aquello que constituye el contenido esencial del derecho que se somete a limitación⁶⁹⁶.

La propia Norma Constitucional contiene como exigencia para el desarrollo y eventual limitación de los derechos y libertades que integran la sección primera del segundo de los capítulos de su Título I -entre los que se encuentra el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones que aquí se examina- la reserva de Ley Orgánica⁶⁹⁷ y el respeto de su contenido esencial⁶⁹⁸; exigencias una y otra que, en palabras de GARRIDO

⁶⁹⁶ Vid. Art. 53.2º CE.

⁶⁹⁷ Según expresa el art. 53.1º CE, "sólo por ley, que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de (...) derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1 a) CE".

⁶⁹⁸ A diferencia de la anterior, esta última exigencia resulta de muy difícil determinación; el legislador constituyente en absoluto precisa qué ha de entenderse por "núcleo esencial" e infranqueable del

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

FALLA⁶⁹⁹, constituyen un "precioso punto de referencia" y una barrera infranqueable frente a toda actividad legislativa de limitación⁷⁰⁰.

3.3.1. RESERVA DE LEY Y ABSOLUTO RESPETO DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO.

En verdad, no resulta fácil precisar el concepto de "contenido mínimo" del Derecho Fundamental cuyo absoluto respeto se exige; dos son las vías -parece que complementarias- que han de seguirse para su determinación⁷⁰¹.

De un lado, según declaraba el TC en su valiosísima STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 10), ese núcleo esencial del derecho se corresponde con "aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad", esto es, aquellas cualidades que permiten su reconocimiento como derecho perteneciente o afecto a un tipo concreto.

derecho, obligando a su máximo intérprete a esbozar las líneas delimitadoras del concepto, que de inmediato se expondrán.

⁶⁹⁹ Vid. "Comentarios a la Constitución ...", op. cit., págs. 887 y 888. El cuerpo de garantías constitucionalmente establecidas para el desarrollo de los Derechos Fundamentales y libertades básicas, se completa con la previsión de su tutela ante los tribunales ordinarios, a partir de un proceso caracterizado por las notas de preferencia y sumariedad y su protección a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁷⁰⁰ Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., págs. 74 y 75.

⁷⁰¹ En el intento de precisar el concepto de contenido esencial de todo Derecho Fundamental, la doctrina se ha servido de una doble teoría que DE OTTO PARDO y MARTÍN RETORTILLO resumen como sigue.

Una primera teoría, entendida como "concepción absoluta" del contenido esencial, lleva a apreciar en todos y cada uno de los Derechos Fundamentales y libertades básicas, la presencia de un mínimo intangible que, de llegar a alcanzarse, implicaría la ilegitimidad o inconstitucionalidad de la injerencia.

A esta primera, sin embargo, se enfrenta una segunda teoría que parte de una concepción "relativa" del mismo, en virtud de la cual el "contenido esencial" del derecho se determina en atención a un núcleo de facultades protegidas por el derecho, que en caso alguno han de verse limitadas más allá de lo imprescindible para la defensa del bien o valor constitucional que origina la intromisión. Vid. *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, págs. 129 y ss. Esta última teoría es la que, según advierte DE HOYOS en su breve pero magnífico estudio acerca de la "teoría del contenido esencial de los derechos" en el ordenamiento alemán, parece haberse abierto camino en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Vid. "La detención por delito", op. cit., págs. 56 a 60.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

De otro lado, puede definirse como aquella parcela del contenido del derecho imprescindible a su titular para satisfacción de los intereses cuya tutela persigue el otorgamiento del derecho. Estos intereses, habrán de resultar real, concreta y efectivamente protegidos, y no parece que puedan serlo si el derecho se sujeta a limitaciones tales que lo hagan impracticable, lo limiten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección.

En cualquier caso, lo cierto es que en dicho contenido esencial viene reflejado todo el sistema de valores constitucionales, por cuanto "a su esencia pertenece el que tengan que ceder" en caso de conflicto "ante otros bienes o derechos de igual o superior valor"⁷⁰².

En consecuencia, todo límite que el legislador pretenda o introduzca definitivamente en un Derecho Fundamental -y en particular, el derecho que consagra el art. 18.3º CE que nos ocupa- no puede en absoluto oponerse a la mencionada nota de unidad constitucional, de forma tal que la colisión entre bienes o derechos originada por la limitación sea siempre superada a partir de la observancia del principio de proporcionalidad.

3.3.2. LA EXIGENCIA DE PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD DEL LÍMITE.

Puede, sin dificultad afirmarse que, en toda materia relativa a la limitación de derechos fundamentales es presupuesto ineludible la observancia del elemental principio de proporcionalidad, que opera como parámetro en la ponderación de intereses, quizás no del todo opuestos⁷⁰³, que encierra la garantía de todos ellos; principio que, aun cuando

⁷⁰² En realidad, según afirma DE HOYOS SANCHO, en el seno del ordenamiento no existe un conflicto real entre bienes jurídicos; éstos, a juicio de la autora, más que enfrentados se hallan en una relación de perfecta coordinación y complementación. "La detención por delito", op. cit., pág. 43.

⁷⁰³ DE HOYOS SANCHO, M., "La detención por delito ...", op. cit., pág. 61.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

no ha sido expresamente consagrado en nuestras leyes, resulta "inherente al Estado de Derecho, con plena y necesaria operatividad, en cuanto su exigida utilización se presenta como una de las garantías básicas que han de observarse en todo caso en el que puedan verse lesionados los derechos y libertades fundamentales"⁷⁰⁴.

Por lo que en particular respecta al derecho fundamental que está en la base de este estudio, es claro que el interés privado de la persona en la mayor garantía a la inviolabilidad de sus comunicaciones se halla enfrentado al interés general que llama a su levantamiento, en aquellos supuestos en que otros bienes o derechos del mismo rango merezcan igual protección; enfrentamiento que ha de superarse tras una debida ponderación de los intereses en juego, que permita determinar cuál de ellos debe prevalecer sobre el contrario y, a continuación, el alcance de la limitación a la que ha de sujetarse aquél de los derechos que sucumbe⁷⁰⁵.

A estos efectos, como acertadamente la doctrina ha señalado⁷⁰⁶, el principio de proporcionalidad se configura como criterio de valoración constitucional, determinante único de la legitimidad de toda restricción en la esfera jurídica del ciudadano por el Estado, para cumplimiento de sus fines. El mismo se convierte, pues, en garantía del individuo frente a todo abuso o intervención estatal innecesaria o excesiva para la satisfacción de los distintos intereses públicos.

⁷⁰⁴ PEDRAZ PENALVA, E., con ORTEGA BENITO, V., *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas*, "Rev. Poder Judicial", núm 17, pág. 79 y asimismo en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990 y "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 149. En ausencia de un reconocimiento constitucional expreso, a juicio de PEDRAZ, la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad halla fundamento en el conjunto de preceptos que garantizan y exigen el respeto a los derechos fundamentales de la persona, y en la fuerza normativa de los arts. 53 y 9.2º CE que vinculan a todos los poderes públicos a su satisfacción. Vid. *El principio de proporcionalidad y principio de oportunidad*, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, op. cit., pág. 345 y en "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 147. Se trata, según el mismo autor ha precisado, de un principio constitucionalizado que, no por ello pierde su naturaleza procesal. Vid. "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 135.

⁷⁰⁵ Vid. la STC 196/1987, de 19 de julio (FJ 5º).

⁷⁰⁶ Vid. PEDRAZ PENALVA, E., con ORTEGA BENITO, V., "El principio de proporcionalidad y su configuración...", op. cit., pág. 78 y asimismo, en "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 149.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Un mayor acercamiento al mencionado principio permite constatar que, su observancia exige partir de un doble presupuesto, cual es el absoluto respeto del principio de legalidad, que implica la necesaria previsión por ley de toda medida susceptible de afectar a un derecho fundamental, y la observancia del que GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO entiende como "presupuesto de justificación teleológica", que se identifica con la tendencia del mismo a la consecución de un fin legítimo constitucional o, cuanto menos, socialmente relevante⁷⁰⁷.

Una y otra exigencia, en cualquier caso, ha de acompañarse de la observancia de un segundo cuerpo de requisitos que el mismo autor califica de intrínsecos o extrínsecos al principio de proporcionalidad mismo.

La primera de las categorías nombradas incluye, como requisito ineludible, la perfecta individualización -y no en todo caso identificación nominal- de la persona que ha ver limitada su esfera de derechos; a este respecto, coincide la doctrina en considerar que "del principio de proporcionalidad no caben derivaciones jurídicas que vayan más allá del caso particular"⁷⁰⁸. Asimismo, ha de entenderse como requisito intrínseco a la garantía de proporcionalidad, la sospecha por quien haya de decidir la injerencia o, cuanto menos, el pronóstico fiable de alcanzar con ella el éxito de la finalidad a la que hubiera sido ordenada.

Con carácter extrínseco al principio detecta la doctrina un triple requisito que se resume en las notas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* del límite cuya introducción se pretenda. El subprincipio de adecuación o idoneidad viene a significar la aptitud de la medida que entraña el límite o su innegable contribución a la

⁷⁰⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., pág. 69.

⁷⁰⁸ PEDRAZ PENALVA, E., con ORTEGA BENITO, V., "El principio de proporcionalidad y su configuración ...", op. cit., pág. 77.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

consecución del fin constitucionalmente legítimo perseguido⁷⁰⁹, mientras el respeto del de necesidad⁷¹⁰ exige la opción por aquél medio limitativo de imposible sustitución por otro igualmente eficaz, pero que no entrañe menoscabo del derecho o lo restrinja de forma menos gravosa⁷¹¹.

La observancia de la nota de proporcionalidad en sentido estricto, por último, hace preciso que el sacrificio del derecho que se imponga no resulte desmedido e inasumible por quien haya de padecerlo⁷¹²; en el decir de PEDRAZ PENALVA, se exige una ponderación de los intereses y derechos en conflicto, que determine si se hallan o no en relación razonable⁷¹³.

Como se adelantaba, solo del respeto de las exigencias que han sido expuestas puede derivarse la legitimidad de una injerencia en la esfera de todo derecho fundamental y, por lo que aquí interesa, del que consagra el art. 18.3º CE y del derecho a la asistencia y defensa técnica que reconoce el art. 24.2º CE en el que, en definitiva, repercute el menoscabo del primero.

Así pues, conviene a continuación averiguar si, efectivamente, el legislador español da cumplida respuesta al mandato constitucional y dota de "realidad" y

⁷⁰⁹ Al respecto pueden verse entre otras, las SsTC 178/1985, de 19 de diciembre (FJ 3º); 65/1986, de 22 de mayo (FJ 2º y 3º); 19/1998, de 6 de febrero (FJ 8º); 54/1996 de 26 de marzo (FJ 7º y 8º); 55/1996, de 26 de marzo (FJ 6º); 207/1996, de 16 de diciembre, (FJ 4º) y la STC 58/1998, de 16 de marzo (FJ 3º).

⁷¹⁰ La medida que introduce el límite, ha de ser necesaria e imprescindible, de suerte "que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los Derechos Fundamentales (...)", o "con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin", STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4º, y en la misma línea, la STC 7/1994 de 17 de enero, FJ 3º.

⁷¹¹ ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, 1991, pág. 131; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales ...", op. cit., pág. 189; PEDRAZ PENALVA, E., con ORTEGA BENITO, G., "El principio de proporcionalidad y ...", op. cit., pág. 85.

⁷¹² Como en breve se tendrá ocasión de constatar, la proporcionalidad *stricto sensu* de la medida de injerencia en el derecho fundamental que aquí se trata, exige la atención a la gravedad de los hechos y entidad de la sospecha de su comisión, conforme a lo declarado por la STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4º).

⁷¹³ con ORTEGA BENITO, G., "El principio de proporcionalidad...", op. cit., pág. 86.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

"efectividad" a uno y otro de los derechos nombrados, en perfecta armonía con la necesidad de tutelar el interés en la persecución del delito a través del proceso como único instrumento.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

4. LAS POSIBILIDADES DE LIMITACIÓN DEL DERECHO A LAS COMUNICACIONES CON LETRADO A LA LUZ DEL CEDH Y LA JURISPRUDENCIA DE SU TRIBUNAL.

Una primera aproximación al CEDH y a la doctrina emanada de su máximo intérprete en páginas precedentes revelaba el reconocimiento en dicho Texto del derecho de toda persona a la comunicación y secreto de sus comunicaciones y correspondencia privada y, especialmente, de las celebradas con la persona que asume las funciones de defensa⁷¹⁴.

En esta ocasión, el acercamiento a uno y otra persigue como propósito evidenciar la posibilidad y condiciones en que el disfrute del mencionado derecho puede verse excepcionado; no se olvide que, el propio art. 8º CEDH, tras consagrar la garantía en el primero de sus apartados, abre paso en el segundo de ellos a una eventual limitación⁷¹⁵.

⁷¹⁴ Vid. Art. 8.1º en relación con el art. 6.3º c) del CEDH.

⁷¹⁵ En este punto se ha de tener presente que "los artículos del Convenio que establecen la excepción a un derecho garantizado, deben ser interpretados restrictivamente". Vid. STEDH de 6 de septiembre de 1978, "asunto KLASS y otros".

4.1. LAS PREVISIONES DEL CONVENIO Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TEDH.

En efecto, aunque formulada en términos negativos y como excepción, el art. 8.2º CEDH contempla la posibilidad de una injerencia de la autoridad pública en la esfera de ejercicio del derecho, siempre que dicha intromisión "esté prevista por la ley" y sea una "medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás"⁷¹⁶.

Es más, el propio TEDH ha reconocido no sólo posible, sino en ocasiones precisa, la intromisión del Estado en el desarrollo de las comunicaciones privadas. En este sentido, consciente de la grave amenaza que en nuestros días suponen las complejas formas de delincuencia surgidas y con el fin de combatirla, afirmaba en su sentencia de 6 de septiembre de 1978 -emitida en el asunto KLASS- la conveniencia de que los Estados estén capacitados para vigilar en secreto a los elementos subversivos que operan en su territorio. La elección de los instrumentos adecuados a tal fin, según el Tribunal igualmente precisa, ha de quedar sin embargo reservada a los distintos legisladores internos⁷¹⁷.

⁷¹⁶ Art. 8.2º del CEDH.

⁷¹⁷ En su sentencia de 26 de mayo de 1993, (Caso BRANNIGAN y McBRIDE c/ RU), recuerda el TEDH que, efectivamente, "incumbe a cada Estado-parte del Convenio, responsable de la vida de su nación, determinar si un peligro amenaza, y en caso afirmativo, hasta dónde es preciso ir para intentar disiparlo". Entiende el Tribunal -como así demuestra la resolución de 18 de enero de 1978 -emitida en el asunto IRLANDA c\ RU- que las autoridades nacionales, por hallarse en contacto directo con las realidades de cada momento, se hallan en mejor posición que el Juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de dicho riesgo y la naturaleza o extensión de las excepciones necesarias para conjurarlo; y es por ello que debe dejarse a las mismas un amplio margen de apreciación.

Ahora bien, ello no implica la facultad ilimitada de éstos últimos para someter a medidas de control o vigilancia secreta a sus ciudadanos; aquellas que se establezcan, en cualquier caso, habrán de acompañarse de las debidas garantías que impidan abusos o extralimitaciones de poder que pretendan justificarse en la lucha contra la más grave delincuencia. Vid. STEDH de 2 de agosto de 1984, "asunto MALONE".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Si se tiene presente asimismo la creciente habilidad o sutileza de los nuevos delincuentes y la enorme agilidad que caracteriza a ciertos tipos de operaciones criminales, no puede ponerse en duda la necesidad de poner en manos de los órganos encargados de la investigación -a quienes corresponde la satisfacción de los superiores fines a los que ha de servir la injerencia- la facultad de someter a control las comunicaciones de sus ciudadanos⁷¹⁸, pero en caso alguno de forma ilimitada.

Nada parece, pues, oponerse al arbitrio por las legislaciones estatales de medidas de control de la correspondencia, envíos postales o comunicaciones telefónicas, ajustadas a los cánones de proporcionalidad que impone el menor sacrificio del derecho o derechos del Convenio afectados. A nadie escapará que toda modalidad de intervención que se prevea es susceptible de afectar y vulnerar, no sólo la garantía de secreto que reconoce el artículo 8º CEDH, sino aquella otra consagrada en el art. 6.3º CEDH, en aquellos supuestos en los que la injerencia afecte a las que habrían de ser "confidencias" entre el imputado y su defensor, y que repercuten sobre el elemental derecho de defensa⁷¹⁹.

Como no podría ser de otro modo, es premisa básica de la que parte la doctrina jurisprudencial que se analiza, la permanente búsqueda de un punto de encuentro entre "las instituciones democráticas en defensa de toda la sociedad y la protección de los

⁷¹⁸ No olvida el Tribunal en su STEDH de 2 de agosto de 1984, "asunto MALONE" -como tampoco en el resto de resoluciones en las que ha habido de pronunciarse acerca de estas cuestiones- el riesgo de abusos que puede derivar de dicha potestad estatal y la necesidad de prever las garantías precisas para evitarlos; "el sistema de vigilancia adoptado", según expresamente declaraba el TEDH, "podrá admitirse como necesario en una sociedad democrática si se rodea de garantías suficientes" contra aquéllos. En esta misma línea, véanse las SsTEDH de 26 de mayo de 1993, "caso BRANNIGAN y McBRIDE" y de 29 de noviembre de 1988, "caso BROGAN".

⁷¹⁹ Esta evidencia, es reconocida por el alto Tribunal en no pocas de sus sentencias, entre las que pueden mencionarse la SsTEDH de 28 de marzo de 1990, emitida en el caso GRANGER, de 20 de noviembre de 1989, "caso KOSTOVSKI", de 25 de marzo de 1983 en el caso SILVER, de 15 de noviembre de 1996 caso "DOMENICHINI", de 6 de septiembre de 1978 en el asunto KLASS, de 30 de agosto de 1990 "asunto McCALLUM", de 30 de septiembre de 1985 "asunto CAN" y de 21 de febrero de 1975, "caso GOLDER".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

derechos individuales⁷²⁰"; de ahí que, aun cuando pueda admitirse la limitación del derecho o derechos que se encuentran en trance, la operación ha de sujetarse a muy estrechos márgenes, siempre trazados a partir de la necesidad de dar respuesta a uno de los legítimos fines que se persiguen⁷²¹ y, por lo que ahora interesa, al éxito de la investigación del delito para satisfacción del resto de bienes protegidos.

Lo cierto es que, ya afecte a las específicas comunicaciones con letrado que son objeto de estudio -y a las que se volverá desde un punto de mira distinto- ya incida sobre el conjunto de las personales que se practiquen a través de las distintas vías de comunicación posibles⁷²², la legitimidad de toda medida de control o injerencia precisa de la observancia de determinados presupuestos, reflejo de las exigencias que, a la luz del Convenio, se imponen para la limitación del derecho que consagra el art. 8º CEDH en primer término afectado.

4.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN TORNO A LA POSIBLE INJERENCIA EN EL DERECHO QUE CONSAGRA EL ART. 8º DEL CONVENIO

Ciertamente, como resultado de un buen número de pronunciamientos emitidos en asuntos sometidos a su consideración, el TEDH ha ido dando forma a una valiosísima doctrina-jurisprudencial a partir de la cual pueden conocerse las distintas pautas a las que el legislador estatal ha de ajustarse en el momento de dar forma a los límites susceptibles

⁷²⁰ Vid. STEDH de 8 de noviembre de 1988, "Caso BROGAN".

⁷²¹ Entre otras, pueden verse las SsTEDH de 28 de junio de 1984, "asunto CAMPBELL y FELL" y de 25 de febrero de 1992 "caso PFEIFER y PLANCK".

⁷²² Debe tenerse presente que, si bien el precepto menciona la protección, o en su caso, injerencia en la "correspondencia", en dicha noción han de incluirse igualmente las comunicaciones practicadas vía telefónica. Véase, STEDH de 25 de marzo de 1983 "asunto SILVER", y de 21 de febrero de 1975 "caso GOLDRER".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de afectar al derecho que paralelamente consagran los distintos Textos Constitucionales internos⁷²³.

En esencia, la doctrina sentada por el alto Tribunal se construye a partir de dos pilares o exigencias básicas, extraídas de expresas declaraciones del Convenio y algunas otras implícitas al mismo, en perfecta coherencia con el sistema de garantías que dicho Texto establece; exigencias todas que, como ya se adelantara, han de ser el punto de referencia inexcusable para el legítimo acuerdo de toda injerencia en cualquiera de los derechos que han de reconocerse a toda persona o ciudadano de un Estado miembro y titular, por lo que a nuestro interés respecta, del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas que, con el rango de fundamental, consagra la Norma Constitucional española.

4.2.1. LA EXIGENCIA DE PREVISIÓN LEGISLATIVA.

Ciertamente, una primera exigencia viene expresada por el mismo art. 8.2º CEDH en la necesidad de que la injerencia esté "prevista por una ley" e interpretada por la doctrina en el sentido de que la misma tenga su base en el Derecho interno⁷²⁴.

⁷²³ Por lo que al derecho interno español se refiere, es indudable la enorme semejanza entre el art. 8.2º CE y el art. 18.3º de nuestra Carta Magna en que viene consagrado el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones; circunstancia ésta que, como con acierto advierte ASENSIO, a diferencia de lo que sucede en otros supuestos en que la operación no es fácil o posible, posibilita la trasposición prácticamente directa de las resoluciones emitidas por el TEDH. "Los derechos contemplados en el art. 8º del Convenio", op. cit., pág. 143.

⁷²⁴ Véanse las SsTEDH de 2 de agosto de 1984, (caso MALONE), de 25 de marzo de 1983, en el asunto SILVER y su antecedente, la STEDH de 26 de abril de 1979, (asunto SUNDAY TIMES), de 30 de marzo de 1989 (Caso CHAPPEL), y la más reciente de 25 de marzo de 1998, (caso KOPP). Asimismo, se ha de tener presente que, conforme expresara en su Sentencia de 24 de abril de 1990 "asunto HUVIG", el Tribunal ha entendido siempre el término "Ley" en su acepción material -extremo éste, en que intensifica especialmente sus exigencias- y no formal, de manera que incluye al derecho no escrito en el intento, al parecer, de evitar distinciones entre los países del common law y los Estados continentales y en el ánimo de no "minusvalorar el Sistema jurídico de éstos últimos" e incluso a los Textos de rango infralegislativo. Sobre el particular, véase asimismo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un juicio justo*, Madrid, 1991, pág. 78.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ahora bien, lejos de agotarse en esa sola referencia, la previsión legislativa se extiende a la exigencia de una cierta "calidad de ley" que se traduce en la "accesibilidad de la misma para el ciudadano", esto es, la posibilidad para la persona afectada de conocer suficientemente las posibles medidas limitativas y así prever las consecuencias que se derivan de su aplicación o inobservancia⁷²⁵, como mecanismo de protección frente a eventuales vulneraciones arbitrarias⁷²⁶.

El Tribunal, es plenamente consciente de que, dicho peligro se intensifica en situaciones, como la que ahora ocupa, donde "el poder de apreciación se ejerce en secreto", de ahí que manifieste que "cuando se trata de medidas de vigilancia o de la interceptación de comunicaciones por las autoridades públicas, la exigencia de previsibilidad" ha de ser más estricta⁷²⁷, de manera que permita un conocimiento suficiente de las condiciones en que habilita a los poderes públicos a acordarlas⁷²⁸.

En consecuencia, de la norma se reclama máxima claridad y precisión en su dictado, a través de empleo de términos lo suficientemente nítidos para dar a conocer a todos, en qué circunstancias y con qué requisitos se permite al Poder Público "hacer uso de medidas secretas y visiblemente peligrosas, que afectan al derecho a la vida privada y la correspondencia"⁷²⁹.

⁷²⁵ Véase, entre otras muchas, la STEDH de 24 de abril de 1990 "asunto HUVIG" y en la más reciente de 30 de julio de 1998, caso VALENZUELA CONTRERAS.

⁷²⁶ Véase asimismo, la STEDH de 2 de agosto de 1984, "caso MALONE".

⁷²⁷ El TEDH tiene presente que, "por tratarse de la excepción de uno de los derechos garantizados por el Convenio", se impone una interpretación restrictiva del precepto, en lo que entiende un principio base siempre a respetar. Vid. STEDH de 25 de marzo de 1983, "caso SILVER".

⁷²⁸ Vid. STEDH de 30 de julio de 1998, "asunto VALENZUELA CONTRERAS", y de 25 de marzo de 1998, "caso KOPP".

⁷²⁹ Efectivamente, según ha expresado el TEDH, la ley ha de ser expresiva de las circunstancias, situaciones o límites de actuación que permite o reconoce a las autoridades públicas, con el fin último de evitar atentados arbitrarios a los derechos que se contienen en el art. 8.1º del Convenio. Vid. STEDH de 2 de agosto de 1984 "asunto MALONE". La garantía, en definitiva, se traduce en la exigencia del empleo de "términos lo suficientemente claros para indicar a todos de manera eficaz en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita al poder público para operar tales intervenciones". Vid. STEDH de 24 de abril de 1990, "caso HUVIG".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En sentencias como la emitida en el asunto KRUSLIN⁷³⁰, es el propio TEDH el que adelanta alguna de las garantías mínimas que han de expresarse y figurar en la ley que prevea la medida⁷³¹, en evitación de abusos o arbitrariedades⁷³²; así, se exige de la norma estatal la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia por parte de la autoridad judicial, la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a ella, la fijación de un límite temporal a la ejecución de la medida o las condiciones en que habrán de consignarse las conversaciones interceptadas y las precauciones a adoptar en garantía de su autenticidad, manteniendo intactas y completas las grabaciones a los fines de un eventual control por el Juez o las defensas, así como de las condiciones en que conviene la destrucción del material aprehendido tras un eventual sobreseimiento o absolución.

Es clara, pues, la exigencia de que la norma fije los límites a los que las autoridades estatales han de ajustar su actuación y de este modo, la determinación del alcance de las facultades discrecionales que a las mismas se conceden; sin embargo, el Convenio no es lo riguroso que debiera en cuanto al grado de precisión con que tales extremos han de ser definidos⁷³³; en realidad, se reconoce a los Estados parte cierto margen de apreciación al efecto de otorgar al individuo una protección adecuada frente a la arbitrariedad, que en absoluto ha de entenderse ilimitado⁷³⁴.

⁷³⁰ STEDH de 24 de abril de 1990.

⁷³¹ En el caso concreto al que se alude, una intervención de comunicaciones telefónicas.

⁷³² Vid. STEDH de 26 de febrero de 2000, (caso GRANDE CAMERA).

⁷³³ Como reiteradamente ha señalado el Alto TEDH, el individuo puede ser sometido a control, sobre la base de una ley que no sólo ha de precisar la categoría de personas sujetables a la misma y el órgano competente para decidirla, sino que ha de precisar la duración de la medida y las razones que la justifican. Vid. SsTEDH de 15 de noviembre de 1996, "Asunto CALOGERO Y DIANA c/ Italia" y "Caso DOMENICHINI c/ Italia".

⁷³⁴ Vid. STEDH de 24 de abril de 1990, (Asunto HUVIG c/ Francia). El insuficiente grado de precisión de la norma -que, según el mismo TEDH denuncia en su resolución de 25 de marzo de 1983, (caso SILVER), dependerá de la concreta materia que se trate- cuando no la absoluta indeterminación de la misma, es la razón motivadora de la condena a los Estados francés, español e italiano -en las SsTEDH de 24 de abril de 1990, "asunto KRUSLIN", de 30 de julio de 1998, "caso VALENZUELA

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

4.2.2. LA NECESARIA PERSECUCIÓN DE UNA FINALIDAD LEGÍTIMA Y LA EXIGENCIA DE PROPORCIONALIDAD Y ADECUACIÓN DE LA MEDIDA A SU CONSECUCIÓN.

La segunda de las exigencias determinantes de la legitimidad de la intromisión en el derecho del art. 8º CEDH, conforme se adelantaba, es la necesidad de que la injerencia persiga uno de los fines legítimos previstos en el apartado 2º y siempre que se entienda precisa en una sociedad democrática para su satisfacción.

Esta noción de necesidad implica, pues, que la injerencia en el derecho se funde en una "necesidad social imperiosa" y proporcionada al fin legítimo perseguido, a cuyo efecto ha de otorgarse "discrecionalidad al Estado en la valoración relativa a la pertinencia y suficiencia de los motivos atendidos para justificar la interferencia y asegurar que su aplicación ofrece las garantías adecuadas frente a los abusos".

La exigencia, como puede notarse, se descompone en un doble requisito; de una parte, resulta preciso que la intromisión se ampare en uno de los fines expresamente declarados -y, en consecuencia, entendidos legítimos- en el apartado 2º del precepto. Existe, pues, una relación teleológica tasada que excluye toda injerencia prevista para el cumplimiento de fines no reflejados de modo expreso por el Convenio y ausentes en el catálogo que recoge el art. 8.2º CEDH⁷³⁵; es más, acordada la medida para la consecución de un determinado fin -legítimo, según lo ahora expresado- su aplicación no

CONTRERAS", y de 15 de noviembre de 1996, en el asunto CALOGERO y DIANA, respectivamente, por infracción de las disposiciones del Convenio.

Entendida como extralimitación de los márgenes de apreciación permitidos, las regulaciones internas aquí aludidas presentaban como nota común, en las fechas en que nace el conflicto y el asunto es planteado al Tribunal, presentaban como nota común la falta de determinación clara y suficiente de los extremos exigidos que implica la inexistencia de un respaldo jurídico suficiente al control de las comunicaciones telefónicas privadas, por parte de las autoridades estatales.

⁷³⁵ ASECIO MELLADO, JM^a., "Los derechos contemplados en el art. 8º del CEDH ...", en "Seminario sobre jurisprudencia del TEDH", op. cit., pág. 149. De la misma opinión, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El Convenio, el Tribunal europeo y el derecho ...", op. cit., págs. 69 y 76.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

puede extenderse para la satisfacción de fines distintos, no previstos o no adecuados al primero⁷³⁶.

Pero, lo cierto es que los diversos fines que el precepto preve, guardan entre sí una estrecha conexión y son de una amplitud e indeterminación tal, que podrían justificar cualquier intromisión si son objeto de ponderación conforme a las pautas que se derivan del principio de proporcionalidad; la injerencia en el derecho ha de entenderse adecuada a cualquiera de los fines previstos y resultar necesaria⁷³⁷ e idónea⁷³⁸ en el caso concreto para su satisfacción.

Efectivamente, la medida de intromisión ha de encontrar justificación en una finalidad dotada de cierta relevancia social⁷³⁹; exigencia ésta que, en el proceso de ajuste a las reglas de proporcionalidad, implica la atención al peso específico de los intereses que se enfrentan y, por lo que aquí interesa, a la gravedad del delito y a su repercusión social.

Entender, pues, la medida como "necesaria en una sociedad democrática"⁷⁴⁰ supone considerar que la intervención responde a una necesidad social imperiosa⁷⁴¹ -en

⁷³⁶ Vid. Art. 18 CEDH.

⁷³⁷ En verdad, hablar de necesidad de la medida obliga poner a la misma en relación con la finalidad propuesta, de forma que resulte absolutamente indispensable y no sólo razonable o útil. Vid. las SsTEDH de 24 de marzo de 1988, "Asunto OLSSON" y de 7 de diciembre de 1976, "Asunto HANDSYDE".

⁷³⁸ En palabras del propio Tribunal, la adecuación de la medida que se adopte depende del caso concreto, una vez se atiende a la naturaleza, extensión, duración de las mismas y las razones requeridas para ordenarlas, las autoridades competentes para autorizarlas, ejecutarlas y controlarlas y el tipo de mecanismos de protección o recursos previstos por el derecho interno. Véase la STEDH de 6 de septiembre de 1978, emitida en el asunto KLASS y otros.

⁷³⁹ Y, según expresamente declara la Circular de la FGE 1/1999, de 29 de abril, lo es la finalidad de persecución del delito en el seno del proceso penal, siempre que la medida sea necesaria. Vid. "Rev. Actualidad Penal", núm. 12, 20 a 26 de marzo de 2000.

⁷⁴⁰ En sus reflexiones, el propio Tribunal recuerda que, no han sido pocas las ocasiones en que ha habido de precisar la expresión "necesaria en una sociedad democrática", y sienta al respecto una serie de principios que resume en el modo siguiente.

El término "necesaria", según el mismo TEDH señala, aun cuando no ha de entenderse sinónimo de "indispensable", no es tan amplio o se identifica con otras nociones como "normal", "útil", "razonable" u "oportuno". (Véase, la STEDH de 7 de diciembre de 1976, "asunto HANDYSIDE"; y asimismo

alusión a la prevalencia de intereses de ese tipo frente a los individuales- pero, en cualquier caso, proporcionada a la finalidad legítima que con ella perseguida⁷⁴².

En conclusión a lo expuesto, resulta inexcusable en orden a la legitimidad de toda injerencia en el derecho que consagran el art. 8 CEDH y, paralelamente, el art. 18.3º CE, la observancia de la triple exigencia consistente en la previsión por ley de la intromisión, la persecución de un fin legítimo, en el que hallar justificación en el caso concreto, y su adecuación como necesaria e idónea, para la satisfacción de este último.

Por lo que a nuestro Derecho respecta, el mismo TEDH en uno de sus más recientes pronunciamientos afirmaba que "algunas de las condiciones que se desprenden del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la ley y, de este modo, garantizar el respeto de la vida privada y de la correspondencia, no están incluidas en el art 18.3º CE ni en las disposiciones de la LECrim".

La resolución a la que se alude, emitida con ocasión del asunto VALENZUELA CONTRERAS⁷⁴³, condena a nuestro Estado por entender que "el derecho español escrito y no escrito, no indica con suficiente claridad la extensión y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en este tema" cuando, contrariamente, debiera "prever con suficiente precisión estas garantías y así,

expresa que, si bien los Estados gozan de cierto margen de apreciación, es al Tribunal a quien corresponde la decisión última sobre la compatibilidad con el Convenio de toda restricción. Según expresamente declara, para estar de acuerdo con este último, la intervención debe responder especialmente a "una necesidad social imperiosa" y ser "proporcionada a la finalidad legítima perseguida". Vid. STEDH de 25 de marzo de 1983, "asunto SILVER". (BJC 1984-40/41, pág. 1175).

⁷⁴¹ En opinión acertada de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, la "necesidad" "en una sociedad democrática", "no ha de ser una bonita frase tremendamente elástica que deje un enorme margen de valoración"; a juicio del autor, resulta precisa una nueva redacción del precepto que exprese con claridad la exigencia, y que, a su juicio, se conseguiría indicando simplemente que "la injerencia es solo admisible en casos imprescindibles y ello, sólo en la medida en que sea adecuada". Vid. "El Convenio, el Tribunal europeo y el derecho ...", op. cit., pág. 68.

⁷⁴² Vid. STEDH 24 de marzo de 1988, Asunto OLSSON.

⁷⁴³ STEDH de 30 de julio de 1998. El Tribunal echa de menos en la norma española, en particular, la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia y la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar la fijación de un límite de duración de la ejecución de la medida; sin embargo, son más las ausencias detectadas a las que en breve se atenderá.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y en qué condiciones habilita a los poderes públicos para realizar tal vulneración secreta y virtualmente peligrosa del respeto de la vida privada y la correspondencia⁷⁴⁴.

4.3. LA INJERENCIA EN EL DERECHO A LAS COMUNICACIONES CON LETRADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.

El examen acerca de las exigencias que derivan del CEDH para una legítima intromisión en el derecho al secreto de la correspondencia que dicho Texto consagra, no podría cerrarse sin intentar la trasposición de las conclusiones hasta el momento obtenidas al supuesto específico en que la injerencia estatal tiene lugar en el marco de las comunicaciones del imputado habidas con Abogados, en general, o con su defensor, en particular.

Lo cierto es que son numerosas las ocasiones en que el TEDH ha habido de pronunciarse al respecto de posibles lesiones a las garantías reconocidas en el art. 8º CEDH en relación estrechísima con el art. 6.3 c) CEDH -éste último, prisma desde el que realmente han de examinarse las que a nuestro estudio interesan- a partir de medidas arbitradas en los legisladores internos que consisten, bien en el impedimento del derecho del imputado a mantener comunicación con su Abogado defensor, bien en la imposibilidad de hacerlo de forma secreta.

En verdad, muchos de esa larga lista de pronunciamientos emitidos por el Tribunal presentan como nota común el decidir el ajuste o no al Convenio de ciertas limitaciones -acordadas y aplicadas por las autoridades estatales- a la "correspondencia"

⁷⁴⁴ Pero, lo que en verdad preocupa es que desde el momento en que dicho pronunciamiento fue emitido y hasta la fecha, la regulación española no ha operado cambio alguno, y el legislador, a pesar la incansable insistencia de la doctrina, no parece dispuesto a acometer en breve una reforma que se ajuste a las pautas jurisprudencialmente marcadas en materia de intervención de comunicaciones personales, que responda en mayor medida a las exigencias derivadas del CEDH a las que antes se aludía.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de personas privadas de libertad⁷⁴⁵ con su defensor, o a las comunicaciones orales que debieran permitírseles mediante las visitas de este último al Centro Penitenciario.

Como se señalaba en el capítulo que precede, al sujeto preso corresponde el derecho a mantener el libre contacto con distintas personas procedentes del exterior de la prisión, y en especial con su Abogado defensor; ello, sin embargo, no implica la imposibilidad absoluta de intromisiones⁷⁴⁶ en su ejercicio, siempre que las mismas se ajusten a las exigencias y garantías que establece el Convenio.

En primer término ha de señalarse que, la introducción de límites en el ejercicio del derecho a mantener el contacto con el Abogado precisa, además de su previsión por ley, el apoyo en un fin reconocido como legítimo por el Convenio -en consecuencia, incluido en ese art. 8.2º CEDH- y que la medida a partir de la cual se opere la limitación, se adopte como respuesta a una necesidad social imperiosa y sea proporcionada e idónea.

A la vista de lo anterior, pronto se detecta cierto desajuste ya en la primera de las mencionadas exigencias, no exclusivo de nuestro derecho, sino apreciable en algunos otros ordenamientos del marco europeo en los que falta, como en el caso español, una adecuada regulación de las medidas de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones privadas a los fines del proceso.

Tras este primer escollo, el problema al que el Tribunal se enfrenta es la decisión acerca de la legitimidad del fin perseguido por las autoridades estatales con el acuerdo de la injerencia. Con frecuencia, los Estados alegan como justificación razones de seguridad, y el orden o disciplina de los Establecimientos Penitenciarios, la

⁷⁴⁵ Vid. SsTEDH de 6 de septiembre de 1978, "asunto KLASS", de 30 de agosto de 1990, "asunto McALLUM" de 28 de junio de 1984, caso "CAMPBELL y FELL" de 21 de febrero de 1975, "caso GOLDER" de 25 de marzo de 1983, "asunto SILVER", de 30 de septiembre de 1985 "caso CAN", y de 20 de junio de 1988, "caso SCHÖNENBERGER y DURMAZ".

⁷⁴⁶ Vid. STEDH de 25 de marzo de 1983, "Caso SILVER".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

prevención del crimen o la protección de los intereses de otras personas⁷⁴⁷; la necesidad de evitar un peligro de colusión de la prueba o el procedimiento en su conjunto⁷⁴⁸ es, sin embargo, la finalidad que se afirma perseguida en aquellos supuestos en que la privación de libertad procede del sometimiento de la persona a una medida cautelar.

Ahora bien, aun cuando cualquiera de estos fines podría hallar acomodo en la previsión contenida en el art. 8.2º CEDH, lo delicado de esta cuestión reside en determinar si existe o no equilibrio entre los mencionados requerimientos de seguridad que a menudo se alegan y los derechos destruidos, habida cuenta de la afectación a la fundamental garantía que consagra el art. 6.3º c) CDEH⁷⁴⁹, cuando la comunicación intervenida tiene lugar con la persona del defensor.

A estos efectos, el propio Tribunal en cierta ocasión señalaba que, si bien "el derecho a entrevistarse libremente con el Abogado" ha de gozar de tutela privilegiada por razón de

la necesidad de proteger la confidencialidad⁷⁵⁰ de la relación, "no ha de reconocerse en todo estado y situación; aun cuando el mismo resulta esencial a la defensa, puede someterse a restricción en el caso concreto⁷⁵¹".

En realidad, del examen de distintos pronunciamientos del TEDH puede extraerse como máxima la necesidad de excluir todo impedimento o intromisión en el desarrollo de la comunicación del imputado con su Abogado defensor, esto es, la necesidad de evitar la detención y lectura de la correspondencia emitida o proveniente de

⁷⁴⁷ Vid. SsTEDH de 28 de junio de 1984, caso "CAMPBELL y FELL", de 21 de febrero de 1975, "caso GOLDER" y de 25 de marzo de 1983, "asunto SILVER" entre otras.

⁷⁴⁸ Vid. SsTEDH de 30 de septiembre de 1985 emitida en el asunto CAN y de 20 de junio de 1988, en el asunto SCHÖNENBERGER y DURMAZ.

⁷⁴⁹ Véanse a este respecto, las Opiniones de la Comisión europea, en el asunto GRACE c/ RU, de diciembre de 1988 y en el asunto CHESTER.

⁷⁵⁰ STEDH de 15 de noviembre de 1996, "Caso DOMENICHINI".

⁷⁵¹ Vid. STEDH de 25 de marzo de 1992, "Asunto CAMPBELL".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

él que sólo ha de permitirse en excepcionalísimos supuestos, si las autoridades tuviesen base para creer en la existencia de un fin o un interés legítimo, pero no de carácter abstracto, que merezca protección⁷⁵².

Esto último explica que, a pesar de que en ocasiones se haya admitido la "plausibilidad" de los motivos que se atienden, el ajuste al Convenio de la medida que se aplica quede en función del más amplio conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Ello, efectivamente, sucede con la intervención de comunicaciones habidas por el sometido a detención o prisión provisional con su Abogado.

En estos supuestos, el Tribunal parece inclinarse por considerar violado el Convenio a partir de impedimentos a sus contactos o a la celebración de los mismos bajo vigilancia, habida cuenta de la esencialidad de una relación entre ambos sin injerencias, en garantía de un desarrollo con eficacia de la defensa. Con carácter absolutamente excepcional, y sólo de constatarse la existencia de un peligro de colusión de la prueba a partir de la connivencia delictiva entre los comunicantes⁷⁵³, dicha limitación podría hallar legitimidad⁷⁵⁴.

A la vista de lo expuesto, se muestra de todo punto interesante el análisis, siquiera breve, de la jurisprudencia emanada del TEDH al respecto de eventuales injerencias estatales en el desarrollo de las comunicaciones privadas, y al servicio de un fin indiscutiblemente legítimo a la luz del art. 8.2º CEDH, cual es la persecución del delito, a partir de medidas de clara naturaleza investigadora. Se alude así a intromisiones en las comunicaciones privadas mantenidas por ciudadanos libres, sometidos a un

⁷⁵² En particular, y por citar uno solo de los asuntos en que se plantea, en el citado asunto CAMPBELL - STEDH de 25 de marzo de 1992- el Tribunal hubiera admitido la excepción al respeto del derecho si las autoridades estatales tuvieran base suficiente para creer en la existencia de un abuso de privilegio, en la medida en que el contenido de una misiva amenazara a la seguridad del establecimiento o de terceros o si, de cualquier otro modo, revistiera carácter delictivo.

⁷⁵³ Véase la STEDH de 20 de junio de 1988, emitida en el asunto SCHÖNENBERGER y DURMAZ.

⁷⁵⁴ Vid. las SsTEDH de 20 de junio de 1988, "Caso SCHÖNENBERGER Y DURMAZ c/ SUIZA" y de 25 de marzo de 1992, "Asunto CAMPBELL c/ RU".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

proceso penal o, cuanto menos, sospechosos de participación en la comisión de un ilícito penal⁷⁵⁵ con la persona a quien encomiendan su defensa o, desde el lado contrario, las celebradas por el profesional de la Abogacía que sufre la intervención de sus comunicaciones orales o escritas habidas en el ejercicio de sus funciones.

En este punto, parece conveniente traer a colación lo resuelto por el TEDH en un reciente pronunciamiento⁷⁵⁶ en el que hubo de decidir la legitimidad de ciertas escuchas en las líneas telefónicas del despacho profesional del Abogado Kopp. Según el Tribunal en esta ocasión señalaba "las llamadas provinientes o con destino a locales profesionales, como es el caso de un gabinete de Abogados, se encuentra bajo la protección del Convenio⁷⁵⁷" y su control, supone una injerencia en el sentido del art. 8.2º de dicho Texto.

Determinar la legitimidad o no de la injerencia y, en consecuencia, el empleo en el proceso de los resultados que de la misma se obtengan, atiende el TEDH a su previsión por una ley "accesible a la persona concernida" de forma que pueda ésta "conocer previamente las consecuencias y su compatibilidad con la preeminencia del Derecho".

Pero asimismo, según se desprende del texto de la resolución jurisprudencial aquí citada, es clara la necesidad de "proteger la confidencialidad de la correspondencia telefónica como medio de dotar de protección a las relaciones profesionales entre el Abogado y sus clientes" de manera que, un eventual control sobre sus líneas telefónicas ha de ser la excepción y no la regla; excepción que, según se prevé, puede tener su

⁷⁵⁵ Sujetos penalmente "imputados", en términos que encuentran mejor ajuste en nuestro Derecho.

⁷⁵⁶ STEDH de 25 de marzo de 1998, "Asunto KOPP".

⁷⁵⁷ Art. 8.1º CEDH.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

origen en la consideración como imputado o sospechoso de participación delictiva del propio Abogado, y no en otro caso⁷⁵⁸.

En definitiva, el problema al que se enfrentaba el Tribunal en este supuesto, no parece exclusivo del derecho francés que examina o del modo de actuar de las autoridades galas; con frecuencia se advierten ciertas contradicciones en la protección que los distintos Textos Jurídicos ofrecen al secreto profesional del Abogado y, asimismo, la falta de respuestas en evitación de situaciones en las que las comunicaciones que vengan cubiertas por el secreto profesional y, en consecuencia, deban permanecer secretas, se vean sometidas a vigilancia sin discriminación alguna.

Como en breve podrá constatar, la mayor parte de las normas procesales en que se contienen las medidas limitativas aquí aludidas obvian toda referencia explícita al "cómo o en qué condiciones debe operarse la selección entre las comunicaciones que afectan al mandato del Abogado y las que afectan a una actividad ajena al asesoramiento jurídico"⁷⁵⁹. Precisamente, la indeterminación o, si se prefiere, la verdadera ausencia de regulación de la materia en nuestra LECrim es, junto a otros desajustes con las previsiones del Convenio, la razón por la que el Estado español ha merecido la condena por parte del TEDH que se alza como su primer garante.

Advertidos, pues, de este desolador panorama legislativo, interesa a continuación examinar el modo en que el legislador ordinario ha previsto la posibilidad de introducir limitaciones en el marco de ejercicio del derecho fundamental que consagra el art. 18. 3º CE, en relación directísima con los arts. 17.3º y 24.2º CE para, si

⁷⁵⁸ Esto último, según el TEDH ha tenido ocasión de manifestar con relación a la intervención de la correspondencia privada, "solo ante la presencia de motivos plausibles para considerar que contiene elementos ilícitos y siempre que el contenido no sea leído por terceros". La lectura de su contenido sólo podría hallar legitimidad en excepcionalísimos supuestos, si concurrieran razones bastantes para creer que su contenido reviste caracteres de delito. Vid. las SsTEDH de 25 de marzo de 1992, "asunto CAMPBELL c/ RU" y de 20 de junio de 1988, "Caso SCHÖNENBERGER Y DURMAZ c/ SUIZA".

⁷⁵⁹ Vid. STEDH de 25 de marzo de 1998, "Asunto KOPP".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

nuestra impresión es acertada, medir la distancia que lo separa de las exigencias y garantías que imponen la Norma Constitucional y el CEDH.

5. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES: RECONOCIMIENTO Y LÍMITES.

El derecho a la libertad de la comunicación con la persona del Abogado defensor, en verdad, no se halla expresamente consagrado en el Texto Constitucional de 1978; sólo el art. 18.3º CE contiene un reconocimiento genérico del derecho de todo ciudadano a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas⁷⁶⁰, al tiempo que prevé la posibilidad de excepcionar su plena garantía⁷⁶¹.

El respeto a la libertad y secreto de las comunicaciones personales es proclamado asimismo en distintos instrumentos jurídicos de ámbito supranacional, de entre los cuales conviene señalar, el art.12 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos de 1948 (DIDH, en adelante) según el cual "nadie será objeto de injerencias

⁷⁶⁰ El origen del precepto que ahora se señala puede encontrarse en el Decreto de 10 de agosto de 1790 de la Asamblea Nacional francesa que, según manifiesta JIMENEZ CAMPO, sirvió -como todo reconocimiento de libertad- para hacer posible la constitución autónoma de la sociedad frente al Estado. "La garantía constitucional del secreto ...", op. cit., pág. 4.

Como antecedentes del mismo se señalan los arts. 7 de la Constitución española de 1869, y el también 7º de la Constitución de 1876, base de la regulación que al respecto de la intervención judicial de las comunicaciones, recogería la LECrim en fechas posteriores. Según expresa éste último, "no podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo"; en el art. 8º, si bien, se previene la posibilidad de limitación con la exigencia expresa -que falta en el actualmente en vigor- de que el auto que la acuerde sea motivado.

Asimismo, merece mención el art. 32 de la Constitución de 1931, en que igualmente se consagra la inviolabilidad de la correspondencia, en sus distintas formas, "a no ser que fuere dictado auto judicial en contrario". Y, según expresara el art. 13 del Fuero de los españoles, "Dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia".

⁷⁶¹ El reconocimiento de idéntica garantía se contiene en el art. 10 de la *Grundgesetz* alemana de 1949 y el art. 15 de la Constitución italiana de 1947.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

arbitrarias en su vida privada (...) o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación". Conforme en él se expresa, "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"⁷⁶².

Especial es la atención que merece el artículo 8.2º de la CEDH -examinado, en páginas precedentes- a cuya luz, junto a la que suministran las Normas Internacionales también antes nombradas, han de ser interpretados los derechos que, como fundamentales de la persona, vienen constitucionalmente reconocidos⁷⁶³.

5.1. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS.

El art. 18.3º CE expresamente garantiza el "secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas", mención explícita ésta que en absoluto impide considerar extensible la garantía al total de comunicaciones privadas del ciudadano, cualquiera que sea la vía empleada para su transmisión⁷⁶⁴.

⁷⁶² Casi idénticos términos, se halla formulado el art. 17 del PIDCiPo de 1966.

⁷⁶³ Vid. Art. 10.2º CE. Distinto es afirmar la vinculación de los Tribunales españoles a la jurisprudencia del TEDH en su labor de interpretación de las disposiciones del Convenio, sobre lo que se discute; pero en cualquier caso, es claro que la misma "sirve a la interpretación y tiende a convertirse no sólo en la garantía básica de los Derechos Fundamentales en todos los Estados firmantes, sino en la garantía máxima". ORTELLS RAMOS, M., *El Juez español ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, "Seminario sobre jurisprudencia del TEDH", op. cit., pág. 19.

⁷⁶⁴ De esta opinión, DE LLERA SUÁREZ- BÁRCENA, E., *El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*, "Rev. Poder Judicial", núm. 3, pág. 15; ETXEBERRIA GURIDI, JF., "La protección de los datos de carácter personal ...", op. cit., pág. 263; GIMENO SENDRA, V., *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo*, "Rev. La Ley", 1996, núm. 2, pág. 1618; en idéntico sentido, JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional ...", op. cit., pág. 10; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *El régimen jurídico de las intervenciones telefónicas en el proceso penal español*, en "Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución" (coord. ROMEO CASABONA, CMª.), Granada, 1997, pág. 144; MANZANO SOUSA, M., *La interceptación legal de las telecomunicaciones en la Unión europea*, "Rev. Justicia", 1996, pág. 557; SEMPERE RODRIGUEZ, C., op. dir. ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1997, pág. 440; SERRANO ALBERCA, M., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pág. 373; RAFOLLS

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En efecto, de modo prácticamente unánime⁷⁶⁵ la doctrina ha afirmado la inexistencia en la mencionada disposición constitucional de un *numerus clausus* de medios de comunicación tutelados. La expresa referencia a esta triple modalidad de comunicaciones se ha de entender meramente ejemplificativa, de suerte que, la protección constitucional que a las mismas se dedica ha de extenderse analógicamente al resto.

En verdad, se hace difícil hallar una justificación válida para excluir de este marco de tutela a aquellas vías o formas de comunicación resultado de la evolución de la técnica y desconocidas, en su momento, por el legislador constituyente; todas ellas, qué duda cabe, merecen la protección frente a posibles injerencias por parte de las normas penales y procesales que, en consecuencia, han de acomodarse a las nuevas circunstancias derivadas del desarrollo tecnológico⁷⁶⁶.

A la vista de lo expresado por el precepto, pronto se comprueba que al concepto constitucional del derecho que nos ocupa es consustancial su limitabilidad⁷⁶⁷. Este carácter no absoluto de su reconocimiento⁷⁶⁸, ha permitido a la doctrina entenderlo como

LLACH, *Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado*, en "La prueba en el proceso penal", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 468; SUÁREZ ROBLEDANO, JM., *La salvaguarda y el control judicial de la inviolabilidad del domicilio, del control judicial de la intervención de las comunicaciones y del secuestro de las publicaciones*, "Rev. Actualidad Penal", 1987, núm. 2, pág. 1688; en la doctrina germana, LEMKE, (et. alt.), "Heidelberg Kommentar zur Strafprozess", op. cit., pág. 281.

⁷⁶⁵ Una particular lectura del precepto puede verse en FÁBREGA RUIZ, *Secreto de las comunicaciones y proceso penal*, "Rev. La Ley", 1997, núm. 1, pág. 1187. En opinión de este último autor, la explícita mención de una triple modalidad de comunicación permite entender, a partir de una interpretación en contrario de lo expresado, que la intervención prevista ha de admitirse sólo respecto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, toda vez que la extensión del precepto, en otro caso, resultaría excesiva.

⁷⁶⁶ Cfr. SUÁREZ ROBLEDANO, JM., "La salvaguarda y el control judicial de la inviolabilidad...", op. cit., pág. 1690. Véanse asimismo MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 451 y 452 y RÍOS MOLINA, C., Sobre la intervención telefónica, "Rev. Justicia", 1999, núms. 3 y 4, pág. 468.

⁷⁶⁷ Ello, como seguidamente se conocerá, merced a la decisión emitida por un órgano investido de potestad jurisdiccional. Vid. Art. 18.3º CE.

⁷⁶⁸ Este dato no ha escapado al propio TC, que en su STC 199/1987, de 16 de diciembre (FJ 10) se expresaba en dichos términos.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

derecho fundamental de la persona a no sufrir intervención alguna en sus comunicaciones, si no es con resolución judicial que la autorice⁷⁶⁹.

5.1.1. EL OBJETO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

Con acierto se ha señalado que el contenido del derecho fundamental que ahora se trata, viene originariamente definido por un límite natural -el antes aludido relativo a la existencia de una resolución judicial que lo imponga- que impide su consideración como derecho absoluto e inmune a toda restricción⁷⁷⁰. En realidad, el mismo aparece configurado a través de una fórmula elástica, expresiva tanto de su reconocimiento como derecho del más alto rango, cuanto de la posible intervención en la esfera de su ejercicio; ello, según podrá de inmediato evidenciarse, ya sea prohibiendo la facultad de comunicar con libertad, ya lo sea autorizando a las autoridades estatales el acceso al contenido de la comunicación⁷⁷¹.

Asiste, pues, la razón a ASECIO⁷⁷² cuando afirma que "el derecho al secreto de las comunicaciones supone la protección objetiva de la libertad de comunicar sin límite alguno", esto es, con independencia del contenido o materia sobre la que verse

⁷⁶⁹ CASTIÑEIRA, M^ªT., y FELIP, D., *Secreto de las comunicaciones y Derecho Penal*, "Rev. Jurídica de Cataluña", 1989, núm. 3, pág. 707.

⁷⁷⁰ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "EL régimen jurídico ordinario..", op. cit., pág. 10. Afirma asimismo JIMÉNEZ CAMPO la inexistencia en el Texto Constitucional de derechos fundamentales ilimitados; afirmación que, según advierte, ha de ser matizada en el sentido de considerar que el límite que afecta a un derecho subjetivo "lo es en cuanto que el objeto del mismo, esto es, su ámbito de proyección, siempre posee explícita e implícitamente contornos objetivos; en cambio, si se atiende al contenido mínimo del derecho, sí puede hablarse de la existencia de algunos que han de entenderse absolutos, en la medida en que resultan expresivos de un ámbito irreductible de libertad". A juicio del autor, la Norma Constitucional en su art. 18.3º de una parte crea un derecho y, de otra, constituye un poder mediante la regulación que habilita al poder público para incidir en el objeto constitucionalmente protegido. "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 5.

⁷⁷¹ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas...", op. cit., págs. 10 y 11; en este mismo sentido, SEMPERE RODRIGUEZ, C., "Comentarios a la Constitución española...", op. cit., pág. 441.

⁷⁷² ASECIO MELLADO, JM^ª., "Prueba prohibida y prueba...", op. cit., 104. El autor coincide en su opinión con MORENO CATENA al afirmar que "se protege la comunicación, no lo comunicado (...) frente a todo tipo de intromisión, por nimia que sea". "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 452.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

dicha comunicación. El autor defiende un concepto eminentemente formal y objetivo del mismo, que permite la tutela de los comunicantes frente a cualquier injerencia.

En efecto, la protección del secreto de las comunicaciones que constitucionalmente se consagra, exige garantizar la libertad del entero proceso comunicativo⁷⁷³; de ahí que, para su efectividad plena, no solo haya de asegurarse a la persona la facultad de comunicar privadamente, sino limitar el conocimiento de la información que se transmite al sujeto elegido como destinatario único⁷⁷⁴.

El secreto de la comunicación es, en efecto, presupuesto ineludible de la libertad de la misma⁷⁷⁵; uno y otra, se hallan en perfecta relación de dependencia, de suerte que la tutela del primero posibilita la garantía de la libertad para entablar esta comunicación concreta. Aciertan, pues, quienes afirman que no habrá libertad allá donde de no existan expectativas ciertas de inmunidad frente a indagaciones ajenas⁷⁷⁶.

En este sentido, el mismo TC ha precisado -en una de las sentencias que mayor luz arrojan sobre la materia que aquí se trata- que el mencionado precepto constitucional, aun cuando explícitamente consagra la libertad de las comunicaciones, garantiza de modo implícito su secreto⁷⁷⁷ estableciendo una "interdicción de la interceptación del

⁷⁷³ MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Un estudio jurisprudencial*, Valencia, 1999, pág. 45, y en la misma línea de opinión, LÓPEZ-FRAGOSO, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991, pág. 23; FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., "El levantamiento del secreto ...", op. cit., pág. 20; SEMPERE RODRÍGUEZ, C., "Comentarios a la Constitución española", op. cit., pág. 441, opinión, en la que coincide con SERRANO ALBERCA, M., "Comentarios a la Constitución", op. cit., pág. 241.

⁷⁷⁴ Define MUÑOZ CONDE el secreto que se protege, como "la voluntad del sujeto de que determinados hechos sólo sean conocidos por él o por un reducido círculo de personas", *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1988, pág. 145. Por su parte, DE VICENTE REMESAL detecta en el concepto la intención del titular del secreto de crear barreras de protección con los que controlar el destino de su comunicación. Vid. *Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos*, "Rev. Poder Judicial", núm. 17, pág. 163.

⁷⁷⁵ MORENO CATENA, V., (et. alt.) "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 452.

⁷⁷⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 10.

⁷⁷⁷ Esta distinción es, a juicio de LLUMINATI, plenamente aplicable al respecto de los derechos inviolables que consagra el art. 15 de la Constitución de la Constitución italiana. Según afirma, mientras el impedimento o la interrupción de la comunicación supone límite a la libertad de

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas"⁷⁷⁸; ello, es claro, sobre la base de afirmar el carácter eminentemente formal del secreto⁷⁷⁹ que protege la Norma Fundamental⁷⁸⁰.

El derecho al secreto de las comunicaciones se configura, pues, como una situación jurídica en sí misma que impide apreciarlo como reflejo necesario del derecho a la intimidad⁷⁸¹ que tutela el art. 18.1º CE. En verdad, aun cuando la conexión entre ambos resulta innegable⁷⁸², ésta no puede llevar al extremo de confundirlos⁷⁸³ o identificarlos⁷⁸⁴ a partir de su consideración como derechos, uno y otro, relativos a la personalidad⁷⁸⁵.

comunicaciones, la interceptación es un límite a su secreto. "La disciplina processuale delle intercettazioni...", op. cit., pág. 33.

⁷⁷⁸ Véase la STC 114/1984, de 29 de noviembre, BJC 44, pág. 1446. Conforme a su tenor literal, puede hablarse de la existencia de una "presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es secreto, en un sentido sustancial (...)" ; ello, aun cuando, como matiza MONTERO AROCA, la misma no pueda considerarse verdadera presunción en sentido técnico. "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 43.

⁷⁷⁹ Como en alguna ocasión el Alto TEDH ha llegado a señalar, la conversación telefónica no pierde su carácter privado aun en el caso en que, dirigida la medida a la averiguación del delito concierna o pueda concernir o afectar a un interés público. STEDH de 23 de noviembre de 1993. (Asunto A c/ Francia).

⁷⁸⁰ En el sentido de considerar de carácter formal el secreto de las comunicaciones privadas que protege el Texto Fundamental se han pronunciado, entre otros, GÓMEZ COLOMER, JL., *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia*, "Rev. Jurídica de Catalunya", 1998, núm. 1, pág. 147; FERNÁNDEZ ESPINAR, G., "El levantamiento del secreto de las comunicaciones...", op. cit., pág. 20. En este punto, y sobre la base de lo dispuesto en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, afirma igualmente GIMENO SENDRA la existencia de una presunción *iure et de iure* acerca del carácter esencialmente secreto de aquello que se comunica. Vid. *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, "Rev. La Ley", 1996, núm. 2 (Diario 4024 de 26 de abril de 1996), págs. 1618 y 1619.

⁷⁸¹ DE LLERA SUÁREZ-BÁCENA, E., "El régimen jurídico ordinario...", op. cit., pág. 10.

⁷⁸² Lo cierto es que ambas realidades se encuentran en un "permanente equilibrio inestable", como sucede en el común de supuestos en que se enfrentan dos o más derechos fundamentales. Vid. STC 34/1996, de 11 de marzo.

⁷⁸³ Véase la STS 15 de junio de 1993. Tras una etapa inicial de confusión a la que parecía haber puesto fin el ATS 18 de junio de 1993, en este sentido se ha venido pronunciado recientemente el TS en las SsTS de 26 de febrero de 1998, de 3 y 6 de abril de 1998, y de 4 y 22 de julio de 1998.

⁷⁸⁴ En opinión de GIMENO SENDRA, el derecho consagrado en el párrafo 1º del precepto constitucional resulta de mayor amplitud y no se identifica a la perfección con el reconocido en el apartado tercero. "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., pág., 1619. De la misma opinión, MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones telefónicas ...", op. cit., pág. 48; FÁBREGA

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Lo cierto es que, mientras el derecho a la intimidad presenta un marcado contenido material, que coincide con el ámbito que toda persona reserva para sí y aparta del conocimiento de terceros⁷⁸⁶, el concepto constitucional de secreto de las comunicaciones resulta eminentemente formal⁷⁸⁷ y, en consecuencia, viene protegido con independencia de que lo comunicado entre o no en la esfera de intimidad personal⁷⁸⁸.

De este modo, la libertad de la comunicación ha de entenderse lesionada siempre que, habiendo el titular del derecho dispuesto de un medio para comunicarse, dicha comunicación se impida o se intercepte sin desvelar su contenido. Como acertadamente precisa GIMENO, "el bien constitucionalmente protegido es el derecho de los titulares a la privacidad de la información, de manera que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación, y conocer la idea, pensamiento o noticia transmitida por el medio"⁷⁸⁹.

RUIZ, E., *Secreto de las comunicaciones y proceso penal*, "Rev. General del Derecho", núm. 4326, diario de 8 de julio de 1997, pág. 1188; MORENO CATENA, V., "Garantía de los Derechos Fundamentales ...", op. cit., pág. 155. Cfr. MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones telefónicas ...", op. cit., pág. 146. En sentido distinto, presenta SERRANO ALBERCA el derecho al secreto de las comunicaciones personales, como derecho "que es consecuencia de la protección de la intimidad". Vid. "Comentarios a la Constitución...", op. cit., pág. 373.

⁷⁸⁵ DE VICENTE REMESAL, J., "Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas ...", op. cit., pág. 166.

⁷⁸⁶ En estos términos se halla expresado el art. 2.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

⁷⁸⁷ En este punto, es acertada la distinción de GÓMEZ COLOMER entre un aspecto material y formal de la protección garantizada por el art. 18.3º CE, complementado con el primero de los párrafos del precepto. Así, mientras la intimidad es el concepto material -esto es, el área o espacio que cada persona reserva para sí misma, y cuyas manifestaciones integradoras la identifican- la comunicación es el concepto formal, que no tiene relación alguna con dicho contenido y sólo atiende a su ejecución mediante un medio técnico. Vid. "La intervención judicial ...", op. cit., pág. 147.

⁷⁸⁸ Expresa el TC en su STC 114/1984, de 29 de noviembre que, "el secreto se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido, y pertenezca o no el objeto de comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado". La misma idea es defendida, entre otros, por JIMÉNEZ CAMPO, M., "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 9; MONTERO AROCA, J., "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., pág. 49; MORENO CATENA, V., "La garantía de los Derechos Fundamentales ...", op. cit., pág. 155.

⁷⁸⁹ GIMENO SENDRA, V., "La intervención de las comunicaciones...", op. cit., pág. 1618.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En atención a eso último, la doctrina parece inclinarse por el empleo del término "inviolabilidad"⁷⁹⁰ para referirse al grado o concreta protección que han de recibir las comunicaciones privadas; término que, por su mayor amplitud, da cabida tanto a la protección de la libertad mediante la concesión de facultades frente a detenciones o interceptaciones de la comunicación, cuanto a la garantía de su secreto, impidiendo la divulgación de su contenido⁷⁹¹.

De lo hasta el momento expuesto puede concluirse que, la "comunicación" constitucionalmente relevante coincide con un "procedimiento entre personas -en cuyo curso se hacen llegar a otros expresiones del propio pensamiento, articuladas en signos- que aparece protegido por la norma frente a cualquier interceptación, suponga ésta mera retención o suspensión del curso de la comunicación o, en otro caso además, el contenido de lo comunicado"⁷⁹².

Parece, pues, que a los efectos del secreto que la Constitución española protege, se ha de entender "comunicación" a aquella que se establece a través de un determinado medio técnico⁷⁹³, quedando fuera la llevada a cabo de forma "directa" o "en persona" por su menor susceptibilidad para ser objeto de vulneración⁷⁹⁴. Ello, sin embargo, no implica que éstas últimas queden desprovistas de toda protección.

⁷⁹⁰ SEMPERE RODRIGUEZ, C., "Comentarios a la Constitución española", op. cit., pág. 441, en opinión que comparte con SERRANO ALBERCA, M., "Comentarios a la Constitución", op. cit., pág. 241.

⁷⁹¹ Vid. SERRANO ALBERCA, M., "Comentarios a la Constitución", op. cit., pág. 373.

⁷⁹² JIMÉNEZ CAMPO, M., "La garantía constitucional...", op. cit., págs. 10 y 13.

⁷⁹³ En opinión de MONTERO AROCA, la intervención directa o entre presentes, esto es, mediante la colocación de aparatos de escucha por los propios comunicantes, no tiene acogida en nuestra Ley. "Las intervenciones de las comunicaciones...", op. cit., págs. 37 y 38.

⁷⁹⁴ Interceptar las comunicaciones -y, muy especialmente, las mantenidas vía telefónica- en opinión de CASTIÑEIRA y de FELIP, no puede sino significar el acceso mediante artificios técnicos a los mensajes que se cursan a través de este sistema de comunicación por quien no es destinatario de los mismos. Vid. "Secreto de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 133. En esta misma línea de opinión, véase ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., págs. 31, 34 y 37.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En opinión de la doctrina, la comunicación "entre presentes" no ha de entenderse secreta en el sentido del art. 18.3º CE pero sí reservada, en la medida en que la misma pertenece al ámbito de la intimidad de sus interlocutores amparado por el art. 18.1º CE que, si bien no se halla sujeto al límite previsto en el precepto anterior, admite ser objetivamente delimitado, trazando de este modo su marco de protección. La comunicación mantenida en persona, cuando haya de entenderse incluida en la esfera de intimidad reservada al individuo, no puede resultar objeto de investigación judicial⁷⁹⁵.

5.1.2. LÍMITES EXTRAORDINARIOS A LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS: LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO *EX ART.* 55 CE.

En verdad, la doble garantía de libertad y secreto de la comunicación en que el derecho se traduce, puede sufrir restricciones de muy diversa índole y conviene señalar que, al margen de ese primer límite que se ha entendido inherente a su reconocimiento mismo -orden de resolución judicial en contrario- el derecho a la reserva de las comunicaciones personales puede verse afectado por ciertas injerencias, cuyo fundamento se halla en las necesidades de defensa del Estado y el orden político que la misma Constitución establece.

Esto último, puede servir de hilo conductor en la exposición de las distintas posibilidades de restricción al pleno ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones personales, en general, y a las que en particular nuestro estudio se refiere, esto es, las comunicaciones mantenidas con un profesional de la Abogacía.

Así las cosas, conviene acometer este análisis desde el punto de partida que constituye la distinción entre el límite contenido en la propia definición expresada por el

⁷⁹⁵ Para un más profunda reflexión sobre el particular, véase JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional ...", op. cit., págs. 16 a 18.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

art. 18.3º CE -normal limitación por su inherencia al derecho fundamental mismo- y aquellos otros que representan "situaciones de verdadera crisis del derecho", previstas por el artículo 55 del mismo Texto; límites, éstos últimos, anormales o excepcionales, diferenciados según resulte o no individualizado en su acuerdo, el sujeto que haya de padecerlos.

En determinadas ocasiones, en efecto, el régimen de garantías previsto por el art. 18.3º CE sufre una sustancial modificación que, por lo que ahora interesa, se traduce en la posibilidad para los poderes públicos de penetrar en la esfera de protección del precepto, sin la necesaria orden de la autoridad judicial que se requiere en el común de los supuestos.

5.1.2.1. La suspensión del derecho prevista en el art. 55.1º CE.

Es cierto que, a los efectos de esta investigación interesaba especialmente el análisis del primero de los límites al derecho que se nombraban, esto es, la posible limitación que acompaña a la definición consitucional del derecho y que ha de entenderse de general aplicación; sin embargo, parecía asimismo conveniente una brevísima aproximación a la extraordinaria medida de suspensión de derechos prevista para los supuestos de declaración de los estados de excepción o sitio⁷⁹⁶, que integra la segunda de las categorías de límites apuntadas.

Una primera nota caracterizadora es, pues, la absoluta excepcionalidad de la limitación que se examina, toda vez que, la misma es consecuencia de la declaración por las autoridades estatales, igualmente excepcional, del estado de sitio o excepción. La decisión de uno u otro abre paso al sometimiento a control de las comunicaciones del

⁷⁹⁶ En este punto, debe particularmente atenderse a lo dispuesto en los arts. 17 y 18 de la LO 4/1981, de 1 de junio (BOE, de fecha 5 de junio de 1981). Para un mejor conocimiento de la materia puede verse FERNÁNDEZ SEGADO, F., (et. alt.) "Comentarios a la Constitución española de 1978", op. cit., Tomo IV, págs. 599 y ss., y SEMPERE RODRIGUEZ, C., "Comentarios a la Constitución ...", op. cit., págs. 439 y ss., entre otros muchos.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ciudadano por parte de las autoridades militares o gubernativas, si bien, dando cuenta inmediata, mediante escrito motivado, a la autoridad judicial⁷⁹⁷.

En efecto, según determina el art. 18.1º de la LO 4/1981, en estos supuestos y ante la concurrencia de circunstancias en ella precisadas, puede acordarse gubernativamente la intervención de las comunicaciones de todo ciudadano y, lo que es más importante, sin previa autorización del Juez; órgano éste que, en cualquier caso, habrá de ser puesto en conocimiento de la medida adoptada, en orden a constatar la suficiente fundamentación de la injerencia⁷⁹⁸.

En cuanto a las causas justificativas de la medida de limitación, en atención a lo dispuesto por la citada ley de 1981, puede señalarse la necesidad de esclarecer determinados hechos de carácter delictivo y la de mantener el orden público. En este supuesto, y a diferencia del resto, resulta posible la práctica de intervenciones de la comunicación predelictuales o desconectadas de la investigación de un hecho presuntamente delictivo⁷⁹⁹, con la única exigencia de que la medida se acuerde sólo en el caso de ser estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento del orden perturbado y su aplicación resulte proporcionada a las circunstancias que lo rodean⁸⁰⁰.

5.1.2.2. La excepcional suspensión individualizada del derecho fundamental.

Resulta igualmente obligada la referencia, aunque somera, a la posible suspensión individualizada de los derechos fundamentales prevista por el art. 55.2º CE⁸⁰¹

⁷⁹⁷ Véase el art. 32.3º de la LO 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁷⁹⁸ Considera sin embargo ROJAS CARO que la intervención de la autoridad judicial se limita a la confirmación o revocación de la decisión, siendo la autoridad gubernativa la que ha de asumir el desarrollo de la medida. *La intervención judicial o gubernativa de las comunicaciones en la LECrim*, en "Comentarios a la legislación penal", XI, Madrid, 1990, pág. 526.

⁷⁹⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 43.

⁸⁰⁰ MARTÍN MORALES, R., "El régimen constitucional ...", op. cit., pág. 141.

⁸⁰¹ Sobre el particular, véase FERNÁNDEZ SEGADO, F., (et. alt.), "Comentarios a la Constitución española", op. cit., Tomo IV, págs. 627 y ss, especialmente, págs. 656 y 657.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

con relación a personas relacionadas con la actuación de grupos o bandas armadas y elementos terroristas o rebeldes.

El excepcional régimen al que se alude se ha visto materializado en la LO 9/1984, a partir de la previsión de determinadas medidas que, derogada las distintas leyes especiales antiterroristas, han pasado a formar parte de la legislación ordinaria que en estas páginas se propone analizar.

La Norma Constitucional, ciertamente, acompaña de una doble garantía a esta extraordinaria limitación del derecho, al exigir no sólo la intervención judicial, sino un adecuado control parlamentario⁸⁰², en lo que parece una forma de compensar la gravedad de la suspensión de algunos de los derechos de más alto rango en nuestro ordenamiento⁸⁰³.

A nivel doctrinal -aunque teniendo a la vista declaraciones como las contenidas en la STC 199/1987- se afirma que la intervención de la autoridad judicial ha de preceder a la suspensión misma del derecho, tras una evaluación de la concurrencia o no los requisitos que se exigen. Si, como el mismo TC ha declarado, es preciso compatibilizar la iniciativa de los órganos gubernativos con el respeto de las máximas garantías constitucionales, resulta obligado admitir que la práctica de la escucha de las comunicaciones por estas autoridades públicas ha de proceder en el momento en que la intervención del Juez sea un obstáculo insuperable para el logro de los objetivos que con la solución se persiguen -esto es, la investigación de actividades terroristas o rebeldes- trasladando así el control jurisdiccional a un momento ulterior⁸⁰⁴.

⁸⁰² Véase. el art. 18.2º de la L 9/1984

⁸⁰³ CASTIÑEIRA, M^ªT., y FELIP, D., "Secreto de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 143. En opinión de estos autores, la garantía no se agota en la posibilidad de un control parlamentario por las vías ordinarias sino que, junto a este primero, el precepto hace alusión a un segundo modo de control *ex profeso* que, sin embargo, el legislador no se detiene a precisar.

⁸⁰⁴ CASTIÑEIRA, M^ªT., y FELIP. D., "Secreto de las comunicaciones ...", op. cit., págs. 143 y 144.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Con todo, se ha de tener presente que el desarrollo de la mencionada previsión constitucional, en origen, fue operado a partir de distintas leyes especiales antiterroristas más tarde derogadas, pero sólo formalmente; algunas de las medidas previstas en dicha legislación han sido incorporadas a la LECrim, perpetuando de este modo lo que no habría de entenderse sino una situación excepcional, o más bien excepcionalísima.

El legislador procesal, en efecto, ha incorporado al articulado de la LECrim distintas medidas limitativas de derechos que operan una sustancial transformación del régimen jurídico al que ha de sujetarse la intervención u observación de las comunicaciones privadas de la persona que se sospecha participe en la comisión de alguna de las conductas delictivas de terrorismo o de algún modo relacionada con ella⁸⁰⁵.

Ante esta circunstancia, y para mayor facilidad en el desarrollo de esta investigación, se ha optado por incluir el análisis de dichas previsiones en el más amplio examen de las distintas posibilidades de limitación de las comunicaciones privadas que arbitra nuestra LECrim; así pues, al hilo del análisis de la regulación prevista al respecto de la investigación de los delitos que se entienden comunes, se hace mención de algunas de las disposiciones expresamente referidas al delincuente terrorista o perteneciente a banda armada⁸⁰⁶ y, en los puntos que interesen, de las singularidades procesales en que se traducen⁸⁰⁷.

⁸⁰⁵ En efecto, y por lo que en particular respecta a la cuestión relativa a la intervención de comunicaciones en los supuestos de terrorismo, la doctrina ha denunciado que la previsión contenida en el art. 579. 4º LECrim -que en breve será examinada- resulta una auténtica operación de maquillaje pues, en vez de derogar la legislación especial terrorista, a partir de este precepto se incorporan a la norma procesal medidas propias de una legislación de excepción; operación y su resultado, que por la razón expuesta ha de entenderse inconstitucional. En este sentido, en particular, se pronunciaba el Diputado Sr. Sartorius, en el *Diario de Sesiones Congreso de los Diputados*, en la Sesión Plenaria del día 11 de febrero de 1988). Asimismo, el Sr. Bandrés afirmaba que, siendo el origen del precepto procesal el art. 55.2º CE, sin duda lo conculca habida cuenta de que este último permitiría en su desarrollo una ley específica, pero no una máscara a partir de la introducción en las leyes ordinarias de lo que es, en realidad, una auténtica ley antiterrorista.

⁸⁰⁶ Es más, llegados a un determinado punto de este análisis habrá de atenderse a medidas nacidas, precisamente, para ser exclusivamente aplicadas en este concreto marco delictivo.

⁸⁰⁷ Así sucederá al respecto del análisis del art. 579 de la LECrim, y en particular, del 4º de sus apartados.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, es claro que la legitimidad de toda excepción a la garantía del secreto de las comunicaciones privadas, sea o no inicialmente acordada por el órgano jurisdiccional, precisa de la observancia de determinadas exigencias impuestas para la limitación de todo derecho constitucionalmente consagrado con el rango de fundamental de la persona. Así pues, la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas del individuo, a salvo excepcionales supuestos de suspensión de derechos, ha de superar determinados filtros de los que, ante la desidia del legislador, vienen dando cuenta la doctrina y más alta jurisprudencia.

5.1.3. LÍMITES ORDINARIOS A LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO.

Cierto es que el límite configurado en la Norma Fundamental como inherente a la garantía de libertad y secreto de las comunicaciones -esto es, la existencia de previa resolución judicial al efecto- resulta insuficiente en orden a legitimar desde el punto de vista constitucional la excepción a la inviolabilidad de las mismas, pero no lo es menos que dicha exigencia ha de acompañarse del respeto a todo un conjunto de requisitos o presupuestos básicos, cuya inobservancia se traduce en evidente menoscabo del derecho afectado.

Al requisito de inexcusable desarrollo por ley con rango de orgánica de todo derecho fundamental se añade, pues, la necesidad de previsión normativa de los supuestos y condiciones en las que la excepción del derecho resulta legítima. Sin embargo, a pesar de la mencionada habilitación constitucional, el desarrollo del art.18.3º CE que nos ocupa, viene sujeto a ciertos límites no explícitos pero presentes en la Norma, que se traducen en la imposibilidad de limitación misma del derecho y complican la determinación de márgenes precisos dentro de los cuales la limitación del derecho puede hallar legitimidad.

En primer término, conviene tener presente que si el secreto ha de predicarse no del contenido de la comunicación sino del proceso comunicativo en su conjunto, debe

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

exigirse su respeto con independencia del carácter confidencial o no de lo comunicado y, por lo que ahora interesa, en el caso en que haya de coexistir con el necesario respeto de específicos secretos merecedores de idéntica protección constitucional; esto último alude claramente a situaciones en las que la garantía constitucional de previa resolución judicial que decida la limitación, no basta para entender legítimo el levantamiento del secreto como sucede, precisamente, con ocasión de las comunicaciones mantenidas con Abogados, titulares del derecho-deber de secreto profesional que ha de preservarse.

En realidad, aunque la norma procesal guarde silencio, la necesidad de preservar la confidencialidad de sus relaciones implica el establecimiento de un muro infranqueable ante eventuales injerencias en el desarrollo del derecho, por razón de su instrumentalidad a la efectividad del también fundamental derecho de defensa. Esto último, como en breve se conocerá, se traduce en la imposibilidad de limitar, siquiera en virtud de resolución judicial, estas comunicaciones de especial naturaleza⁸⁰⁸.

Es claro, pues, que el secreto profesional del Abogado ha de quedar al servicio del mencionado derecho de defensa, en principio intangible, por ser garantía básica del justiciable⁸⁰⁹ y funcionar como verdadero límite objetivo a las potestades de las que el Estado se irroga en la adopción de medidas que excepcionan la inviolabilidad de las comunicaciones; de ahí que, aunque se sea fiel a la tesis favorable al sacrificio de un derecho fundamental para dotar de realidad y efectividad a algún otro al que se enfrenta y que resulta prevalente al que se limita, es preciso introducir cierto matiz en algunas de estas manifestaciones.

⁸⁰⁸ Ello, a juicio de GREVI, no resulta en verdad sostenible; la garantía de inviolabilidad del derecho de defensa tiene carácter absoluto y, como tal, no admite límites particularmente cuando se refiere a la reserva de la relación Abogado-cliente. "La nuova disciplina delle intercettazioni ...", op. cit., pág. 98. En el mismo sentido parecen pronunciarse ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., págs. 84 y 85 y CAMÓN, A., "Le intercettazioni ...", op. cit., págs. 128 y 129.

⁸⁰⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía Constitucional...", op. cit., pág. 18.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Puede, en efecto, afirmarse la inexistencia de derechos fundamentales absolutos y, en consecuencia, inmunes frente a toda injerencia; sin embargo, admitir la posibilidad de limitar el elemental derecho del imputado a la defensa es cuestión distinta que no obtiene fácil respuesta.

Lo cierto es que el legislador muestra cierta inclinación por la limitabilidad de tan básica garantía al prever determinadas medidas restrictivas del mencionado bien constitucional y destinadas a la lucha frente a la delincuencia relacionada con el fenómeno terrorista⁸¹⁰; medidas, que entrañan intensísimas restricciones al fundamental derecho a la asistencia y defensa técnica como manifestación del más amplio derecho de defensa, arbitradas tanto por la norma procesal, cuanto por la Ley llamada a regir el cumplimiento de las penas privativas de libertad. Esta última norma que, como en breve se conocerá, determina las condiciones de vida en prisión del interno, ya en condición de preventivo, ya de penado, abre paso a la posibilidad de suspender o intervenir las comunicaciones de todo interno con Abogados y procuradores, en concretos supuestos delictivos -los relacionados con el terrorismo, aquí aludidos- y previa observancia de ciertas garantías⁸¹¹.

En particular, el sujeto que se halla dando cumplimiento a una pena privativa de libertad, ve aumentar las posibilidades de limitación del derecho a la libertad y secreto de sus comunicaciones personales en cuyo disfrute, en principio, ha de ser mantenido. Según se desprende de la jurisprudencia de emanada de nuestros Tribunales

⁸¹⁰ En el ordenamiento alemán, la estrategia en el combate de la criminalidad de raigambre terrorista -fenómeno éste, que ha venido azotando con fuerza a la mayor parte de estados europeos desde los años 70- la estrategia seguida es semejante. Lo cierto es que, el derecho alemán parece haber incorporado medidas, en apariencia, de mayor rigor a las arbitradas por el legislador español, y quizás a cualesquiera otras previstas por los distintos ordenamientos del marco europeo, con la salvedad que, en opinión de SARDINHA, representa el derecho inglés; a juicio de este autor, este último ha superado en dureza al resto de derechos europeos arbitrados para la lucha contra esta criminalidad violenta. Sobre el particular véase, *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*, Coimbra, 1989, pág. 66.

⁸¹¹ Vid. Art. 51.2º LOGP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Constitucional y Supremo, éste último derecho -como el resto de los que se entienden inherentes a su personalidad- "deja de estar protegido por el límite de límites en que consiste su contenido esencial" que no será ya el constitucionalmente declarado, sino el que resulte *ex art.* 25.2º CE y de la aplicación de la legislación penitenciaria, que puede transformarlo.

Esto último, sin embargo, no implica que haya de reconocerse legitimidad a toda modificación del contenido de los derechos que la requieran, sino tan solo a aquellas que se deriven de específicas exigencias propias del régimen penitenciario. En consecuencia, por distinto que a primera vista pueda parecer, no puede perder relevancia constitucional aquél que se entiende como "contenido esencial" del derecho mismo, de suerte que, ha de entenderse ilegítima toda injerencia en el derecho del penado a la libertad y secreto de sus comunicaciones privadas que lo alcance y restrinja⁸¹².

Ello, al parecer, sucede precisamente por consecuencia de la aplicación de ciertas medidas previstas en la LOGP, en general, sobre la esfera de derechos del privado de libertad, y en particular y por lo que aquí interesa, sobre el derecho reconocido por el art. 18.3º que le asiste, en su ejercicio respecto de la persona del Abogado defensor, que directamente repercute sobre el más elemental derecho de defensa⁸¹³.

6. A MODO DE EPÍLOGO Y PRÓLOGO. SISTEMATIZACIÓN DE LAS POSIBILIDADES DE LIMITACIÓN DEL DERECHO,

⁸¹² Como expresamente manifiesta JIMÉNEZ CAMPO, las mismas resultarían "arbitrarias" y "conculcadoras del derecho fundamental" que aquí se trata. Vid. "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 23.

⁸¹³ Esta es, en efecto, una impresión personal que puede confirmarse o rectificarse, en otro caso, tras el análisis de la disposición penitenciaria que se citaba, y de los arts. 46 a 48 del nuevo Reglamento Penitenciario de 1996, al que se dedica el quinto de los capítulos en los que se ha estructurado este estudio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

PARA UN PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PROBLEMÁTICA A ABORDAR.

Como a lo largo de estas páginas se ha tenido ocasión de constatar, el derecho a la libre comunicación con la persona que ejerce las funciones de Abogado, puede verse atacado desde un triple frente y padecer restricciones de diversa índole y repercusión sobre el elemental derecho de defensa.

En consecuencia, un examen riguroso -como el que en estas páginas se pretende- de las distintas posibilidades de intromisión en la esfera del mencionado derecho fundamental, hace obligado un recorrido por diferentes marcos jurídicos en los que se hallan encuadradas cada una de las medidas de limitación previstas y a las que atienden los tres capítulos subsiguientes.

Se trata, en realidad, de límites que pueden afectar tanto a la libertad en el desarrollo de la comunicación, impidiéndola, cuanto en el levantamiento del secreto que ha de presidirlas, esto último, a partir de medidas de intervención o de control de otros aspectos del proceso comunicativo.

Pero, aun cuando son distintos los fines que, en principio, persigue el acuerdo de cada una de ellas, lo cierto es que estos distintos modos de intromisión en la esfera del derecho a la comunicación del imputado con su Abogado defensor, coinciden en el perjudicial efecto de menoscabar la efectividad del derecho de asistencia y defensa técnica, como manifestación del más amplio y elemental derecho de defensa.

Así las cosas, como primer paso en la tarea que a continuación se propone, conviene un mínimo esbozo de las distintas situaciones en que tiene lugar la intromisión de las autoridades estatales en el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones que el inculcado mantenga con el profesional de la Abogacía.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

6.1. LÍMITES DEL DERECHO EN EL MARCO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL: LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DEL IMPUTADO A LOS EFECTOS DE LA INVESTIGACIÓN Y ADQUISICIÓN DE FUTURAS PRUEBAS.

En principio, nada parece oponerse a la facultad del imputado no sometido a medida cautelar de privación de libertad alguna, a mantener con el Letrado encargado de su causa cuantos contactos precise, en condiciones de absoluta reserva⁸¹⁴. No ha de ignorarse sin embargo que, a los fines de la investigación es en ocasiones preciso el acuerdo de injerencias más o menos graves en su esfera de derechos⁸¹⁵ y, en particular, sobre el fundamental derecho a la libertad y secreto de sus comunicaciones que, de no evitarse, pueden alcanzar a las celebradas con su defensor.

Ello revela que una primera medida de injerencia en el desarrollo del derecho a la libre comunicación con el defensor puede ser consecuencia de la adopción sobre el sujeto imputado de alguna de las medidas que, con finalidad investigadora y de obtención de fuentes de prueba, se contienen en el art. 579 LECrim.

El precepto, como en breve se conocerá, incluye la previsión de distintas medidas de aplicación sobre las comunicaciones postales y telegráficas, o las que el imputado mantenga vía telefónica, en el supuesto en que se sospeche la posible obtención a través de cualquiera de ellas, de algún dato o elemento de relevancia para la causa. Este mismo fin, al parecer, ha llevado al legislador a extender el ámbito de aplicación subjetivo de estas medidas a terceros no sospechosos de participación en el

⁸¹⁴ Véanse los arts. 118 y 788, ambos de la LECrim, que garantizan al inculpado la titularidad y posibilidad de ejercitar el derecho de defensa de forma inmediata al surgimiento de la imputación.

⁸¹⁵ La norma procesal, como medio de investigación y al efecto de obtener elementos útiles a la configuración de futuras pruebas, prevé la medida de intervención de las comunicaciones privadas del sujeto sometido al proceso en un precepto, el art. 579 de la LECrim, "repleto de ausencias".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

hecho delictivo, pero relacionados de algún modo con el principal imputado o la vía de comunicación que es objeto de control.

A la vista de lo anterior, la primera de las dudas que se plantea invita a averiguar si puede, y en qué condiciones, entenderse legítima la aplicación de las medidas a las que se aludía sobre comunicaciones -ya orales, ya escritas- en las que intervenga el Abogado en ejercicio de las funciones de defensa jurídica⁸¹⁶. En la búsqueda de la respuesta se hace obligado tener presente que, lo que en apariencia no es sino una limitación al libre ejercicio del derecho a mantener comunicaciones en secreto, desde el momento en que involucra al imputado y a su defensor se traduce en injerencia y, según todo apunta a señalar, en mella del elemental derecho a la asistencia y defensa técnica, de cuya efectividad depende el adecuado desarrollo y éxito de la defensa y, en definitiva, de la Justicia en el proceso.

A la vista de lo anterior y como primera conclusión puede afirmarse que, medidas de investigación como las previstas en el art. 579 LECrim -cuya adopción se ve legitimada a partir de la observancia de las garantías legalmente exigidas- cuando afectan a comunicaciones, como las que aquí interesan, de especial naturaleza por su innegable repercusión sobre el bien fundamental de la defensa, se tornan ilegítimas y lesivas de esta última, la más elemental de las garantías procesales.

De la legitimidad o no de la medida de injerencia -ya sobre las comunicaciones del imputado con su Abogado defensor, ya sobre las que este último celebre con personas distintas en ejercicio de la función defensiva- dependerá el valor que a los efectos probatorios ha de otorgarse a toda información resultante de la misma.

⁸¹⁶ Vid. BETTIOL, G., y BETTIOL, R., "Istituzioni di Diritto e Procedura penale", op. cit., pág. 153.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

6.2.- LA LIMITACIÓN DEL DERECHO EN SITUACIONES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD CON FINALIDAD CAUTELAR: LA INCOMUNICACIÓN DE DETENIDOS Y PRESOS.

Como se adelantaba, el derecho a la libre comunicación, en particular con el defensor, se reconoce al imputado en situación de detención o prisión provisional a quienes, sin duda ninguna, se extiende la protección del art. 8º CEDH; en realidad, la prohibición de mantener comunicación o correspondencia con el defensor representa para el privado de libertad, la más radical de las formas de injerencia en el ejercicio del derecho que consagra dicho precepto⁸¹⁷.

En efecto, el sometimiento del imputado a una medida cautelar privativa de libertad, en absoluto ha de impedir el contacto con la persona de quien, desde el inicio del proceso y hasta su finalización, sin solución de continuidad, ha de recibir asistencia y defensa técnica; parece que, en un intento de compensar la mayor dificultad que rodea el ejercicio del derecho a comunicar en las situaciones de privación de libertad, el legislador ha decidido reforzar la protección del derecho⁸¹⁸, adelantando su nacimiento y posibilidad de disfrute, de un lado, y de otro, asegurando su efectividad con independencia de la voluntad de su titular en contrario⁸¹⁹.

Esta especial tutela que la norma procesal le confiere, se ve además completada con el especial trato que, según luego se conocerá, dedica el legislador penitenciario⁸²⁰ a las comunicaciones que autoriza a todo interno mantener con el Abogado defensor o aquél otro llamado para asuntos penales⁸²¹.

⁸¹⁷ Vid. SsTEDH 21 de febrero de 1975, "Caso GOLDER" y de 25 de marzo de 1985 "Asunto SILVER c/ RU".

⁸¹⁸ RAMOS MENDEZ, F., "El Proceso Penal. Lectura constitucional" op. cit., pág. 315.

⁸¹⁹ Véanse los arts. 520. 2 c) y 520. 6 LECrim.

⁸²⁰ Véase el art. 51.2 de la LOGP, y asimismo los arts. 46 y ss. del RP de 1996.

⁸²¹ Ahora bien, una interpretación desacertada de las previsiones contenidas en la LOGP y su Reglamento, en ocasiones llevada a cabo por nuestros Tribunales, antes que intensificar la tutela del derecho ha

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ciertamente, La Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce al sometido a detención la facultad de entrevistarse reservadamente con su Abogado finalizada la práctica de la diligencia en la que interviene⁸²² y prohíbe asimismo impedir su relación con el Abogado defensor mientras se halle en comunicación; a nadie se le escapa, sin embargo, que una lectura *a sensu contrario* de la fórmula legislativa empleada para el reconocimiento del derecho abre paso, en la situación opuesta, a un posible impedimento de sus contactos.

En ocasiones, en efecto, las especiales circunstancias que rodean la investigación o instrucción de la causa, hacen preciso un aseguramiento reforzado de los fines pretendidos con la medida cautelar⁸²³, en particular, mediante la sujeción del imputado a un régimen incomunicación que, como no podría ser de otro modo, se traduce en un recorte de su cuadro de derechos. En esencia, el mismo entraña la imposibilidad de valerse de la facultad de comunicar de forma oral o escrita, con personas procedentes del exterior de la prisión entre las que no resulta expresamente excluido el Abogado defensor⁸²⁴.

De lo expuesto se concluye sin dificultad que, la incomunicación judicial del detenido o preso repercute de forma directísima sobre el fundamental derecho a la asistencia letrada, por cuanto, aun cuando la misma no entraña su absoluto

generado el efecto opuesto. La nueva reglamentaria, sin embargo, parece haber sentado el criterio de interpretación de dichos preceptos más ajustado a las exigencias constitucionales, durante tanto tiempo ignorado.

⁸²² Vid. Art. 520.6 LECrim.

⁸²³ Como en su momento se tendrá ocasión de señalar, la medida parece orientada a asegurar el secreto en el desarrollo de las investigaciones y la evitación del menoscabo o pérdida de fuentes y medios de prueba o la fuga del imputado, como fines declarados; sin embargo, como igualmente se tratará de evidenciar, se hallan implícitos algunos otros que habrán de ser desvelados.

⁸²⁴ En verdad, como en breve se conocerá, sólo el órgano jurisdiccional puede autorizar los medios de comunicación y correspondencia de la que puede el imputado valerse -de entenderlos no perjudiciales al perfecto desarrollo de la instrucción- y adoptar la más grave decisión de impedir, durante ese tiempo, la relación con su defensor. A este respecto véanse los arts. 523 LECrim, interpretado en contrario, y el art. 524 de la LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

desconocimiento, sí supone para el mismo una sustancial transformación. La modificación, en realidad, alcanza de lleno a las distintas manifestaciones del mencionado derecho fundamental, al impedir a su titular la libre designación de Abogado de confianza y la facultad de mantener con el mismo comunicación reservada en orden a la preparación de la defensa.

Una vez se levanta la medida de incomunicación judicial, el derecho del imputado preso a comunicar con su Abogado defensor que debiera disfrutar de forma plena, puede sufrir un nuevo envite que tiene su origen en cierta disposición contenida en la LOGP. Téngase presente que, el régimen de comunicaciones y visitas que en la misma se prevé y, en consecuencia, la limitación que el mismo admita, resulta de aplicación a todo interno con independencia de su condición procesal o penitenciaria.

El derecho que asiste al privado de libertad a comunicar con su Abogado puede, pues, sufrir el ataque de no menor intensidad que se deriva de su sometimiento al régimen que se establece para ordenar la vida en prisión. La norma penitenciaria, como más tarde se conocerá, abre paso a la posibilidad de suspender o intervenir las comunicaciones del interno, ya preventivo, ya penado, como excepción al general reconocimiento al mismo del derecho a comunicar con personas procedentes del exterior, y en particular con su Abogado defensor.

Lo cierto es que, en este punto, el legislador parece ignorar el muy diferente *status* que ha de corresponder a detenidos o presos de aquél específico en el que ha de situarse al interno que se halla en prisión dando cumplimiento a la pena impuesta por sentencia⁸²⁵; y, en verdad, se echa de menos la configuración en el ámbito penitenciario,

⁸²⁵ Cfr. GIARDIA, "Il regimen carcerario ...", en "Diritti dei detenuti", op. col. dir. GREVI, V., pág. 242. En este sentido y con acierto habla MAROLDA de dos momentos diferenciados en cuanto a la privación de libertad del ciudadano, la "detención" o privación de libertad con finalidad cautelar y como medida de esta naturaleza, y la privación de libertad a título de expiación de la pena; como bien advierte el autor, faltando la condena, el ciudadano "se encuentra en la plenitud de su esfera de derechos, aunque el ejercicio material de estos últimos pueda verse limitado". *I diritti del cittadino*

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de un específico régimen de derechos -del que ahora interesa el relativo a la libre comunicación con el defensor- que atienda a la especial condición que ostenta cada recluso en el interior de la prisión⁸²⁶.

Así las cosas, se hacía en este análisis precisa la atención, no solo a lo dispuesto en la norma procesal⁸²⁷, sino a concretas previsiones de la Ley Orgánica 9/1979 General Penitenciaria y el Reglamento que la desarrolla -aprobado por RD 190/1996, de 9 febrero- para, una vez detectada esta última disonancia, precisar el alcance de la limitación del derecho a comunicar que se contiene en uno u otro cuerpo normativo.

6.3.- APROXIMACIÓN A LOS LÍMITES PREVISTOS POR EL LEGISLADOR PENITENCIARIO.

Con anterioridad se señalaba que la privación de libertad no ha de impedir a aquél que la padece el disfrute del derecho fundamental a la asistencia y defensa técnica, y como presupuesto de este último, el goce del derecho a la libre comunicación con la persona a la que se confía su ejercicio⁸²⁸. Y, en verdad, dicha facultad parece garantizada en el marco de la legislación penitenciaria, a partir de la previsión de un específico régimen de comunicaciones y visitas a celebrar por el interno, con los Abogados que les defiendan y Procuradores que los representen, entre otras personas autorizadas;

detenuto nelle leggi vigente-prospettive di riforma, en "Redenzione umana", 1966, págs. 159 y 160, citado por PISAPIA, M., *Libertà personale e processo*, Padova, 1974, págs. 139 y 140.

⁸²⁶ En coherencia a la presunción de inocencia que ha de reconocérsele, contrariamente, al preso provisional ha de otorgarse un trato diferenciado del que recibe el sujeto condenado sometido, por esa razón, a una especial relación de sujeción con la Administración penitenciaria. Sólo de este modo es posible evitar la confusión y el funcionamiento de la prisión provisional, que no es sino medida cautelar, como pena anticipada o a cuenta.

⁸²⁷ Básicamente, en los arts. 520.2 c) y 523, 524, en relación con el art. 527 de la LECrim.

⁸²⁸ Vid. STEDH 23 de marzo de 1985, "Caso SILVER" y la STEDH de 21 de febrero de 1975, "Caso GOLDER".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

comunicaciones, unas y otras que, por su especial naturaleza, reciben del legislador tutela privilegiada.

La Ley General Penitenciaria, y en su desarrollo el Reglamento, parecen diseñar un auténtico derecho del privado de libertad a comunicar con su Abogado defensor o aquél llamado en relación con asuntos penales, que protege intensamente a partir de la exigencia de especiales condiciones para su celebración y de una drástica reducción de las posibilidades de limitación. El art. 51.2º LOGP, a cuya exégesis habrá de dedicarse un buen número de estas páginas, prohíbe suspender o intervenir las comunicaciones del interno con el Abogado defensor o aquél llamado en relación con asuntos penales, a no ser que se trate de un supuesto relacionado con el fenómeno terrorista y siempre que la limitación fuere judicialmente ordenada⁸²⁹; condiciones éstas que, de reunirse, parece que posibilitan la aludida limitación.

Esta última disposición, lejos de diferenciarlos -como debiera- afecta por igual al preso provisional y al sujeto condenado que se halle dando cumplimiento a la pena impuesta por sentencia; circunstancia ésta, que mueve a la reflexión en un doble sentido.

De una parte, interesa hacer notar la incongruencia que resulta del sometimiento del primero a un régimen idéntico al que viene sujeto quien, sin el beneficio de la presunción de inocencia, cumple en prisión la pena que le viene impuesta

⁸²⁹ A esta doble exigencia -que ha de entenderse conjunta- habrá de añadirse la necesaria persecución de un fin lícito que, si bien el legislador no especifica, se sospecha coincidente con aquellos declarados en el apartado 5º del mismo precepto y que se resumen en razones de interés para el tratamiento penitenciario -razón ésta que, no ha de afectar al interno preventivo que se ha de presumir inocente- en la salvaguarda de la seguridad y el buen orden del establecimiento; ello, es claro, cuando la limitación no obedece al acuerdo de incomunicar al detenido o preso.

A la vista de lo anterior, no sorprenderá la enorme controversia surgida en torno a la interpretación de esta concreta disposición legislativa, origen de numerosas dudas -algunas, afortunadamente resueltas por el legislador penitenciario en una de sus últimas reformas- que despierta toda crítica por lo complicado de su ajuste a los principios que han de inspirar el cumplimiento, tanto de lo que no es sino medida cautelar, cuanto de la pena privativa de libertad una vez liberada de sus fines retributivos.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

por sentencia. Sujeto que se halla ligado en virtud de una especial relación de sujeción con la Administración penitenciaria, que condiciona su régimen de derechos⁸³⁰.

De otra parte, es preciso señalar que el sujeto condenado no ha de resultar privado del disfrute de sus más elementales derechos, a no ser que por razón de lo dispuesto en el art. 25.2º de la CE quede sujeto a limitación; ello, en ocasiones sucede respecto del derecho del interno a comunicar con el defensor, instrumental a la efectividad del también fundamental derecho a la asistencia y defensa técnica.

Es más, parece conveniente señalar que la sospecha de comisión de ciertos delitos de extrema gravedad, o su constatación ulterior en vía judicial y, muy particularmente, en aquellos relacionados con el fenómeno terrorista y la actuación de grupos o bandas armadas, eleva en grado el rigor -ya de por sí altísimo- de alguna de las medidas de intromisión previstas. Ello se traduce en una disminución, cuanto menos cuestionable, de alguna de las garantías constitucionales de observancia inexcusable en el resto de supuestos⁸³¹.

Asimismo, entre las posibilidades de limitación del derecho del privado de libertad a comunicar con Abogados, en general, y con su defensor, en particular, ha de hacerse mención a la peculiar medida que contiene el art. 44 del Reglamento Penitenciario en vigor desde 1996; medida que consiste, en esencia, en la inmediata suspensión por parte de las autoridades penitenciarias de una conversación, a diferencia de las anteriores, ya iniciada, que sólo en último extremo ha de ser comunicada a la autoridad judicial.

⁸³⁰ Vid. *supra* cap. 5º de este trabajo.

⁸³¹ En efecto, como en su momento se tendrá ocasión de constatar y será objeto de crítica, en torno a este cuerpo de conductas delictivas, la norma procesal de un lado, y de otro la penitenciaria -como resultado de la habilitación concedida al legislador por el art. 55.2º CE- contienen previsiones que, si ya de por sí entrañan la limitación de derechos del más alto rango, en ocasiones alcanzan y llegan a menoscabar una de las más básicas de las garantías del sistema, cual es la defensa.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La excepcional medida a la que se alude, según puede deducirse de las condiciones exigidas para su aplicación, obedece a la necesidad de evitar la comisión de acciones delictivas que alteren la convivencia o el orden y seguridad del establecimiento, o a la inobservancia de las formas que reglamentariamente se establecen para el desarrollo de la comunicación, reconducible a ese mismo fin de aseguramiento del orden en el Centro Penitenciario.

En consecuencia, la medida puede afectar a todo interno con independencia de su condición de preventivo o penado, en cualquiera de las comunicaciones que celebre y de la que, en apariencia, no es excepción la que pueda mantener con el Abogado defensor.

A la vista de lo expuesto, la duda que se plantea e interesa despejar por su interés, es la relativa a la legitimidad o no de alguno de los modos de injerencia previstos, habida cuenta de su repercusión y, según todo apunta a considerar, el menoscabo que entraña del elemental derecho de defensa. Este propósito ha llevado a dedicar los capítulos que suceden a un análisis en profundidad de cada una de las previsiones aquí aludidas, que permita llevar a cabo desde mejor posición la crítica y propuestas de solución a la problemática planteada por su aplicación ante la falta de respuestas del legislador⁸³².

⁸³² La brevedad que requería el diseño, ha impedido señalar con detalle aspectos esenciales tales como sujetos legitimados para su adopción, ámbitos objetivos y subjetivos de aplicación de la medida, requisitos y exigencias de necesaria observancia y fines perseguidos con el acuerdo (v.gr), de cada una de las medidas previstas. Se confía, sin embargo, en que este vacío pueda integrarse a partir de los resultados del estudio al que se dedican los tres capítulos subsiguientes y en el sexto y último en el que habrán de examinarse los efectos derivados de su aplicación.

En realidad, el objetivo pretendido con el capítulo que ahora se cierra, no ha sido otro que poner de manifiesto la importancia de asegurar el pleno ejercicio del derecho a mantener con el Letrado comunicación reservada en todo estado y grado del procedimiento y, al propio tiempo, evidenciar la posibilidad de introducir limitaciones en la esfera del derecho, si bien, con carácter extraordinario. Así pues, con la advertencia de la excepcionalidad que habrá de caracterizar a la ya de por sí excepcional limitación de los derechos fundamentales de la persona, ha de acometerse a continuación el estudio de las condiciones y fines determinantes de la legitimidad desde el punto de vista constitucional, de cada una de las distintas previsiones legislativas aludidas.



CAPÍTULO 3º: LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON ABOGADOS, EN GENERAL, Y CON EL DEFENSOR, EN PARTICULAR. SUS EXCEPCIONES.

1. IDEAS PREVIAS

Al abordar la materia relativa al desarrollo legislativo del derecho constitucional que consagra el art. 18.3º CE parece conveniente un trazado mínimo de las líneas delimitadoras de nuestro objeto de estudio; así, debe en primer término señalarse que el propósito último perseguido en estas páginas es, en esencia, el análisis de los distintos límites susceptibles de afectar a la esfera de ejercicio del derecho, pero centrado en aquellos supuestos de intervención de las comunicaciones personales que precisan de resolución judicial al efecto de excepcionar su inviolabilidad.

En consecuencia, fuera de nuestra atención queda el excepcional supuesto de suspensión de derechos -entre los que se incluye el que aquí interesa- prevista por el art. 55.1º CE en el caso en que se declaren los estados de excepción o de sitio, donde la necesidad de orden jurisdiccional desaparece. No parecía, en cambio, acertado obviar el análisis del también extraordinario límite contenido en el 2º de los apartados del mismo precepto, y referido a la posible suspensión individualizada de la garantía por razón de la comisión de delitos relacionados con el terrorismo y la actuación de bandas armadas; ello, aun cuando este mismo requisito se excluye, cuanto menos inicialmente, en este otro supuesto.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En realidad, la interacción de los efectos derivados de la aplicación de esta última disposición, hace obligada la referencia a las especiales previsiones que han de operar en aquellas causas seguidas por razón de la comisión de este concreto cuerpo de delitos, a medida que se vayan conociendo las distintas posibilidades de limitación y excepciones al régimen general al que han de sujetarse, concretamente, el derecho fundamental de su presunto autor a comunicar libremente. Téngase presente que, derogada por inconstitucional la legislación especial antiterrorista, la norma procesal incorpora a su articulado ciertas medidas que tienen en ella su origen, convirtiendo dicha derogación en una operación sólo formal.

El legislador, en cualquier caso, acomete el desarrollo del derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones personales, tanto material cuanto procesalmente.

De un lado, es la norma penal sustantiva⁸³³ la que incluye ciertos tipos delictivos en los que el bien jurídico que se protege no es otro que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas -o el más amplio derecho a la intimidad personal- susceptibles de ser cometidos, bien por los particulares, bien por las autoridades públicas; estas últimas, especialmente, con ocasión del desenvolvimiento de la investigación delictiva⁸³⁴.

De otro lado, el legislador procesal hace uso de la habilitación constitucional conferida y abre paso a la posibilidad de introducir limitaciones en el desarrollo de las comunicaciones privadas, a partir del arbitrio de determinadas medidas de injerencia

⁸³³ Código Penal (CP, en adelante) de 1995.

⁸³⁴ En particular, se está aludiendo a la interceptación ilegal de comunicaciones privadas o colocación ilegal de escuchas telefónicas, tipificadas en los arts. 535 y 536 del nuevo CP de 1995 -en sustitución de los arts. 192 y 192 bis del derogado Código Penal de 1973- y asimismo, a atentados a la intimidad como las interferencias ilegales en las comunicaciones telefónicas, o utilización ilegal de artefactos de escucha que llevan al descubrimiento y revelación de secretos, a los que se refieren los arts. 197 a 200 del CP. La redacción de estos últimos, ciertamente, ha permitido la superación de la deficiente tipificación de estas conductas delictivas en los arts. 497 y 497 bis de la ya antigua norma penal sustantiva.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que se pretenden útiles a la investigación y destinadas a la obtención de futuros medios de prueba.

Sin embargo, a la vista de la insuficiente regulación que de esta materia que se contiene en la LECrim, no parece haber cumplido satisfactoriamente la labor de desarrollo del derecho constitucional que tiene encomendada; pero, lo que sorprende y merece mayor crítica es la pasividad que demuestra cuando, en el transcurso de más de una década, no ha acometido reforma legislativa alguna de trascendencia⁸³⁵, que permita poner fin a la suma de deficiencias que presenta la parca regulación con la que se cuenta.

Bien distinto parece, sin embargo, el proceso de evolución seguido en el seno de algunos ordenamientos procesales del marco europeo que, aunque de forma no exhaustiva, interesa conocer; sus resultados pueden servir al legislador español de referente para, desde mejor posición, dar completa cobertura jurídica a una materia de enorme relevancia, no solo procesal, sino también socio-política clara.

⁸³⁵ En realidad, el último de los esfuerzos legislativos de reforma, de cierta entidad, en materia de intervención de comunicaciones fue el operado por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de marzo, sobre el art. 579 LECrim; en apariencia menor, pero de repercusión innegable ha sido la modificación operada por el legislador penitenciario e introducida con ocasión de la aprobación de la nueva norma reglamentaria -RD 190/1996, de 9 de febrero- en lo que respecta a la decisión exclusivamente judicial -según ahora expresamente se declara- de límites al desarrollo de las comunicaciones sostenidas con letrado en el ámbito carcelario.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES, EN ESPECIAL CON ABOGADOS, EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO.

2.1. ASPECTO GENERAL DE LA CUESTIÓN.

Una primera aproximación al estado general de la cuestión en distintos ordenamientos procesales del marco europeo, revela como nota común a todos y ausente en el nuestro, la creciente preocupación de los legisladores internos por acomodar su derecho a las exigencias que derivan del CEDH bajo cuya protección se hallan⁸³⁶.

En efecto, las sucesivas reformas legislativas operadas por alguno de ellos han dado lugar al desarrollo, cuando no nacimiento mismo, de una regulación procesal que parece ajustada -aunque no siempre con la perfección que debieran- a las pautas suministradas por la jurisprudencia que emana del máximo intérprete y garante del Convenio⁸³⁷; en esta sede, viene en verdad configurándose una auténtica doctrina relativa a las posibilidades y condiciones en que puede ser excepcionada la garantía que consagra el art. 8º del Convenio, en relación con el 6º cuando la injerencia estatal

⁸³⁶ En verdad, según ha comprobado MANZANO SOUSA, sólo cuatro de los países que integran la UE -entre los que se encuentra España- no han renovado su legislación interna al respecto de la intervención de las comunicaciones privadas. Precisamente por lo contrario, merecen especial mención ordenamientos como el alemán, italiano, francés, belga o británico, en cuyo seno se ha venido configurado un régimen más o menos ajustado a las pautas que derivan de la doctrina del alto TEDH. Vid. "La interceptación legal de las telecomunicaciones ...", op. cit., pág. 640 (aunque, en verdad, es interesante la consulta del estudio en su conjunto).

El legislador español, como se adelantaba, se contenta con una muy deficiente e incompleta regulación, algo retocada por efecto de una Ley de reforma procesal de 1988, pero hasta el momento no modificada con el alcance deseable o sustituida por una distinta y ajustada a las exigencias que impone el respeto del Convenio europeo de Derechos Humanos.

⁸³⁷ Consciente de la eficacia -cuanto menos programática- que ha de otorgarse a lo dispuesto en el art. 8º CEDH y una vez afirma que el mencionado precepto sirve de refuerzo a la garantía de inviolabilidad de la libertad y secreto de la correspondencia que recoge el art. 15 de la Constitución italiana, denuncia ya PISANI la necesidad de operar en el derecho italiano una reforma de la materia relativa a la intervención de las comunicaciones personales, que tome como eje lo dispuesto en el citado art. 8 CEDH. Vid. PISANI, M., *Introduzione al processo penale*, Milano, 1988, págs. 173 y 174.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

a la que se refiere el primero afecta al desarrollo de las comunicaciones que se establecen con la persona que ejerce las funciones de defensa.

Interesa, pues, una mínima aproximación a nuevas o perfeccionadas disciplinas procesales de las medidas de interceptación de las comunicaciones privadas, como la introducida en el derecho francés en 1993 -en respuesta a la condena del Estado por STEDH de 24 de abril de 1990, en el caso KRUSLIN, las previsiones contenidas en el Código Procesal italiano que comienza su andadura en el año 1995 y las diferentes leyes de reforma introducidas por el legislador alemán, la más reciente, operada sobre la misma Ley Fundamental de Bonn.

Como se ha tenido ocasión de denunciar, esta intensa actividad legislativa contrasta con la absoluta pasividad del legislador procesal español que, lejos de lo que debiera, desatiende las necesidades de reforma de esta materia que, en los últimos años, ha adquirido enorme repercusión de todo orden. Dicha realidad, no puede sino provocar la crítica de la doctrina que se mantiene firme en el empeño de ver definitivamente consagradas las garantías que, a su juicio y en buena parte coincidente con el de los mismos jueces, han de ser observadas ante toda injerencia del Estado en las libertades del ciudadano, en el seno del proceso y fuera de él, en cualquiera de los ámbitos en que despliegan su eficacia los derechos que se reconocen como fundamentales.

Ahora bien, por lo limitado del espacio de un trabajo de investigación como el que se desarrolla, difícilmente puede tratarse con la exhaustividad deseada la regulación que al respecto se contiene en distintos ordenamientos jurídicos del marco europeo; ello no obstante, se intentará reflejar en estas páginas las conclusiones que resulten de un análisis de los principales aspectos del control de las comunicaciones personales a los fines del proceso, en general y, particularmente, de aquellas en las que

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

intervengan el imputado y su defensor, o este último con otras personas, como emisor o destinatario de la comunicación.

Puede adelantarse, aunque quizás no sorprenderá, que la mayor intensidad de las injerencias previstas en alguno de los ordenamientos examinados se detecta en lo que parece ser la respuesta legislativa a la necesidad de combatir el fenómeno terrorista o de la criminalidad organizada que viene azotando con dureza en los últimos años a muchos de los Estados europeos.

2.2. EL CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL FRANCÉS.

A los fines de la investigación criminal, en efecto, la normal procesal francesa ha previsto la posibilidad de decidir la interceptación, registro y transcripción de correspondencia privada emitida por vía de telecomunicaciones⁸³⁸; operaciones que, en principio, han de ser acordadas por el Juez y practicadas bajo su control, aun cuando puede delegarse en los órganos policiales⁸³⁹.

Lo cierto es que, el legislador francés limita doblemente el ámbito de aplicación de las distintas suertes de limitación aludidas, al permitir únicamente su acuerdo

⁸³⁸ La regulación de esta materia se contiene, básicamente, en el art. 100 CPPfr, introducido por ley L. n° 91-646, de 10 de julio de 1991 nacida con la intención de superar las deficiencias puestas de manifiesto tras la condena al Estado francés por STEDH de 24 de abril de 1990, en los asuntos KRUSLIN y HUVIG.

⁸³⁹ El acuerdo por el órgano judicial de la medida de intervención telefónica precisa resolución escrita, no susceptible de recurso, que habrá de contener todos los elementos de identificación de la vía telefónica a interceptar, señalando bien el número de teléfono, bien la identidad del titular de la línea, la infracción que se sospecha cometida y motivar su acuerdo, así como la duración de la misma y, según entiende la doctrina, la fecha y hora de principio y fin de las operaciones.

Téngase presente que la medida de intervención puede sólo mantenerse por un plazo máximo de 4 meses de duración, aunque con posibilidad de ser renovada por el mismo periodo de tiempo, de concurrir idénticas condiciones de fondo y forma a las inicialmente atendidas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ante la sospecha de comisión de ilícitos penales de cierta gravedad⁸⁴⁰, y reservar su aplicación a los supuestos en que las necesidades de la investigación así lo exijan⁸⁴¹.

Interesa hacer notar que, aunque es expresa en su exigencia de este doble presupuesto legitimador de la limitación, en absoluto determina la norma gala con claridad el ámbito de posibles sujetos pasivos de las medidas de intervención que se arbitran⁸⁴². Ahora bien, la falta de precisión en cuanto a este extremo contrasta enormemente con una rotunda exclusión del régimen general que establece, de las comunicaciones en las que interviene un Abogado y procedan, bien de su bufete, bien de su domicilio⁸⁴³.

En este punto, es interesante el análisis de cierta jurisprudencia emitida por el Tribunal de Casación francés, y en particular de la sentencia de 6 de febrero de 1997, en la que hubo de decidir la cobertura o no por el secreto profesional de determinada documentación obtenida del despacho de un Abogado, ante la duda de si la confidencialidad había de afectar o no a todo el material obtenido, ya fuera judicial, o simplemente jurídico⁸⁴⁴.

⁸⁴⁰ El mismo Código procesal se refiere a la sola posibilidad de acordar escuchas en materia de crímenes y delitos, siempre que la pena sea igual o superior a 10 años de prisión.

Aunque será en posteriores páginas cuando se haga mención y crítica de esta ausencia, conviene adelantar que el legislador español nada nombra acerca de la gravedad o cuantía de la pena esperada al delito o falta que se presume cometido, como límite por encima del cual la medida limitativa pueda entenderse proporcionada y, en consecuencia, su aplicación legítima para un determinado grupo de conductas delictivas.

⁸⁴¹ Para un conocimiento en mayor profundidad, puede verse CONTE, P., con MAISTRE DU CHAMBON, P., "Procédure Pénale", op. cit., pág. 199; CHAMBON, P., "Le juge d'instruction", op. cit., pág. 127.

⁸⁴² En efecto, en su referencia a la concreta medida de escuchas telefónicas, el art. 100. 1º del CPPfr no determina con precisión el sujeto que haya de padecerlas y se limita a exigir la constancia de distintos elementos que permitan la identificación de la línea a interceptar.

⁸⁴³ Vid. Art. 100. 7 CPPfr.

⁸⁴⁴ Es interesante el comentario a la citada resolución judicial de DAMIEN, A., en "Rev. Justice du Palais", núms. 75 a 77, París, págs. 183 a 185.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Sobre la base de lo en ella resuelto -que en cierto modo se aparta de cuanto durante largos años se venía sosteniendo- y asimismo, conforme al sentido de la modificación operada por el Parlamento francés en fechas no lejanas -de 18 de febrero de 1997- sobre la ley de 31 de diciembre de 1971, puede afirmarse que "en toda materia que verse sobre la petición de consejo o sobre cuestiones relacionadas con la defensa, las consultas dirigidas por un Abogado a su cliente o destinadas a él, la correspondencia mantenidas entre el cliente y su Abogado, y entre el Abogado y sus colegas, las notas acerca de conversaciones y, en general, todas las piezas del sumario, estarán cubiertas por el secreto profesional".

Así pues, en lo que parece una intención clara de salvaguardar el respeto de este último y lograr la plena efectividad del derecho de asistencia y defensa técnica, parece que la medida de intervención no habrá de operar sobre las líneas telefónicas del Abogado. Este último, como principio general que no debe ser derogado más que a título excepcional⁸⁴⁵ si contra el Abogado existieran indicios de participación en una infracción delictiva.

Pero, en cualquier caso, la norma procesal francesa exige para el lícito acuerdo de las comunicaciones en las que participa el defensor, si excepcionalmente procede, la observancia de un plus de garantías entre las que se incluye la necesidad de previa información por el Juez de su acuerdo al Decano del Colegio de Abogados al que el profesional afectado pertenezca⁸⁴⁶, como fórmula de protección frente a eventuales extralimitaciones de los órganos estatales en la decisión y ulterior práctica de la limitación.

⁸⁴⁵ En este sentido parece expresarse la jurisprudencia emanada del Tribunal de casación francés, en sentencias como la de 15 de enero de 1997, citada en los comentarios al precepto del *Code du Procédure Pénale*, Dalloz, ed. 1997., op. cit., pág. 224.

⁸⁴⁶ Vid. Art. 100.7 al. 2 CPPfr.

2.3. BREVE ALUSIÓN A LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN ALGUNOS OTROS ORDENAMIENTOS CONTINENTALES.

Se observa, en efecto, en algunos otros ordenamientos del marco europeo, la exclusión o la enorme excepcionalidad del acuerdo de medidas de intromisión en las comunicaciones que procedan o sean destinadas a despachos de Abogados, y de aquéllas en las que intervenga el defensor del sujeto pasivo del proceso.

Así sucede en la norma procesal austríaca, según prevé el art. 149 a(1)b StPÖst, y el art. 90 de la norma procesal belga que las prohíbe, a excepción de que el mismo Abogado reúna la condición de imputado o su despacho profesional sirva a los fines delictivos; prohibición que igualmente determina -y parece que de forma absoluta- el art. 22 del Código Procesal Judicial sueco⁸⁴⁷.

La interceptación de las comunicaciones mantenidas entre el imputado y su Abogado defensor, resultan también prohibidas por el Código Procesal Portugués, a no ser que se observen especiales circunstancias que hagan sospechar que las mismas constituyen el objeto o cuerpo del delito⁸⁴⁸.

Reconoce asimismo la Constitución Federal suiza el derecho al secreto de la correspondencia postal, telegráfica y telefónica⁸⁴⁹; secreto que no podrá excepcionarse sino en virtud de una ley que determine las condiciones del levantamiento y las autoridades que resultan competentes para ordenarlo⁸⁵⁰. Y, en efecto, los presupuestos de necesaria observancia para el legítimo acuerdo de la medida vienen precisados en

⁸⁴⁷ De ello da cuenta, MANZANO SOUSA, M., "La interceptación de las telecomunicaciones ...", op. cit., págs. 580 y 581.

⁸⁴⁸ Véase, el art. 187.3º CPPPort.

⁸⁴⁹ Véase, el art. 36, 4º de la Constitución Federal.

⁸⁵⁰ Se ha de tener presente que en el derecho federal suizo, la medida de injerencia puede ser acordada, bien con fines de prevención, bien al servicio de los fines de la investigación penal, siendo esta última la que interesa analizar y cuyo acuerdo, corresponde al Juez de instrucción federal y, con carácter previo a la apertura del proceso, al llamado "Procurador General de la Confederación", bajo el control del Presidente de la Corte de acusación.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

las normas procesales⁸⁵¹, a partir de una triple exigencia⁸⁵²: de un lado, se impone la necesidad de que la investigación se refiera a un crimen o delito donde la gravedad o las particulares circunstancias justifiquen la intervención -o se trate de cualquier infracción penal, si es cometida vía telefónica- y, de otro lado se exige que, a la vista de los hechos que se presenten, la persona frente a la que la medida haya de acordarse se sospeche autora o de otro modo participe en la comisión del ilícito; y por último, aunque no de menor trascendencia, ha de apreciarse la necesidad de la intervención, una vez se constate que la investigación se vería seriamente dificultada de prescindirse de la misma o que de algunos otros actos de instrucción no han podido obtenerse los resultados pretendidos. Asimismo, y por lo que en particular se refiere al círculo de posibles sujetos pasivos de la intervención, la Ley Federal de Procedimiento Penal prevé la posibilidad de ampliarlo a terceros distintos del imputado, a excepción de aquellos beneficiados por el secreto profesional; ello, si bien, en el sólo supuesto en que, concurriendo las circunstancias antes señaladas, pueda de los hechos deducirse que el mismo recibe o transmite cierta información destinada al inculpado o sospechoso, o que éste último utiliza el aparato telefónico de terceros⁸⁵³.

Como se adelantaba, de lo anterior han de exceptuarse las personas que, según lo previsto en el art. 77 PPF, puedan negarse a testificar. En estos casos, la necesidad de salvaguardar el secreto del que el Abogado es titular -en virtud del cual queda exento de la obligación de prestar declaración sobre "secretos confiados en

⁸⁵¹ Véanse, en particular, los arts. 66 PPF y 70 PPM, de cuyas previsiones da completa información, PIQUEREZ, G., *Précis de Procédure Pénale Suisse*, Laussane, 1994, pág. 294.

⁸⁵² Asimismo, sobre las bases que establece la legislación federal, se autoriza a los cantones la legislación de desarrollo oportuna que permita la efectiva aplicación de las medidas ofrecidas por el legislador de la Federación; como advierte PIQUEREZ, ninguna de estas legislaciones cantonales podrá separarse de las reglas establecidas para cada una de las medidas de intervención. Véase, "Précis de Procédure...", op. cit., pág. 295.

⁸⁵³ Concretamente, expresa en su artículo 66.1 bis la posibilidad de "vigilar igualmente a terceros si hechos concretos permiten presumir que reciben o transmiten informaciones que están destinadas al inculpado o sospechoso o provienen de él".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

razón de (...) su profesión"- impide la adopción sobre el mismo de las medidas de injerencia aludidas.

En consecuencia, corresponde a la autoridad judicial adoptar cuantas medidas resulten precisas para evitar el control sobre dichas confidencias. Es más, se impone en cualquier caso la exclusión del sumario de aquellos resultados obtenidos a partir de la intervención de las concretas comunicaciones mantenidas por el inculpado con el Abogado defensor -al igual que con la generalidad de personas excluidas de la obligación de testificar⁸⁵⁴- a no ser que cualquiera de ellas ostente la titularidad del aparato telefónico que sirve a la comisión del delito -por la disponibilidad que del mismo goza el presunto autor, o por consecuencia de la relación con éste último o la comisión del delito por parte de quien es titular del secreto- y que es objeto de intervención⁸⁵⁵.

2.4. EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN.

La exigencia del CEDH de previsión legal de toda medida de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones del ciudadano, parece obtener respuesta del legislador germano que ha arbitrado un singular régimen jurídico objeto de continuas transforma-

⁸⁵⁴ En este sentido, HAUSER, "Kurzlebuch ... ", op. cit., pág. 67, citado por PIQUEREZ, G., *La recherche de la verité*. "Précis du Procédure ...", op. cit., pág. 296.

⁸⁵⁵ Se alude, de este modo, a supuestos en que, hallándose el sujeto beneficiado de una especial protección a las comunicaciones que mantenga con el inculpado, por razón de la necesidad de preservar la inviolabilidad de su secreto, queden excluidos de este especial régimen de tutela por su relación con la comisión del delito, en un grado distinto a la autoría o, por razón de su intervención como tercero intermediario en el desarrollo de la acción delictiva. En ocasiones, como en breve se tendrá ocasión de constatar, el tercero relacionado de algún modo con el delito o su presunto autor, puede ser sujeto pasivo de la medida de injerencia.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ciones, de las que es buena muestra la nada intrascendente modificación -de alcance constitucional- operada en fechas recientes.

Ciertamente, un paso importante en este proceso de cambio fue, sin duda, la introducción de la ley de 13 de agosto de 1968 sobre limitación del secreto de la correspondencia y de las comunicaciones (G10), a la que han sucedido algunas otras normas de reforma⁸⁵⁶ y, entre ellas, la más cercana de 16 de enero de 1998 con la que, a partir de una auténtica modificación constitucional, son introducidas en la Ley procesal penal -§ 100 (1) 3 StPO- distintas modificaciones que afectan a cuestiones relacionadas con las escuchas secretas.

En verdad, la reciente reforma constitucional contiene el reconocimiento de una amplísima potestad estatal para la restricción de los derechos consagrados en los arts. 10 y 13 de la Ley Fundamental de Bonn (GG, en adelante) -afectado de forma directa por la nueva norma⁸⁵⁷- en claro detrimento de las garantías que habrían de observarse en todo proceso de intervención⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ Entre otras, debe mencionarse la operada por la Ley de 15 de julio de 1992, de lucha contra el narcotráfico y la criminalidad organizada que diera redacción al § 100 a StPO.

⁸⁵⁷ Efectivamente, la reforma operada sobre el precepto constitucional nombrado, ha abierto paso, a nuestro juicio con excesiva permisibilidad, a la posible injerencia en el domicilio del imputado o de sujetos distintos, para la colocación de micrófonos u otros medios técnicos que permitan la interceptación de las comunicaciones personales.

La medida, en realidad, puede afectar a la inviolabilidad del domicilio de terceros, cuando se sospeche que en él pueda encontrarse el imputado; pero asimismo, es posible su acuerdo si la intervención inicialmente operada sobre el sujeto imputado mismo, no ha permitido su localización o la obtención de la información relevante buscada.

La elasticidad de la fórmula empleada por el legislador, que deja a discreción de la autoridad a quien corresponde el acuerdo la ponderación de las circunstancias concurrentes y, a la vista de las mismas, la proporcionalidad de la medida en cuestión, es en opinión de MARTÍN PALLÍN que se comparte, peligrosa, habida cuenta del riesgo que genera de proliferación de decisiones indiscriminadas, con alto coste a los más elementales derechos de la persona, siquiera indiciada. Véase, MARTÍN PALLÍN, JA., *Escuchas telefónicas*, en Libro-Homenaje a E. Ruiz Vadillo, Madrid, 1999, págs. 374 y 375.

⁸⁵⁸ Esta nueva previsión legislativa, según ha tenido ocasión de constatar MARTÍN PALLÍN, no ha escapado a la crítica de la opinión pública germana y de distintos organismos, entre los que merece mencionarse el Colegio de Abogados de Berlín, cuyos miembros han llegado a manifestar que, con la misma, se ha operado un retroceso "hacia sistemas de espionaje semejantes a los practicados en la desaparecida Alemania Democrática". "Escuchas telefónicas", op. cit., pág. 372.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La propia Constitución alemana, en efecto, admite la posibilidad de someter a control las comunicaciones privadas para satisfacción de una doble finalidad y a partir de regímenes también diversos, lo cual, obliga a distinguir entre injerencias constitucionalmente autorizadas ante una amenaza grave a la seguridad del Estado y permitidas para recoger datos o noticias cuyo conocimiento resulte necesario para descubrir o hacer frente a peligros que afecten a las instituciones, de aquéllas otras sujetas al régimen que procesalmente se previene para la investigación y castigo de delitos, de las que nos ocupamos.

Con respecto a estas últimas, el ordenamiento alemán cuenta con un extenso cuerpo legislativo de carácter procesal del que ha sido pieza clave y merece especial mención la llamada Ley sobre prohibición de contactos *-Kontaktperrensgesetz-* de 30 de septiembre de 1977, nacida para dotar de mayor eficacia a la lucha frente a la delincuencia terrorista, a la que sucedió inmediatamente la ley de reforma procesal de 14 de abril de 1978; norma ésta en la que, como en breve se hará notar, se contienen distintas medidas que han resultado ser las de mayor rigor de las surgidas en el seno de los distintos ordenamientos europeos.

Interesará a continuación, pues, atender a lo dispuesto tanto en la ordenanza procesal alemana cuanto en otras leyes especiales⁸⁵⁹, al respecto del control de las

⁸⁵⁹ A pesar de lo atractivo que resulta el análisis de la regulación de esta materia en el derecho germano, no es ése por el momento el objeto de investigación que se propone; el riesgo evidente de extender excesivamente este estudio aconseja prescindir de un análisis pormenorizado de la misma, sin perjuicio de dar cuenta y remitir al lector a una suma de interesantes trabajos referidos a sus más singulares aspectos; así, sin ánimo de exhaustividad, pueden verse entre otros BRENNER, H., *Die Strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit Verteidigern*, Tübingen, 1994; MEYER, J., *Zur Strafprozessualen Überwachung des Fernmeldeverkehrs aus rechtsvergleichenender sicht*, en escritos en Homenaje a SCHMIDT, 1992, pág. 331; MÖRLEIN, W., *Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigten im Rahmen des § 100 a StPO*, 1993, págs. 84 y ss; RUDOLPHI, HJ., "Systematischer Kommentar zur ...", op. cit., págs. 105 y 106; SCHUMACHER, KH., *Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs im Strafverfahren*, (Dissertation), Hamburg, 1976; STÖRMER, R., *Der gerichtliche Prüfungsumpfang bei Telefoüberwachungen- Beurteilungsspielraum bei Anordnungen nach § 100 a) StPO?*, "Rev. StV", 1995, núm. 2, págs. 653 a 659; WELP, J., *Die strafprozessuale Überwachung des Post und Fernmeldeverkehrs*, Heidelberg, 1974, y del mismo autor, *Abhörverbote zum Schutz der strafverteidigung*, "Rev. NSTZ", 1986, págs. 285 y 298, y *Strafprozessuale Zugriffe auf Verbindungsdaten des Fernmeldeverkehrs*, "Rev. NSTZ",

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

específicas comunicaciones en las que intervengan Abogados en general -*Die Rechtsanwälter*- y el defensor del sujeto pasivo del proceso -*Der Strafverteidiger*- en particular, para la obtención de informaciones que, inexcusablemente, han de recibir protección privilegiada.

Como en breve se tendrá ocasión de constatar, la mayor intensidad de las injerencias estatales en la esfera de las comunicaciones del inculcado puede apreciarse en el marco de la legislación nacida en respuesta a la necesidad de combatir con firmeza el fenómeno terrorista y la criminalidad organizada.

2.4.1. EL RÉGIMEN GENERAL DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.

En el marco de la delincuencia común, la ordenanza procesal alemana, en efecto, arbitra distintas medidas de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones personales -sean postales o telegráficas, sean telefónicas- del inculcado, concebidas como medidas de coerción⁸⁶⁰ susceptibles de acuerdo ante la sospecha de que las mismas resultarán de importancia para el conocimiento o averiguación de ciertos hechos con apariencia de delito.

Así y por lo que se refiere al control de la correspondencia postal o telegráfica, la medida aparece configurada en la norma como una modalidad de secuestro⁸⁶¹,

1994, núm. 5, págs. 209 a 215; WESSING, J., *Die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandaten*, Düsseldorf, 1985.

Sin embargo, no por ello había de obviarse toda referencia a los principales aspectos caracterizadores de las previsiones que al respecto se contienen en la StPO y distintas leyes especiales a las que en páginas precedentes se aludía y, en la medida en que resulte oportuno, al criterio doctrinal y jurisprudencial sentado en el ordenamiento germano, que sirva al legislador español de referente en sus puntos de acierto, en orden a la superación de las deficiencias apreciadas en el seno de la LECrim.

⁸⁶⁰ Conforme apunta GÓMEZ COLOMER, estas medidas que se acuerdan contra el secreto postal y el de las telecomunicaciones, no son sino una especialidad de las medidas cautelares afectantes al derecho a la propiedad que igualmente se prevén, "El proceso penal alemán", op. cit., pág. 123.

⁸⁶¹ Véase el § 99 StPO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

decidido por el Juez o el Ministerio Fiscal -precisando, en este último caso, la conformidad del primero dentro de los tres días posteriores a la aplicación de la medida- consistente en la aprehensión de la carta o telegrama, si a partir de ciertos datos resulta la evidencia de que "proviene del inculcado o están destinados a él".

Sin embargo, y esto es lo que a nuestro estudio interesa, junto a ésta que parece ser regla general, el legislador procesal incluye un catálogo de excepciones a la posibilidad de acordar la intromisión en el secreto de las comunicaciones postales, y que afecta a aquellas en las que intervienen quienes ostenten la titularidad del derecho a no testificar por motivos profesionales.

En efecto, según la misma norma determina⁸⁶², habrá de quedar exenta de secuestro la comunicación escrita que el inculcado mantenga con personas, como su defensor u otros Abogados, legitimados para rechazar el testimonio acerca de aquello que les hubiere sido confiado o de lo que hubiere tenido conocimiento en esa condición; situación en que, por equiparación, pueden igualmente hallarse aquellos iniciados en el ejercicio de la Abogacía, que se hallen realizando o intervengan en el ejercicio de esa actividad defensiva⁸⁶³.

El legislador alemán parece, pues, introducir una prohibición que afecta a la aprehensión de aquellas cartas o documentos en poder del Abogado, actúe o no como defensor del imputado, que se extiende a las anotaciones realizadas por los mismos sobre comunicaciones o documentos que el mismo imputado les hubiere confiado, también cubiertas por el secreto profesional que se protege.

⁸⁶² § 97 ap (1), Nr. 1 y 2 StPO.

⁸⁶³ § 53 (1) a, StPO; ahora bien, según el mismo precepto determina, son las personas relacionadas en el art. 53 ap (1), y en los Nr. 2 y 3, como titulares directos del derecho a rechazar el testimonio, quienes decidirán acerca de su ejercicio. Sobre el particular puede verse, PELCHEN, § 53, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, 1993, (Rn 13), págs. 246 y 247.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ahora bien, la operatividad de esta exclusión viene doblemente condicionada: de una lado, resulta preciso que las personas exentas de la obligación de prestar testimonio y cuyas comunicaciones postales y telegráficas son tuteladas, no resulten "sospechosos de participación, encubrimiento real, personal o receptación"⁸⁶⁴ y, de otro, que el objeto que pretende ser aprehendido no resulte de un hecho punible, sea utilizado para el mismo o proceda de su comisión⁸⁶⁵.

Asimismo prevé la norma germana la posibilidad de intervenir las telecomunicaciones, a los fines de la persecución del delito cuando se sospeche cometido alguno de los ilícitos expresados en el § 100 a StPO. La limitación podrá incluso ser acordada de constatarse la mera tentativa de su comisión o su preparación mediante acciones igualmente punibles⁸⁶⁶.

En principio, la decisión de estas medidas de injerencia queda reservada a la autoridad jurisdiccional; si bien, puede en supuestos de urgencia ser decidida por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de posterior ratificación judicial, so pena de resultar sin efecto.

En cualquier caso, su aplicación ha de ser absolutamente excepcional. El registro de la comunicación por esta vía ha de decidirse como *ultima ratio* tras el fracaso de la investigación practicada a partir de medidas menos intensas, o tras resultar infructuoso o muy difícil el conocimiento de los datos cuya obtención se pretendía, a través de la averiguación o registro del domicilio mismo del sospechoso.

En el derecho alemán, como se adelantaba, la materia relativa a la intervención de las comunicaciones personales que aquí se trata, se halla en continua evolución y ha padecido en los últimos tiempos atrevidísimos cambios que, desde la

⁸⁶⁴ Véase, § 97 ap (1), Nrs. 1 y 2 StPO.

⁸⁶⁵ Ello resultará de aplicación analógica al supuesto referido en el § 53 a StPO, antes precisado (§ 97 ap (4) StPO).

⁸⁶⁶ Véanse los §§ 100 a y 100 b StPO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

perspectiva de la más completa garantía a los derechos constitucionales, más bien parecen auténticos retrocesos⁸⁶⁷.

Un punto importante en este proceso de transformación fue la introducción en la norma procesal⁸⁶⁸ de un nuevo precepto⁸⁶⁹ con el que, junto a la previsión de la posible instalación y uso de Cámaras de vídeo o medios técnicos de observación para la investigación de los hechos o el lugar en que permanezca el sospechoso, se abría paso a la posibilidad de someter a control y grabar el contenido de las conversaciones privadas a partir de la instalación de aparatos de escucha, ante la sospecha de comisión de cualquiera de los hechos delictivos relacionados en el § 100 a StPO⁸⁷⁰, de resultar infructuosa o dificultada de otro modo la investigación.

Este último, sin embargo, fue sólo un primer paso en el camino que ha llevado en el año 1998 a la reforma constitucional del mismo art. 13 de Ley de Bonn - protector de la inviolabilidad del domicilio- y que definitivamente permite, con fines de investigación y persecución criminal, la colocación de instrumentos técnicos en el interior de los domicilios en que se sospeche se halle o permanezca el principal

⁸⁶⁷ La nueva previsión legislativa, como pone de manifiesto MARTÍN PALLÍN, no ha escapado a la crítica de ciertos organismos entre los que destaca el Colegio de Abogados de Berlín, en cuyo seno se ha manifestado que con la reforma parece operarse un retorno, indeseable, a sistemas de espionaje semejantes a los practicados en la desaparecida Alemania Democrática. "Escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 372. La misma opinión manifestaban el diputado excomunista Gregor GYSI y el presidente de la Asociación de Jueces de Alemania, Rainer VOSS, de cuyas palabras se hace eco CÁCERES en el artículo de prensa que publica *El Periódico*, Sábado de 17 de enero de 1998.

⁸⁶⁸ Ello, a partir de una ley de 15 de julio de 1992 -*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*- orientada, como su mismo título indica, a la lucha contra los delitos de narcotráfico y otras formas de criminalidad organizada.

⁸⁶⁹ § 100 c StPO.

⁸⁷⁰ El precepto contiene, en efecto, un listado de delitos ante cuya presunta comisión puede acordarse el control de las comunicaciones, en particular, telefónicas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

sospechoso de la comisión de ilícitos penales de singular gravedad que la misma ley expresa⁸⁷¹.

Lo cierto es que el alcance de la modificación llega a límites extremos cuando, a nuestro juicio con coste excesivo, abre paso a la intromisión en el domicilio no sólo del imputado sino de sujetos distintos, cuando se sospeche que en ellos puede encontrarse el imputado. Esto último, si bien, sólo en el caso en que la intervención operada en la residencia del propio inculcado no hubiere permitido su localización o la obtención de la información de relevancia que se pretendía con la medida.

En cualquier caso, la elasticidad de la fórmula empleada por el legislador - que deja a la amplísima discrecionalidad del órgano judicial la apreciación de la concurrencia de presupuestos y circunstancias exigidas, y la ponderación de la proporcionalidad de la medida a los fines que se persiguen- resulta extremadamente peligrosa habida cuenta del riesgo de proliferación de decisiones indiscriminadas que genera⁸⁷², y el elevado coste⁸⁷³ que ello entraña a los más elementales derechos de la persona no indiciada siquiera de delito.

Esta trascendentalísima reforma constitucional se acompaña de una ley de desarrollo de las normas del procedimiento penal que, según su propio título indica, nace "para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada"⁸⁷⁴; norma en la que se contienen muy atrevidas y del todo polémicas previsiones al respecto del posible sometimiento a control de las comunicaciones de determinados grupos profesionales

⁸⁷¹ Vid. § 100 c (1) 3 StPO que, entre otros, incluye delitos de falsificación de dinero, tarjetas de crédito, asesinato, genocidio, robo, receptación, chantaje, cohecho, blanqueo de dinero, traición, puesta en peligro del Estado democrático y delitos relacionados con el tráfico de extranjeros.

⁸⁷² En ello se comparte la opinión de MARTÍN PALLÍN, JM^a, "Escuchas telefónicas ...", op. cit., págs. 374 y 375.

⁸⁷³ WELP, J., "Strafprozessuale Zugriffe auf ...", op. cit., pág. 209.

⁸⁷⁴ Ese es, precisamente, su título, *Die Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que la misma StPO declara exentos de la obligación de prestar declaración testifical acerca de lo conocido en el ejercicio de sus funciones.

Incide de lleno en la materia que aquí se analiza, cierta cuestión que resulta modificada por la nueva ley germana; en verdad, la misma pretendía beneficiar, garantizando la inmunidad de sus comunicaciones frente a toda injerencia estatal, a sacerdotes, parlamentarios y a quienes a nuestro estudio interesan, los Abogados defensores en relación a los contactos habidos con sus clientes sometidos a imputación penal quedando así excluidos del privilegio diferentes colectivos⁸⁷⁵ exentos, como los anteriores, del deber de prestar testimonio *ex art.* 53 StPO.

Ante esta decisión legislativa, no se hizo esperar la reacción de los distintos colectivos afectados, y en particular, la del Cuerpo de Abogados alemanes, no penalistas, desde donde se lanzaron numerosas críticas a la nueva previsión legislativa. La campaña de oposición emprendida, unida a la fuerte presión social provocada por el resto de grupos excluidos, llevaría a conseguir, por la vía política, mantenerse en el respeto a la inviolabilidad de sus comunicaciones personales⁸⁷⁶.

⁸⁷⁵ Para un conocimiento en mayor profundidad de la reforma constitucional operada por el legislador germano, puede verse el comentario de GÓMEZ NAVAJAS, J., *Espionaje telefónico: conculcación de un Derecho Fundamental, (Acerca de la reforma del art. 13 de la Ley Fundamental de Bonn)*, "Rev. La Ley", núm. 3, págs. 1647 y ss., (D-160), (Diario de 8 de junio de 1998).

⁸⁷⁶ Del proceso operado y la reacción de la opinión pública alemana al respecto de la nueva configuración de colectivos profesionales que han de gozar de especial protección frente a la eventualidad del control de sus comunicaciones da cumplida cuenta GÓMEZ ORFANEL, G., *Jueces y micrófonos. La experiencia alemana*, Rev. Jueces para la Democracia, 1998, núm. 32, pág. 76.

Según expone, a pesar de la aprobación, con fecha de 6 de febrero de 1998, de la reforma constitucional, que había contado para su éxito con el acuerdo de los partidos de la coalición de Gobierno (CDU-CSU y FDP) y los socialdemócratas (SPD), y la aprobación por el Bundestag de la ley de desarrollo, el sentido de la modificación legislativa se ve alterado en el seno de la Cámara de representación de los Länder, Bundesrat. Una comisión mixta, instada por la mayoría socialdemócrata de la Cámara, propuso la extensión del privilegio a la totalidad de profesionales aludidos en el art. 53 StPO, recomendación que, tras una ajustada votación en la que la coalición gubernativa fue derrotada, sería aprobada en el mes de marzo del mismo año 1998, restando entidad a la reforma inicialmente pretendida.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, contiene⁸⁷⁷ el derecho procesal alemán una clara prohibición al respecto del control de las comunicaciones con Abogados, en general, y con el defensor del imputado, en particular; prohibición, que se manifiesta en la previsión de específicas reglas de exclusión -ex art. 53 StPO- del acuerdo sobre las mismas de las distintas medidas coercitivas legalmente previstas, que beneficia a los primeros, y en la especial garantía conferida por el § 148 StPO a las comunicaciones del imputado habidas con ocasión de la defensa, referida a estos segundos. Este último precepto, como en breve se conocerá, consagra el principio elemental de que al inculcado ha de permitírsele la comunicación oral y escrita con su Abogado defensor sin limitación, tanto en el supuesto en que se hallare libre, cuanto en el caso en que resulte encarcelado⁸⁷⁸.

Lo cierto es que la comunicación del defensor con el inculcado en libertad - que, como es claro, no precisa de autorización alguna- ha de verse preservada frente a toda injerencia oculta o secreta por parte de los órganos estatales intervinientes en el desarrollo de las actuaciones, en orden a la efectividad de su fundamental derecho de defensa.

Ahora bien, idéntica protección se confiere a la relación con el defensor del sujeto privado de libertad, a quien ha de garantizarse el disfrute de las mismas posibilidades defensivas que el anterior⁸⁷⁹; ello, por lo que aquí interesa, mediante el reconocimiento de la facultad de comunicar de forma libre y secreta con su Abogado.

A la vista de lo anterior se evidencia que la garantía de la libertad de las comunicaciones imputado-defensor contenida en el precepto, opera cualquiera que sea la

⁸⁷⁷ WELP, J., "Die Strafprozessuale Überwachung des Post ...", op. cit., pág. 196 y, de la misma opinión, SCHUMACHER, KH, "Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs ...", op. cit., págs. 203, 204, y 210.

⁸⁷⁸ § 148. 1º StPO.

⁸⁷⁹ FEZER, G., *Juristischer Studienkurs*, München, 1995, pág. 49.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

situación procesal en que permanezca el primero; sin embargo, la excepción a esta regla general -que refleja su segundo apartado- parece, en cambio, de aplicación en situaciones de privación de libertad, ya con finalidad cautelar, ya a los fines punitivos.

Es por ello que, aunque también éste sea su espacio, se ha optado por remitir el análisis en profundidad de cuanto dispone el citado precepto procesal al capítulo que en este estudio será dedicado al examen del reconocimiento del derecho a la libre comunicación con el Abogado defensor en situaciones de privación de libertad, y más concretamente, en el lugar que se reserva al tratamiento de esta cuestión en el marco del derecho comparado europeo.

Baste ahora únicamente apuntar que la injerencia en el desarrollo de estos contactos -difícilmente legítima- a los fines del proceso, constituye en el ordenamiento germano un supuesto de prohibición probatoria -en la denominación acuñada por BELING⁸⁸⁰- y específicamente, de prohibición de medios de prueba, por afectar a un sujeto, el Letrado -ostente o no la cualidad de defensor del imputado- exento por la misma norma de la obligación de prestar testimonio acerca de lo conocido en el ejercicio de la profesión⁸⁸¹.

2.4.2. ESPECIALES PREVISIONES AL RESPECTO DE DETERMINADAS CONDUCTAS DELICTIVAS.

Como se señalaba, el legislador alemán parece ser el que con mayor valentía -y quizás sin reparar del todo en el elevado coste de las medidas que arbitra- ha abierto paso a las más intensas injerencias en el desarrollo de las comunicaciones personales del sometido al proceso, incluidas aquéllas habidas con la persona a la que se encomienda la defensa.

⁸⁸⁰ *Die beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Breslau, 1903.

⁸⁸¹ Véase a este respecto, el § 53. 1º StPO, en sus apartados 2 y 3.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En realidad, la rigurosísima regulación germana aparece configurada como respuesta legislativa a la lucha frente al fenómeno de la criminalidad terrorista, marco delictivo único en el que han de operar medidas extremas como las que a continuación se tratan.

Según se adelantaba, tras garantizar el derecho a la libre comunicación con el defensor, la ordenanza procesal alemana admite el control de las comunicaciones - tanto orales cuanto escritas- del imputado preso con su Abogado defensor, exclusivamente, en el seno de aquellas causas a las que viene referido el § 129 a StGB⁸⁸². El legislador atiende, pues, a este concreto cuadro de conductas delictivas relacionadas con la actuación de asociaciones o grupos terroristas o de criminalidad organizada y para su erradicación, en su previsión de medidas de distinta naturaleza, pero coincidentes todas ellas en su afectación a la libertad de las comunicaciones imputado-defensor a las que, en otras circunstancias, otorga máxima protección.

Es más, en atención al riesgo que para personas o cosas se deriva de la acción de estos grupos delictivos, una ley especial⁸⁸³ prevé la posibilidad de interrumpir, de forma absoluta aunque temporalmente, la comunicación de las personas encarceladas por participación en la comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el citado precepto de la norma penal sustantiva y que, en particular, celebra con quien asume el ejercicio de su defensa.

En este punto, es interesante conocer que el sistema procesal penal alemán sufre en la década de los años 70 una importante convulsión, que se manifiesta en el

⁸⁸² El precepto castiga ciertas conductas delictivas, calificadas de "terrorismo" tipificando incluso la sola pertenencia a asociaciones de las que se presume tal carácter con independencia de la participación de sus miembros en uno de los delitos que el precepto relaciona. Esta disposición penal, a juicio de JUNG, vino a ejercer una función simbólica, y estigmatizó enormemente el fenómeno terrorista en la Alemania Federal. *Le Droit Penal Allemand face au terrorisme*, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, 1987, núm. 3, pág. 659.

⁸⁸³ La misma, como en breve se conocerá, se contiene en la Ley de Introducción a la Constitución (EGGvG, en adelante), de la que interesa de modo especial lo dispuesto en los § 31 y ss., de la EGGvG.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

surgimiento -en un periodo de tan sólo siete meses- de dos durísimas leyes de reforma procesal, adoptadas como estrategia en la lucha frente al fenómeno terrorista que la doctrina entendió como un auténtico retroceso en la liberalización del proceso penal alemán.

Las dudas de constitucionalidad pronto surgidas en torno a dicha legislación serían despejadas por el Tribunal Constitucional Alemán al declarar -en su resolución de 1 de octubre de 1978- las severísimas medidas nacidas un año antes en la llamada "Ley de Introducción a la Ley Orgánica de los Tribunales", ajustadas a las disposiciones de la Norma Fundamental de Bonn⁸⁸⁴.

Así pues, con fecha de 30 de septiembre de 1977 comienza su andadura la llamada *Kontaktsperrengesetz* o Ley de impedimento de contactos, en virtud de la cual, personas detenidas como sospechosas de la participación en delitos que la misma norma precisa, quedan sometidos a un régimen de absoluta incomunicación del que no resulta excepcionado el Abogado defensor.

Ahora bien, la mayor incidencia de este cuerpo normativo sobre la garantía de defensa tiene lugar con ocasión de la entrada en vigor, meses más tarde⁸⁸⁵, de una segunda ley procesal que llegó a permitir incluso la exclusión definitiva del defensor de elección del proceso, en ese mismo marco de supuestos delictivos.

En realidad, ésta última medida -exclusiva, en sus términos, del proceso penal germano- es de origen jurisprudencial y no legislativo; la necesidad de otorgar cobertura legal a la aplicación de las mismas por los jueces alemanes en determinados

⁸⁸⁴ *Grundgesetz* (GG, en adelante).

⁸⁸⁵ Concretamente, el 14 de abril de 1978, fecha en que se da entrada en la norma procesal al § 138 a) StPO, que expresamente consagra la posibilidad de exclusión del defensor en quien concorra alguna de las circunstancias que en él se relacionan. Dicha disposición fue de inmediato aplicada con gran repercusión -desmedida, en opinión de algún autor- en el proceso seguido contra el terrorista Baader sobre su Abogado K. Croissant, sospechoso de connivencia delictiva con el anterior. Sobre el particular, véase ALVAREZ, FJ., y COBOS, M., *La legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal*, "Rev. Universidad Complutense", 1983, núm 68, pág. 188.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

procedimientos seguidos contra sospechosos de terrorismo, sin apoyo en disposición normativa alguna, fue la razón que impulsó la intervención del legislador.

En cualquier caso, no se tarda en comprobar que una y otra norma, entrañan una considerable disminución de garantías procesales, y muy particularmente, una intensa limitación del derecho de defensa del sometido al proceso; caracteres que sin duda alguna la convierten en, si no la superior⁸⁸⁶, sí una de la más extremas legislaciones europeas nacidas para combatir esta delincuencia de la máxima gravedad.

En verdad, el legislador procesal alemán consagra ciertas medidas de dudosa legitimidad constitucional, cuyo alcance no parece haber sido igualado por el resto de normas procesales del marco europeo; si bien, en opinión de alguno de nuestros autores⁸⁸⁷, ciertas previsiones contenidas en la norma procesal española se sitúa, a no muy larga distancia, en la misma línea que aquellas.

En interés de este estudio no puede, pues, prescindirse de un examen de lo previsto en la mencionada Ley de bloqueo de contactos, en la medida en que su aplicación se traduce en la imposibilidad para el imputado preso -por tiempo limitado y en un concreto marco delictivo- de mantener comunicación, entre otras, con la persona de su Abogado defensor, en perjuicio de la efectividad del fundamental derecho a la asistencia y defensa técnica cuya titularidad ostenta.

⁸⁸⁶ En opinión de SARDINHA -estudioso de la evolución experimentada por la legislación antiterrorista en el marco de los ordenamientos europeos- más represiva que la alemana resultó la normativa adoptada por el Reino Unido, en la que -según constata- se aprecia la ausencia de las más elementales garantías de defensa. El autor, concluye el menor rigor de la normativa alemana atendiendo al dato único de la existencia de un control judicial a toda medida que entrañe limitación de derechos fundamentales en el seno del proceso que, sin embargo, falta en el derecho inglés. Vid. SARDINHA, JM., "O terrorismo e a restrição ...", op. cit., pág. 66.

⁸⁸⁷ En este sentido, GÓMEZ COLOMER, JL., *La exclusión del Abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1989, págs. El autor realiza en su obra un exhaustivo estudio comparado de las que pudieran ser medidas equivalentes a la de exclusión del defensor -toda vez que, la misma ha sido solo consagrada en la ordenanza procesal alemana- en los ordenamientos procesales español e italiano en vigor en ese momento, de indudable interés al objeto de nuestro estudio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Asimismo, conviene un acercamiento a la medida de exclusión del defensor de elección desde el momento en que su acuerdo puede generar, entre otros efectos, la suspensión del derecho contenido en el § 148 StPO y en consecuencia, la imposibilidad para el Letrado que la padece de comunicar libremente con la persona que ha de recibir su asistencia y defensa.

Pero, como se adelantaba, como ya se adelantaba, por simples razones de método se ha optado por el tratamiento de estas cuestiones en el capítulo dedicado al análisis, con la profundidad que merece, de las distintas posibilidades de limitación del derecho del imputado preso a comunicar con el defensor en éste y en el ordenamiento procesal español.

2.5. LAS GARANTÍAS PREVISTAS POR EL LEGISLADOR PROCESAL ITALIANO.

La protección que ha de conferirse al profesional de la Abogacía en sus comunicaciones y, la que particularmente merecen las que éste mantenga en la condición de defensor del imputado, es cuestión a la que el legislador italiano presta especial atención. A diferencia de la española, la norma procesal italiana contiene ciertas previsiones⁸⁸⁸ que configura como efectivas garantías a la inviolabilidad de las comunicaciones con letrado, para la mayor eficacia en el desarrollo de la defensa que se le encomienda.

Así, en lo que constituye un auténtico cuerpo de garantías a la libertad en el ejercicio de la actividad defensiva, determina el art. 103 CPPit ciertos límites frente a toda injerencia estatal a través de inspecciones, pesquisas y registros⁸⁸⁹ en el despacho

⁸⁸⁸ Contenidas, básicamente, en los arts. 103 y 271 CPPit, en relación con lo dispuesto en los arts. 268 y 269 del mismo Texto.

⁸⁸⁹ Determina el art. 103 en su párrafo 1º que, "las inspecciones y pesquisas en el despacho del defensor se consentirán únicamente en el caso en que los mismos u otras personas que desarrollen de forma estable la actividad en la misma Oficina o bufete, sean penalmente imputados" y, resulta asimismo preciso que la medida de limitación acordada se oriente a los fines de averiguación del

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

profesional del defensor del imputado⁸⁹⁰, o mediante la interceptación de conversaciones o comunicaciones y el secuestro de la correspondencia entre ambos, dirigidas a la obtención de información relevante a los efectos de la investigación.

En particular, a nuestro estudio interesa especialmente lo dispuesto en el apartado 5º del precepto antes nombrado, según el cual, no será consentida la interceptación de conversaciones o comunicaciones con defensores, asesores técnicos o sus auxiliares; se ha de entender impedida, pues, tanto la intervención de las comunicaciones que estos últimos celebren con las personas que reciben su asistencia técnica, cuanto las que mantengan con personas distintas por razón de la defensa.

Esta última garantía, en cualquier caso, ha de ponerse en relación con lo previsto en el art. 35. 5º de las disposiciones de actuación del mismo Código, precepto del

delito que aquél se atribuya, para obtener señas u otros efectos materiales del delito, o para buscar cosas o personas específicamente determinadas

La aplicación dicha tutela a estas concretas diligencias de investigación, no está sujeta a la condición de que los actos sean dispuestos por la autoridad judicial en el mismo procedimiento en que se desarrolla la actividad defensiva. En este sentido, y sobre la base de cierta jurisprudencia emanada del Tribunal de Casación italiano, seleccionada por LATTANZI, puede afirmarse la ilegitimidad de las pesquisas dispuestas por el Ministerio Fiscal y ejecutadas por los órganos policiales, sin observancia de las garantías que previene el 103 en sus párrafos 3º y 4º, esto es, sin previo aviso al Colegio profesional del Abogado, o por no ser practicada personalmente por el Juez o en el curso de la "indagine preliminare" sobre la base de un decreto motivado procedente de dicha autoridad, autorizando la medida aun cuando se refiera a un procedimiento distinto de aquél en el que hubiera el letrado de desarrollar la actividad de defensa.

De igual modo, la garantía prevista al respecto de secuestros de cartas o documentos relativos a la defensa -salvo que constituyan cuerpo del delito- no viene limitada a la hipótesis en que el secuestro se disponga en el mismo procedimiento en que el letrado ha desarrollado su actividad, o mientras ésta se encuentra en curso, sino que opera en el caso en que tal actividad concierna a un procedimiento diverso.

Para un conocimiento más completo, véase LATTANZI, "Codice di Procedura Penale" anotato, op. cit., pág. 259 y ss.

⁸⁹⁰ Conviene tener presente que, mientras en los casos de inspecciones y pesquisas las garantías vienen referidas al local o despacho del Abogado, en el caso del secuestro -al igual que sucede respecto de la interceptación de correspondencia- el término empleado por el legislador, "preso il difensore" revela que la garantía está relacionada directamente con la persona, esto es, con el Abogado o asesor técnico, de tal suerte que, la misma habrá de operar también en el caso en que la actividad defensiva se desarrolle en un lugar distinto del despacho profesional. A este respecto puede verse la sentencia del Tribunal de Casación, Cass. 27 de Octubre de 1992 objeto de comentario favorable por RAMAJOLI, y publicada en "Rev. Foro Italiano", 1993, II, pág. 378. Véase asimismo LATTANZI, G., "Codice di Procedura...", op. cit., pág. 259.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que resulta la imposibilidad de someter a escucha las conversaciones, concretamente telefónicas, mantenidas entre el imputado preso y su Abogado defensor⁸⁹¹.

El Código procesal italiano⁸⁹², asimismo, prevé la prohibición de secuestros o cualquiera otra forma de fiscalización de la correspondencia mantenida con el defensor, que precisará ser identificada como tal a partir de las indicaciones que expresa el mencionado art. 35.1 disp. att. CPPit; según éste determina, el sobre que contenga el correo dirigido por el imputado a su Abogado, debe expresar su nombre y apellidos y el nombre, apellidos y cualificación profesional del defensor, así como la leyenda "correspondencia por razones de justicia", habiendo de ser suscrita por el remitente y con indicación del procedimiento al que la misma se refiera. La que pertenezca al defensor, de igual modo, habrá de ser rubricada por el mismo, y su firma autenticada por el Colegio profesional al que pertenezca, en la persona de su decano o de uno de sus delegados.

En aquellos supuestos en los que el imputado se halle privado cautelarmente de libertad se exigirá asimismo el sello o firma en el sobre cerrado -que habrá de reunir las condiciones que acaban de señalarse- de la autoridad que tenga encomendada su custodia. Pero, en caso alguno estas exigencias pueden suponer retardo a la tramitación de la correspondencia⁸⁹³, a no ser que el órgano jurisdiccional tenga motivos fundados para considerarla cuerpo del delito.

⁸⁹¹ El recorte que se opera al respecto de la tutela de las comunicaciones con asesores técnicos y sus auxiliares -incluida, en cambio, en la diseñada por el precepto antes apuntado- merece toda crítica a juicio de quienes, como CAMÓN, entienden que el mismo entrafía para la persona privada de libertad, una evidente disminución de las garantías que, con vocación de generalidad, determina el art. 103.5º de la norma procesal. El autor, hace en este punto suya la opinión de NOSENGO, S., *Commento all'art. 35 disp. att.*, in "Commento al nuovo Codice di procedura penale", dir. por CHIAVARIO, vol. I, 1992, pág. 148. Véase asimismo, CAMÓN, A., "Le intercettazioni ...", op. cit., pág. 129.

⁸⁹² Art. 103.6º CPPit.

⁸⁹³ Art. 53. 2 disp. att. CPPit.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Cierra el art. 103 CPPit un 7º apartado en el que se contiene la previsión como sanción de la imposibilidad de utilizar con fines probatorios, los resultados obtenidos de la práctica de las medidas arbitradas violentando las disposiciones contenidas en los distintos números precedentes⁸⁹⁴. Sucede, sin embargo, que la norma procesal italiana no parece dedicar un único precepto a señalar las consecuencias que se derivan de la intromisión ilegítima en el desarrollo de las comunicaciones habidas con el profesional de la abogacía.

El artículo 271.1º CPPit viene expresamente referido a la prohibición de utilizar toda información resultante de interceptaciones llevadas a cabo fuera de los casos en que la ley lo permita, o si en su obtención se hubiere ignorado alguna otra exigencia⁸⁹⁵; en particular, el apartado segundo del precepto, determina la imposibilidad de servirse de interceptaciones relativas a comunicaciones o conversaciones de las personas indicadas en el art. 200.1º CPPit, entre las que se incluye al Abogado, cuando las mismas tengan por objeto hechos conocidos en el ejercicio de su profesión o ministerio, a no ser que tales hechos hubieran sido ya objeto de declaración u otro modo de divulgación.

Esta aparente duplicidad, hace surgir ciertas dudas en torno al alcance, aparentemente idéntico, de lo previsto en una y otra disposición procesal; la respuesta, como no podría ser de otro modo, ha de obtenerse del juego de los citados arts. 103 y 271 CPPit a los que, según todo apunta a considerar, el legislador ha querido orientar a diferente objetivo. En opinión de la doctrina, se advierte en ellos un matiz diferencial, que obliga a entender las garantías del primero previstas en favor, no ya de quien ha de

⁸⁹⁴ Determina el art. 103. 7º CPPit que, a salvo lo previsto en el art. 271. 3º del mismo código, el resultado obtenido de inspecciones, pesquisas, secuestros, interceptación de conversaciones o comunicaciones, violentando las disposiciones de los números precedentes, no podrán ser utilizados.

⁸⁹⁵ En particular, aquellas referidas en los arts. 267 y 268 CPPit.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ejercitar la defensa, sino del imputado mismo y de la mayor efectividad del fundamental derecho de defensa.

En consecuencia, puede admitirse la legitimidad de la interceptación de las comunicaciones privadas del imputado a excepción de las que mantiene con su Abogado defensor⁸⁹⁶ y, de igual modo, puede afirmarse la inadmisibilidad de la intervención de aquellas comunicaciones celebradas por el Letrado con el primero en el ejercicio de la actividad defensiva, dirigida a la búsqueda de datos útiles a la investigación que podrían resultar incriminatorios y contrarios a los intereses de su patrocinado. Téngase presente que la ilegitimidad del control de las comunicaciones al que se aludía, desaparece de reunir el letrado la condición de imputado o sospechoso de participación en un hecho que se presume delito⁸⁹⁷.

Por su parte, según la misma doctrina afirma, el art. 271 CCPit no pretende sancionar una irregularidad o ilegitimidad en la búsqueda de pruebas, sino imposibilitar directamente la entrada en el proceso de determinadas fuentes. El reconocimiento al Abogado de la exención de la obligación de declarar y, en consecuencia, la garantía de la reserva de aquello conocido por razón de su profesión -que impide su conversión en sujeto pasivo de pesquisas y secuestros⁸⁹⁸- determina que, de quedar finalmente bajo control sus comunicaciones, sea casualmente, sea de forma intencionada, toda información que resulte de las mismas, según lo expresado en el citado precepto, no podrá ser utilizada en la parte en que se halle cubierta por el secreto profesional⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ En este sentido, ILLUMINATI, G., "Le intercettazione...", op. cit., pág. 80.

⁸⁹⁷ Ello explica el sentido de la solución jurisprudencial dada a eventualidades como, la captación de conversaciones del letrado mientras no ha llegado a ser asumida la defensa. De no existir mandato, ciertamente falta un sujeto calificable como "defensor", y el art. 103 no podría entrar en juego; pero, sí el art. 271, de manera que si sus diálogos fueran interceptados antes de la aceptación, la información que se obtenga no podrá ser utilizada por hallarse cubierta por el secreto profesional. Vid. CAMÓN, A., "Le intercettazioni..", op. cit., pág. 132.

⁸⁹⁸ Véanse los art. 200 y 256, ambos del CPPit.

⁸⁹⁹ Esto último, incluso en el caso en que hubiera sido incorporada a juicio a partir de la admisión y valoración como medio probatorio. Vid. FORTUNA, E., con DRAGONE, S., "Le prove nel pcc...",

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ahora bien, ante la imposibilidad material de evitar de un forma absoluta el control de las comunicaciones del imputado, se hace necesaria una norma añadida que solucione la eventualidad de que la escucha, en principio lícita, afecte a los defensores; y es por ello que su práctica viene sancionada con la imposibilidad de servirse de los frutos que arroje.

Puede notarse, pues, cómo el juego de ambos preceptos configura un sistema de tutela⁹⁰⁰, cuyas virtudes o desaciertos tiene a la vista el legislador español que, por el momento, no se ha decidido a consagrar de modo expreso la garantía que merece la especial relación del imputado, con Abogados en general, y con su defensor en particular. No cabe duda que la reflexión en torno a algunos de los interrogantes planteados en el seno de la norma italiana, permitirá adelantarse al nacimiento de eventuales problemas interpretativos -derivados con frecuencia de indeterminaciones, deficiencias o falta de ajuste en el conjunto de previsiones que con relación a esta cuestión se contengan en la norma procesal- y de este modo su evitación, en la que se desea próxima reforma, si no nueva regulación, de la materia por el legislador español.

op. cit., pág. 419. La misma idea defiende FUMU, G., *Comento all' art. 271*, en "Comento al nuovo Codice di Procedura Penale", dir. por CHIAVARIO, M., Vol. II, pág. 803.

⁹⁰⁰ A la vista de lo hasta el momento expuesto, puede notarse la ausencia en la mayoría de los ordenamientos europeos examinados, de una disposición parangonable al art. 103 italiano. El resto de normas o Códigos procesales penales, a diferencia en cualquier caso del vacío detectado en la LECrim, otorgan protección a las comunicaciones del Letrado con el imputado u otras personas en el ejercicio de la función de defensa jurídica, aunque mediante el empleo de fórmulas distintas a la italiana, que se ha decidido a reunir en un único precepto la suma completa de garantías precisas.

Ello no obstante, resulta asimismo del máximo interés las previsiones contenidas en la ordenanza procesal alemana que, según se ha tenido ocasión de evidenciar, incorpora un especial régimen de injerencias y un particular modo de garantía a la libertad y secreto de las comunicaciones mantenidas con el Abogado defensor, que en breve se conocerá.

3. LÍMITES A LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Sabido es que corresponde al legislador ordinario regular el ejercicio de los derechos que, con rango de fundamentales, reconoce la Norma Constitucional⁹⁰¹ y, por la misma razón, prever los supuestos y el procedimiento que haya de seguirse en toda limitación que, como en el caso que nos ocupa, la misma norma autorice.

En verdad, la exigencia de resolución judicial para el acuerdo del límite no excluye, es más, presupone la mediación de una ley de desarrollo, en beneficio de la seguridad jurídica que ha de protegerse. Como acertadísimamente señala VELASCO NUÑEZ⁹⁰², no basta al ciudadano conocer la posibilidad de que sus comunicaciones sean intervenidas u observadas; el mismo debe ser informado de los fines que se persiguen, y en qué forma puede ser sacrificado su derecho.

Asiste, pues, la razón a JIMÉNEZ CAMPO⁹⁰³ cuando afirma que, el desarrollo legislativo del límite incluido en la redacción del art. 18.3º CE, "es un medio idóneo e indispensable para evitar extralimitaciones o abusos de poder por parte de las autoridades judiciales que hayan de decidir la injerencia en este particular derecho fundamental"⁹⁰⁴. Es más, esa previa determinación legal de los supuestos y condicio-

⁹⁰¹ Véanse los arts. 53.1º y 81.1º de la CE.

⁹⁰² "Presencias y ausencias ...", op. cit., marg. 242.

⁹⁰³ "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 27.

⁹⁰⁴ En defensa de la misma se ha manifestado DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico ordinario ...", op. cit., págs. 11 y 13. En cambio, en sentido opuesto, se han pronunciado entre otros, ASECIO MELLADO, JMª., "Prueba prohibida...", op. cit., pág. 105; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales...", op. cit., pág. 92; JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional...", op. cit., págs. 25 y 26; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, pág. 156; LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Intercepciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal español*, en *XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, "Rev. Derecho procesal UNED", 1990, núm. 4, págs. 454 y 455; MORENO CATENA, V., "Garantías de los derechos ...", op. cit., pág. 157. En opinión de MORENO CHAMARRO es inadmisibles la conside-

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

nes en que puede operar la limitación y de su alcance, debe exigirse con mayor fuerza en el marco del proceso penal, en el que se debaten y debe hallarse el punto de encuentro entre los derechos individuales del imputado -que se ven en él amenazados- y los intereses generales o sociales para cuya satisfacción el proceso mismo se articula⁹⁰⁵.

Superada, pues, la tesis de una directa aplicación del precepto constitucional, la doctrina parece inclinarse mayoritariamente por considerar necesaria la aplicación de las previsiones contenidas en los arts. 579 y ss. de la LECrim, en respuesta a las exigencias que derivan, tanto del art. 8 CEDH cuanto del mismo Texto Constitucional⁹⁰⁶, opinión que se comparte con la reserva obligada que motivan las deficiencias de la legislación procesal que ahora se examina.

3.1. LA INTROMISIÓN EN EL DESARROLLO DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES COMO MEDIDA INSTRUMENTAL A LA INVESTIGACIÓN E INSTRUCCIÓN PENAL.

Como se adelantaba y a lo largo de estas páginas se ha tenido ocasión de constatar, el derecho que a todo individuo asiste de comunicar con libertad y secreto con el resto de sujetos, puede verse excepcionada en el seno del proceso penal.

ración como suficiente de la sola presencia del art. 18.3º CE, en ausencia de una ley concreta que desarrolle el precepto. Véase, *Las escuchas telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en "Estudios de Derecho Penal y criminología" (Libro-Homenaje al profesor J.L. Rodríguez Devesa), Madrid, 1989, págs. 92 y 93.

⁹⁰⁵ A nadie escapará, pues, la enorme potencialidad lesiva de las medidas limitativas de derechos que, como las que de inmediato se examinan, son arbitradas por la norma procesal y orientadas a la consecución de fines legítimos desde el punto de vista constitucional. ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", op. cit., § 29, Rn. 3, pág. 203.

⁹⁰⁶ Véanse los arts. 53 y 81.1 CE.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La norma procesal española, en efecto, reserva todo un cuerpo de preceptos - arts. 579 a 588 LECrim- a la regulación -aunque insuficiente, según podrá constatarse- de la materia relacionada con los límites a la libertad y secreto de las comunicaciones privadas; ello, a través del arbitrio de distintas medidas al servicio de la investigación y de la obtención de futuros medios de prueba.

En realidad, con la Ley 4/1988, de 25 de mayo de reforma de la LECrim, el legislador ordinario parecía haber asumido definitivamente su cometido de desarrollo legislativo del derecho, al incorporar a ese art. 579 de la LECrim -a cuya exégesis habrá de dedicarse buen número de estas páginas- un nuevo apartado, relativo a la intervención de las comunicaciones telefónicas, huérfanas hasta entonces de regulación⁹⁰⁷. Esta ausencia de previsiones, sin embargo, nunca fue obstáculo para el acuerdo, a los fines del proceso, de estas medidas de intervención telefónica, con mayor frecuencia incluso que las postales y telegráficas originariamente previstas, mediante la aplicación analógica *in bonam partem*⁹⁰⁸ de lo expresamente reglado para las únicamente previstas⁹⁰⁹.

La mencionada reforma legislativa, lejos de ser aplaudida, ha recibido duras críticas por parte de la doctrina científica que, a la vista de la regulación contenida definitivamente en la norma procesal, ha llegado a cuestionar, incluso, la existencia de

⁹⁰⁷ El origen de la misma parece hallarse en la LO 9/1984, o ley "antiterrorista", que contiene una expresa previsión de la medida destinada, en este caso, a operar en el estricto marco de esta concreta actividad delictiva.

⁹⁰⁸ Aboga, entre otros, MORENO CHAMARRO por el rechazo de una interpretación integradora *in mala partem*, habida cuenta de que el art. 18.3º las menciona de forma expresa y somete, en consecuencia, a un mismo régimen las posibles injerencias. "Las escuchas telefónicas ... ", op. cit., pág. 93.

⁹⁰⁹ En verdad, y la STS de 18 de junio de 1992 así lo reconoce, se vino configurando vía jurisprudencial, una especie de construcción acerca de la forma correcta de realización de la medida de intervención telefónica, mediante la utilización del conjunto de preceptos referidos a la que afecta a las comunicaciones telegráficas o postales.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

cobertura legal bastante a la aplicación de las medidas de limitación que se arbitran⁹¹⁰, calificando la situación como de "auténtica anonimia legislativa"⁹¹¹.

Ese art. 579 LECrim, en el que efectivamente se contienen las distintas medidas procesales susceptibles de acuerdo, en opinión de LÓPEZ FRAGOSO⁹¹², presenta un contenido, no sólo insuficiente "sino oscuro, contradictorio y, en fin, lamentable en atención a la importancia de la materia sobre la que inciden". Ello, no puede sino sorprender habida cuenta de la enorme relevancia adquirida en los últimos años por determinados medios o instrumentos de comunicación -y, en particular el teléfono, para el que precisamente el vacío legislativo es más amplio- y el magnífico desarrollo de las técnicas que permiten la injerencia y, en consecuencia, el menoscabo de alguna de las más elementales garantías constitucionales.

El descontento no parece, pues, caprichoso; como se tendrá ocasión de constatar, el art. 579 en absoluto determina con la claridad y precisión que debiera los requisitos que han de observarse para dotar de legitimidad a la eventual injerencia en éste, como en todo derecho fundamental, y no se exagera al afirmar que, si no una absoluta carencia, resulta sin duda insuficiente y del todo imperfecta la regulación de la materia que nos ocupa en la norma procesal⁹¹³.

⁹¹⁰ La falta de fijación del alcance, límites y procedimiento para su aplicación, ha llevado a RODRIGUEZ RAMOS a entender nula toda intervención en las comunicaciones telefónicas privadas, *Intervenciones telefónicas*, en "La prueba en el proceso penal", "Rev. Cuadernos de Derecho Judicial", CGPJ, 1992. Asimismo, en opinión de MANZANO SOUSA, la medida no satisface la exigencia derivada del art. art. 8.2º CEDH cuya observancia impone que la misma "esté prevista por ley y sea necesaria en una sociedad democrática" para permitir la injerencia, el sacrificio, o la intromisión en un derecho fundamental como el secreto de las comunicaciones. "La interceptación legal de las comunicaciones...", op. cit., pág. 565.

⁹¹¹ GIMENO SENDRA, V., "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., pág. 1618; JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 29. Opina igualmente LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que "las carencias en la regulación de la materia son de tal importancia, que equivalen a una auténtica ausencia normativa". Vid. "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., págs. 182 y 183.

⁹¹² "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., pág. 41.

⁹¹³ Critican duramente la imperfección del precepto, entre otros, ASENCIO MELLADO, JM^a., "Prueba Prohibida ...", op. cit., pág. 107; GONZÁLEZ CUÉLLAR, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., pág. 95; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *El régimen jurídico de*

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ello, obliga al operador jurídico a integrar el vacío a partir de la aplicación analógica -nunca *in mala partem*- de cuanto expresamente se prevé, y la interpretación conectada de los distintos preceptos de incidencia en la materia, y ha conducido a la configuración en el seno de nuestros Tribunales Constitucional y Supremo, de una auténtica doctrina relativa a la intervención de las comunicaciones personales, y en especial las celebradas telefónicamente, con la que parece salvarse el silencio normativo⁹¹⁴.

Así las cosas, en un primer momento por consecuencia de la falta de previsión legislativa y más tarde, por razón de la necesidad ineludible de operar una interpretación integradora de la insuficiente regulación resultante de la reforma de 1988, lo cierto es que la jurisprudencia ha sentado las bases para una aplicación de las distintas medidas arbitradas, en modo que permita atenuar las consecuencias que para el sujeto afectado pueden derivarse de la ignorancia de sus derechos fundamentales, al tiempo que asegurar la eficacia, a los efectos probatorios, de los resultados que de la misma se obtengan⁹¹⁵.

Nótese la dificultad a la que ha de enfrentarse el intérprete en esta labor de complementación, en la que no ha de descuidar la esencia del derecho ni alejarse -sea

las intervenciones telefónicas en el proceso penal español, "Libro-Homenaje al profesor E. Ruiz Vadillo", Madrid, 1998, pág. 139. Ante la suma de deficiencias observadas, puede afirmarse con MANZANO SOUSA que la regulación española desatiende las garantías de protección que, con carácter de mínimos, exige el art. 8.º del CEDH". Vid. "La interceptación legal ...", op. cit., pág. 565 y asimismo en págs. 558 y 559.

⁹¹⁴ Sorprende, sin embargo, que el Alto TS ponga de manifiesto las deficiencias y, en lugar de instar la actuación del legislador ordinario, asuma y manifieste abiertamente la necesidad de "llevar a cabo una especie de construcción vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida", refiriéndose concretamente a la intervención telefónica, "utilizando la vía analógica de la LECRIM, respecto a la retención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes". Vid. ATS de 18 de junio de 1992.

Pero, como acierta a precisar GIMENO, el problema es, en realidad, la presencia de una jurisprudencia constitucional escasa junto a la procedente del Tribunal Supremo, abundante pero no uniforme, cuyo sentido ha venido dependiendo de la concreta posición ideológica del magistrado ponente de cada una de las resoluciones. "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., pág. 1618.

⁹¹⁵ MONTÓN REDONDO, A., *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*, Rev. La Ley, 1995, núm. 4, pág. 1044.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

desbordando, sea menospreciando- del contenido que del mismo resulte según lo previsto en la Suprema Norma del ordenamiento.

3.2. LA INSUFICIENCIA DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA NORMA PROCESAL ESPAÑOLA.

Ciertamente, la insuficiencia que caracteriza a la regulación de medidas de investigación como las que a continuación se examinan, hace surgir todo interés por hallar respuesta a una suma de interrogantes que plantea su acuerdo y consiguiente aplicación sobre las comunicaciones del imputado, en particular, con su Abogado defensor; y, por la misma razón, sobre aquéllas que eventualmente se decidan sobre éste último, amparado en su actuación por el necesario respeto del secreto profesional.

Como ya se adelantara, nuestro TS -en su tarea de aplicación del derecho- da forma a cierta doctrina jurisprudencial, esencialísima, que se une a la de no menor valor emanada del máximo garante de los Derechos Fundamentales en las numerosas ocasiones en que ha debido resolver acerca de la posible lesión de la garantía constitucional que se trata, por razón de la aplicación de alguna de las medidas limitativas previstas.

Examinar en este espacio y con exhaustividad el vastísimo material doctrinal y jurisprudencial con el que se cuenta es, en verdad, una tarea tan atractiva como inabarcable por lo limitado de un trabajo de investigación como el que se desarrolla; sin embargo, a la vista del enorme vacío legislativo observado es obligado el reflejo en estas páginas, con la extensión que permitan, de la doctrina general sentada por uno y otro órgano jurisdiccional.

Conocer, y no es en absoluto fácil a partir de lo expresado en la LECrim, los supuestos y condiciones en que resulta legítima la intervención de las comunicaciones del imputado con la generalidad de personas que le rodean, es paso obligado para, una

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

vez se demuestre la necesidad de excepcionar dicho régimen respecto de las mantenidas con el Abogado defensor, formular desde mejor posición la crítica que merece la inactividad del legislador español.

La conclusión que acaba de adelantarse, realmente incita a cuestionar la oportunidad o utilidad misma de incluir en nuestro estudio un examen detallado acerca de las distintas medidas de limitación previstas cuando, si se acierta en la predicción, habrá de excluirse su aplicación a las comunicaciones en las que interviene el Abogado defensor; sin embargo, a la razón antes esgrimida se añade un nuevo motivo que, no sólo aconseja, sino que hace obligado su tratamiento.

Desde un primer momento se ha de tener presente que, como en breve se tratará de evidenciar, la exclusión del régimen general de posibles intromisiones ha de operar en el sólo supuesto en que el Letrado actúe en ejercicio de su función de asistencia y defensa técnica, y de acuerdo con las exigencias jurídicas y profesionales que definen un "comportamiento adecuado", de suerte que la relación resulte preservada siempre que el letrado intervenga en la condición de defensor, y no en una calidad distinta, ni por supuesto como cooperador necesario, cómplice o encubridor del presunto delincuente⁹¹⁶.

Como de inmediato se conocerá, la imputación dirigida al Abogado resulta determinante de la exclusión de toda prerrogativa que pudiera en otro caso haberle correspondido y, en consecuencia, uno y otro de los sujetos nombrados puede ver intervenidas sus comunicaciones personales. Los distintos límites previstos en el art.

⁹¹⁶ En opinión de VELASCO NUÑEZ, ha de excluirse la legitimidad de toda injerencia en las comunicaciones Abogado cliente, incluido el caso en que fueran judicialmente acordadas "siempre que los profesionales se hallen en el más genuino comportamiento profesional y no pierdan esa condición" por encontrarse en cualquiera de las apuntadas en el texto. De suceder esto último, a juicio del autor, la función profesional y, en consecuencia, la confidencialidad de la comunicación, no precisan de protección en el caso concreto; es más, el otorgarla sería amparar una actividad delictiva que puede ser sancionada.

Vid. "Presencias y ausencias...", op. cit., marg. 258.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

579 LECrim, pueden alcanzar a todo procesado o presunto partícipe en una acción criminal, e incluso a terceros si de su comunicación se sirviera el imputado para la realización de sus fines delictivos.

Este primer punto de análisis viene seguido de un recorrido sobre las distintas posibilidades y el modo legítimo de excepcionar el secreto de las comunicaciones personales a los fines de la investigación criminal -tanto de delitos considerados comunes, cuanto de la presunta comisión de delitos de terrorismo- con el apoyo inestimable de clarificadoras aportaciones doctrinales y jurisprudenciales recientes.

Ello permitirá conocer si el legislador procesal español da cumplida satisfacción o, por el contrario y como se sospecha, desatiende los mandatos del CEDH, lo cual, haría precisa también en este punto la reforma -si no nueva regulación- de una materia de no poca trascendencia como la que se examina⁹¹⁷.

3.3. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE FUTURAS PRUEBAS: EL ART. 579 LECRIM.

Como se adelantaba, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 materializa aquella genérica habilitación constitucional que permite excepcionar el secreto de las comunicaciones, a partir de la previsión de ciertas medidas a adoptar en el curso de la instrucción de las causas criminales; medidas que se reparten entre los distintos apartados de un denostado, no sin razón, art. 579 LEcrim.

⁹¹⁷ Basta una rápida lectura de los distintos apartados del art. 579 LECrim -en el que presumiblemente se "detallan" las distintas medidas de naturaleza procesal susceptibles de acuerdo- para que esta primera crítica comience a cobrar sentido.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

El primero de los párrafos del precepto permite al Juez acordar "la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere, y su apertura y examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho importante para la causa"⁹¹⁸. La facultad, reconocida al órgano jurisdiccional de acordar la intervención de las comunicaciones mantenidas vía telefónica, se contiene en el segundo de los apartados de los que la disposición se compone.

Expresa asimismo el precepto que se analiza que, mediante resolución motivada, podrá el Juez decidir la observación de las comunicaciones sostenidas por toda persona sobre la que existan indicios de responsabilidad criminal, "así como de las comunicaciones de las que (...) se sirvan para la realización de sus fines delictivos"⁹¹⁹. Ahora bien, en el excepcional supuesto en que concurran circunstancias de urgencia y siempre que se trate de la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la autoridad gubernativa -en la persona del Ministro del Interior o, en su defecto, del Director de la Seguridad del Estado- podrá ordenar la intervención de dichas comunicaciones, dando aviso inmediato al Juez competente quien, en breve plazo y de forma motivada, revocará o confirmará aquella primera decisión gubernativa.

A la vista de lo que expresado por el precepto, pronto se revela una enorme vaguedad, cuando no efectiva ausencia de regulación, que afecta a muchos de los aspectos de mayor relevancia para entender satisfecha la exigencia de "previsión por ley, clara y completa", del límite que alcanza al derecho fundamental, que obliga a un considerable esfuerzo para formar idea clara de las condiciones en que resulta posible

⁹¹⁸ Art. 579.1º LECrim.

⁹¹⁹ Art. 579. 4º LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

el acuerdo de intervención de las comunicaciones privadas, en orden a la comprobación de hechos y circunstancias importantes para la causa⁹²⁰.

3.3.1. FORMAS DE INJERENCIA EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBRE COMUNICACIÓN.

Analizar con la profundidad que merece la materia relativa a la intervención de las comunicaciones privadas del imputado, exige partir de una distinción entre las medidas de intervención que afectan a las comunicaciones postales y telegráficas - dotadas en la norma de una amplia, aunque imperfecta, regulación⁹²¹- y la que puede acordarse sobre las comunicaciones telefónicas.

La norma procesal, sin embargo, una vez expresa en su art. 579 LECrim las distintas medidas de injerencia susceptibles de ser acordadas, se dedica a regular mínimamente el modo y condiciones en que ha de operarse la intervención, exclusivamente, de la correspondencia del imputado. Las intervenciones telefónicas, a pesar de su explícita previsión a partir de la ley de 1988, carecen absolutamente de desarrollo -a salvo la muy criticable fijación de ciertos plazos de duración que, aunque habrían de entenderse máximos, parecen admitir sucesivas prórrogas- que dé a conocer aspectos tan relevantes como el procedimiento que ha de seguirse en su

⁹²⁰ En esta labor de complementación se impone el recurso a las pautas suministradas por el principio de proporcionalidad y definidas por nuestros jueces, a partir de la configuración de una sólida doctrina que suple el vacío o la deficiente regulación que se contiene en la LECrim. Una técnica ésta, sin embargo, peligrosa y merecedora de crítica por cuanto, como con acierto observa ARAGONESES MARTÍNEZ, con ella se traslada innecesariamente al aplicador del Derecho, la que ha de ser responsabilidad del legislador, en la búsqueda del punto de encuentro entre la necesaria eficacia en la represión delictiva y el respeto del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones que corresponde al justiciable. Vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, S., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., ed.1999, pág. 400.

⁹²¹ Regulación, que se halla contenida en los arts. 580 a 588 de la LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

práctica y el modo en que ha de operarse con los resultados que se obtengan para la satisfacción del fin perseguido con su acuerdo⁹²².

Esta circunstancia hacía obligado entender de aplicación *in bona partem*⁹²³ lo inicialmente previsto por el legislador de 1882 respecto de las comunicaciones postales y telegráficas -únicas conocidas y que fueron objeto de regulación, aunque plagada de deficiencias⁹²⁴- a la vía de comunicación telefónica⁹²⁵. Ante tan deplorable

⁹²² Esta es, al parecer, la razón que ha movido a la doctrina a dedicar mayor atención y esfuerzos en el estudio de esta específica modalidad de comunicación, cuya influencia es patente en estas páginas.

La singularidad de las intervenciones telefónicas, que en breve podrá constatarse, atrae especialmente hasta el punto de convertirse en verdadero centro de nuestras reflexiones. En realidad, es a esta concreta forma de injerencia en el derecho a la libre comunicación a la que vienen referidas muchas de las afirmaciones que se encierran en estas páginas; ahora bien, a excepción de aquellos aspectos estrictamente referidos al procedimiento de detención y apertura de la correspondencia postal y telegráfica, las conclusiones que aquí se recogen resultan por lo general de aplicación al conjunto de medidas limitativas previstas en la LECrim con fines investigadores y de adquisición de fuentes de prueba.

En el ánimo de no desatender el resto de vías de comunicación, como parece ser la pauta seguida por el legislador, se ha optado por invertir los términos en los que se halla planteado en la LECrim el tratamiento de esta materia; se pretende, en consecuencia, no limitar nuestras referencias a la sola regulación contenida en la LECrim -y que gira en torno a la intervención de correspondencia- sino extenderlas, cuanto menos, a las distintas vías de comunicación que, sin ánimo de exhaustividad, prevé la Constitución de 1978 y, en la medida de lo posible, hacer alusión a las especialidades que resulten precisas en relación con cada una de ellas.

⁹²³ FERNÁNDEZ ESPINAR, G., "El levantamiento del secreto...", op. cit., pág. 33; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico de las intervenciones...", op. cit., pág. 16; MORENO CHAMARRO, I., "Las escuchas telefónicas en la Ley ...", op. cit., pág. 93.

⁹²⁴ No escapa, sin embargo, a DE LLERA la dificultad que ofrece la aplicación a las intervenciones telefónicas, de la regulación prevista en los arts. 579 a 588 LECrim; regulación que, por razón de una cierta similitud de los medios de comunicación, parece únicamente extensible a las comunicaciones telegráficas, quedando al margen preceptos tales como los arts. 584 y 586, o los arts. 581, 585, y 587, de imposible encaje. "El régimen jurídico...", op. cit., pág. 17.

Como acierta LÓPEZ-FRAGOSO en señalar, la medida de intervención de la comunicación telefónica posee una idiosincrasia propia, por razón no sólo de su injerencia en los más elementales derechos de la persona, sino por su evidente afectación al fundamental derecho de defensa y, en definitiva, la particularidad de los efectos que genera; ello hace precisa una regulación propia y consecuente que, como seguidamente se hará notar, falta en nuestras normas. Vid. "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., págs. 88 y 124. Parecida observación recoge en su estudio FERNÁNDEZ ESPINAR, G., "El levantamiento del secreto...", op. cit., pág. 22. Ello explica el enorme interés que ha despertado entre la doctrina el estudio de la materia relativa a estas concretas medidas de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones, acrecentado quizás por la ausencia de una concreta regulación de las mismas y, muy particularmente, del modo legítimo de practicarla.

⁹²⁵ El mismo TS afirmaba en su sentencia que los requisitos legitimadores de las intervenciones telefónicas, "han de ser similares a los exigidos en otro tipo de control de las comunicaciones privadas". Vid. STS 123/1997, de 1 de julio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

panorama, no puede extrañar la reacción crítica de doctrina y Jurisprudencia, y la configuración -principalmente por la Sala 2º del TS⁹²⁶- de una auténtica doctrina acerca del modo y condiciones en que ha de llevarse a cabo la intervención de las comunicaciones telefónicas a los efectos de su consideración, más tarde, como legítimos medios de prueba.

La necesidad de no ampliar en exceso lo que pretende ser mera ilustración de una sola de las distintas posibilidades de limitación de las comunicaciones mantenidas con el Abogado defensor- ha obligado a prescindir de un tratamiento singularizado de las distintas formas de comunicación -directa, escrita o vía telefónica- para, desde un plano general, examinar la observancia o no por el legislador procesal del conjunto de exigencias legitimadoras de toda intromisión. Ello, sin embargo, en absoluto impide hacer mención de la presencia en nuestra LECrim de un doble modo de limitación del derecho que se analiza, en atención al concreto medio de comunicación empleado.

Así, y siguiendo a MORENO CATENA⁹²⁷, se distingue una primera forma de intervención, cual es "la detención y apertura de la correspondencia postal y telegráfica", como medida que entraña la interrupción del proceso comunicativo e impide la llegada de la información a su destinatario, de una segunda limitación prevista, cual es el llamado control u "observación" que afecta a la comunicación telefónica⁹²⁸, a partir

⁹²⁶ Es, en efecto, enorme el número de resoluciones emitidas por el Tribunal a partir de las que deducir ciertas pautas orientativas al respecto de la cuestión que se trata. Entre todas ellas, a las que se aludirá a lo largo de estas páginas, merece especial mención el paradigmático ATS de 18 de junio de 1992, aunque algunas de sus conclusiones no resulten, a nuestro juicio, acertadas. Por su riqueza, esta última resolución parece haber marcado un antes y un después en el tratamiento por nuestros jueces de las medidas de intervención telefónica; téngase presente que la misma resume el cuerpo de requisitos de cuya observancia depende la legitimidad de la intromisión en el derecho constitucional a comunicar libremente y, en consecuencia, la valoración de sus resultados a los efectos probatorios.

⁹²⁷ *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, 3º ed., pág. 439.

⁹²⁸ Modo de limitación que, según parece, puede también afectar a las comunicaciones telegráficas, y consistir en la captación de las copias de todo telegrama emitido por una Oficina de Telégrafos, y no de su original, de manera que la vía de comunicación no se bloquea y la información es alcanzada por su destinatario (art. 582 LECrim); MORENO CATENA, V., (et. alt.) "Derecho Procesal Penal", op. cit., 3ª ed., 1999, pág. 446. En la misma línea de opinión puede verse, GÓMEZ CO-

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de la cual se lleva a cabo la injerencia, y por lo general la captación de lo comunicado, sin para ello interrumpir el proceso o vía de comunicación empleada⁹²⁹.

3.3.1.1. En torno a la noción de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones privadas.

En verdad, de cuanto expresa el art. 579 LECrim, no resulta fácil la obtención de un concepto de "injerencia" lo suficientemente amplio para dar cabida al conjunto de actuaciones susceptibles de afectar a las comunicaciones personales, cualquiera que sea la vía a través de la cual tengan lugar; sí es clara, cuanto menos, su distinción de la actividad de "secuestro" dirigida al aseguramiento en el proceso de una entidad ya conocida por el investigador. La interceptación de las comunicaciones, en cambio, se orienta a la búsqueda de elementos probatorios desconocidos o de los que aquél tiene sólo un hipotético conocimiento⁹³⁰.

De cierta utilidad resulta asimismo la distinción propuesta por el italiano CAMÓN⁹³¹, al situar en el más alto nivel de intromisión la medida que entiende como "interceptación" en sentido estricto -que pone en relación con la distinta actividad de "secuestro" de la correspondencia⁹³²- y tras ella, un conjunto de operaciones que

LOMER, JL., "La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas", op. cit., pág. 150. Cfr. ILLUMINATI, G., "La disciplina ...", op. cit., pág. 31.

⁹²⁹ En este sentido, véanse MORENO CATENA, V., (et. alt) "Derecho Procesal Penal", op. cit., 2º ed., 1997, págs. 451 y 452, y asimismo, en 3ª ed, 1999, pág. 439; ASENSIO MELLADO, JMª., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 162.

⁹³⁰ En la doctrina italiana, BRUNO, P., Voz "Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni", en *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. VII, Torino, 1993, pág. 177.

⁹³¹ CAMÓN, A., "Le intercettazioni nel processo penale", op. cit., pág. 14.

⁹³² Advierte, sin embargo, ILLUMINATI de la conveniencia, si no necesidad, de distinguir la actividad denominada de "secuestro" que, en particular, afecta a la correspondencia escrita, de lo que puede considerarse "interceptación", a la vista de lo previsto por el legislador procesal italiano. Lo cierto es que, si bien tienen en común la incidencia sobre idéntico derecho fundamental -el art. 15 de la Constitución italiana- las medidas de "secuestro" e "interceptación" presentan en el derecho italiano, caracteres y estructura diversa.

Según el propio autor ha expresado, no es lo mismo hacer llegar al proceso documentos preexistentes al mismo, como sucedería en el secuestro -aplicable a todo elemento relacionado con el delito- que el ejercicio de una auténtica labor de interceptación o la captación de una comunicación en el

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

inciden sobre el derecho a la libertad de la comunicación, sin alcanzar a conocer el contenido mismo de lo comunicado⁹³³; y, junto a éstas, se refiere asimismo a distintas y muy heterogéneas técnicas de menor entidad o capacidad lesiva⁹³⁴. En este último grupo, se incluiría la medida de "observación", en virtud de la cual el *iter* de la comunicación no se bloquea imposibilitando su recepción por el destinatario, sino que el mensaje llega a los interlocutores, que pueden responderlo; el proceso sigue, pues, su curso aun cuando un tercero se inmiscuya en él⁹³⁵.

De modo distinto, la medida de "interceptación" respondería a la idea de sorprender durante el desarrollo, interrumpir el proceso de comunicación, para conocer su contenido y/o impedir la llegada a su destino, de suerte que resultaría de aplicación tanto a la comunicación oral cuanto escrita⁹³⁶.

Ante el silencio y la dificultad ofrecida por la norma procesal a la configuración de un concepto unívoco, doctrinalmente se ha propuesto con insistencia el manejo del término genérico de "interceptación", si bien, no en su sentido estricto de impedir u obstaculizar el proceso comunicativo⁹³⁷, sino de intromisión en el mismo, al

mismo instante de producirse. El grado de intromisión en el derecho a la intimidad a partir de una u otra es, a su juicio, considerablemente distinto; ello explica el mayor cuidado que se dedica a delimitar la facultad de interceptar comunicaciones diversas de las que adoptan forma escrita, y de garantías más rigurosas en el ejercicio de dicha facultad. Vid. ILLUMINATTI, G., "La disciplina processuale...", op. cit., pág. 30.

⁹³³ Actividad ésta que, por no afectar al contenido mismo de la comunicación, no integra el concepto legal de "interceptación" que refleja el Código procesal italiano. Vid. CAMÓN, A., "Le intercettazioni...", op. cit., pág. 14.

⁹³⁴ En esta última categoría se incluyen aquellas medidas que entrañan inferiores restricciones del derecho como, a su juicio, sucedería cuando se lleve a cabo el registro de la misma por obra de uno de los interlocutores que intervienen. CAMÓN, A., "Le intercettazioni...", op. cit., pág. 14.

⁹³⁵ En este sentido, BRUNO, P., "Intercettazioni di comunicazioni ...", op. cit., pág. 177 y CAMÓN, A., "Le intercettazioni...", op. cit., pág. 16.

⁹³⁶ GREVI, V., *Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operante dalla polizia giudiziaria*, "Riv. it. dir. e proc. pen.", 1967, pág. 724.

⁹³⁷ Si se atiende a su significado gramatical, el término "interceptación" se identifica con el apoderamiento de algo, para que no llegue a su destino y es, asimismo sinónimo de "obstrucción, interrupción o impedimento", Véase. MOLINER, M., *Diccionario del uso del español*, 1975.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

entenderlo comprensivo de toda posible injerencia -incluso nimia- en el derecho que constitucionalmente se protege⁹³⁸.

En concreta referencia a las comunicaciones mantenidas vía telefónica, el mismo Tribunal Supremo es consciente y advierte de la incorrección lingüística del legislador, al utilizar dicho término, habida cuenta de que su significado gramatical implica siempre apoderamiento de la comunicación impidiendo que la misma llegue a su destino⁹³⁹.

El legislador procesal español, en verdad, se mantiene en la línea acostumbrada de no ofrecer concepto alguno de la medida de intervención de comunicaciones que arbitra; medida que, a la vista de lo expresado en el art. 579 LECrim, podría identificarse con la captación del contenido de un diálogo -sea oral o escrito- mantenido entre personas, sin que en todo caso la comunicación afectada haya de presuponerse reservada.

Sí, en cambio, parece concluirse que la medida de intromisión ha de afectar a una comunicación "privada", entendiéndose por ella toda forma de expresión destinada a llevar cierta información al conocimiento de otro sujeto y no al de la totalidad de un público⁹⁴⁰; en consecuencia, el dato a tener presente al efecto de su consideración

⁹³⁸ La idea es expresada -si bien, en su análisis de las intervenciones telefónicas- por GARCÍA VALTUEÑA, E., *El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal*, "Cuadernos de Derecho Judicial", 1993, pág. 342 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas...", op. cit., pág. 194; opinión, que defiende en la doctrina italiana ILLUMINATI, G., "La disciplina...", op. cit., págs. 28 y 33. Y, a la vista de la utilización indiferenciada de uno y otro términos por nuestros tribunales, se suma a la propuesta MANZANO SOUSA, M., "La interceptación...", op. cit., pág. 561.

En opinión de LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, en cambio, la expresión más adecuada es, al respecto de las comunicaciones telefónicas, la de "intervención" que el legislador español maneja. "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 46.

⁹³⁹ Véase la STS de 8 de julio de 1992.

⁹⁴⁰ Cfr. ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale...", op. cit., pág. 28. El autor, se refiere a comunicaciones que, por el medio usado, o por las condiciones objetivas en que se desarrollan, no permiten la escucha por parte de extraños, *idem*, págs. 33 y 34.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

como auténtica injerencia, parece ser la posibilidad para el particular de mantener el control sobre el alcance de sus manifestaciones⁹⁴¹.

Ahora bien, al tiempo que esa intención en el emisor de destinar el mensaje a un limitado número de personas, la doctrina entiende preciso para estimar la intromisión en el derecho⁹⁴² que el total de interlocutores intervinientes en la comunicación desconozca la medida que se aplica⁹⁴³, de forma tal que, la iniciativa por parte de uno de los comunicantes excluiría la consideración de la medida como interceptación o intervención, en el sentido en que legalmente se arbitra.

No falta, pues, razón a quienes afirman que la posibilidad de realizar intervenciones directas -y de comunicaciones, en definitiva, celebradas entre sujetos presentes en lugares en los que el individuo desarrolla su derecho a la intimidad⁹⁴⁴- mediante la colocación de aparatos de escucha, no encuentra cabida en las previsiones contenidas en el art. 579 LECrim; en opinión de la doctrina mayoritaria, la medida de intervención que consagra el precepto requiere, en cualquier caso, el empleo de un artificio técnico a través del cual la comunicación se desarrolle⁹⁴⁵.

⁹⁴¹ GONZÁLEZ GUITIAN, L., *Escuchas telefónicas realizadas por funcionarios públicos*, en "Comentarios a la legislación penal", Tomo VII, Madrid, 1986, pág. 115. Corresponde, pues, al particular delimitar su ámbito de reserva formal, en el que no está permitida la intromisión de otras personas, marcando así los límites de protección de su derecho.

⁹⁴² De esta opinión, ASECIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal...", op. cit., pág. 163, y asimismo en "Prueba prohibida...", op. cit., pág. 104. En la doctrina italiana, ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale...", op. cit., págs. 35 y 36.

⁹⁴³ En este sentido, y coincidiendo en ello con la opinión del también italiano ILLUMINATI, véase LOZZI, G., "Lezioni di Procedura Penale", op. cit., pág. 253.

⁹⁴⁴ Ello, en el modo previsto por la reciente reforma constitucional y procesal germana antes aludida y que alcanza al también fundamental derecho a la inviolabilidad del domicilio que consagra el § 13 Ley Fundamental de Bonn. La norma procesal italiana, por su parte prevé en el art. 266.2º la posibilidad de interceptar comunicaciones celebradas entre presentes pero, según parece, sin implicación alguna del derecho a la reserva del domicilio, cuya afectación implicaría la ilegitimidad de la medida. Véase, LOZZI, G., "Lezioni di procedura Penale", op. cit., págs. 256 y 257.

⁹⁴⁵ En este sentido se han manifestado, entre otros, MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones telefónicas ...", op. cit., págs. 37 y 38 y su breve comentario a la STS de 10 de febrero de 1998, y en la doctrina italiana, LOZZI, G., "Lezioni di Procedura Penale", op. cit., págs. 253 y 254.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Lo cierto es que, a nivel jurisprudencial⁹⁴⁶ no parece establecerse limitación alguna en cuanto a los medios de intercomunicación empleados, siempre que exista cierta distancia entre los comunicantes que obligue al empleo de cualquier técnica de telefonía -sea, pues, de titularidad pública o privada⁹⁴⁷- e incluso telex, telefax, correo electrónico e internet⁹⁴⁸, o cualquiera de semejantes características que pudiera surgir⁹⁴⁹. Así, y por lo que en particular se refiere a la interceptación o intervención de las comunicaciones orales, y más concretamente las mantenidas vía telefónica -únicas expresamente previstas- la medida se configura como la acción por la que un tercero ajeno al proceso de comunicativo, sirviéndose de un instrumento técnico o mecánico, toma conocimiento de una información de carácter reservado con el desconocimiento, en cambio, de los interlocutores⁹⁵⁰.

⁹⁴⁶ Véanse al respecto las STS de 8 de febrero de 1998 y la STC 54/1996.

⁹⁴⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y ...", op. cit., pág. 182; MARTÍN PALLÍN, J.A., "Escuchas telefónicas...", op. cit., pág. 379.

⁹⁴⁸ MONTERO AROCA, J., "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., pág. 22; la misma idea en, FÁBREGA RUIZ, C.F., "Secreto de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 1188; GIMENO SENDRA, V., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 1618; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 50; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", op. cit., pág. 1363 y asimismo en "La garantía de los derechos ...", op. cit., pág. 156.

La materia relativa a las telecomunicaciones, y en particular la intervención de las mismas, ha adquirido en los últimos tiempos enorme relevancia de la que da sobrada cuenta la reciente Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones. La norma contiene una suma de reglas y prescripciones destinadas tanto a operadores públicos cuanto a privados, de las que merece especial mención la referida en su art. 49; precepto éste en el que se consagra la garantía del secreto de las comunicaciones, en los términos de los arts. 18.3º y 55.2º de la CE y el art. 569 de la LECrim, mediante la imposición a todo operador de la obligación de protegerlo técnicamente. El art. 51 de la ley, por su parte, previene ciertas cautelas a la interceptación de la comunicación por motivos exclusivamente técnicos, orientadas a la salvaguarda de la intimidad en su desarrollo. Sobre el particular, puede verse QUERALT, J., *Intervención de las telecomunicaciones en sede de investigación judicial y policial*, "Rev. Canaria de Ciencias Penales", 1998, núm. 2, pág. 114.

⁹⁴⁹ Como acertadamente sostiene MORENO CATENA, la garantía que consagra el art. 18.3º CE comprende a todas estas vías de comunicación. Vid. "Derecho Procesal Penal", op. cit., 1999, 3ª ed., pág. 438. La norma procesal, podría incluir un precepto semejante al art. 266 bis CPPit., que señala como posible objeto de la medida de interceptación -junto a la de comunicaciones entre presentes o "intercettazioni ambientali", y la de comunicaciones telefónicas u otra forma de telecomunicación que recoge el art. 266 CPPit, aquellos "flujos de comunicaciones relativos a sistemas informáticos o telemáticos, incluso interrelacionados con más sistemas".

⁹⁵⁰ CAMÓN, A., "Le intercettazioni...", op. cit., pág. 23.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Desde estas premisas, no se duda del acierto del concepto que propone LÓPEZ-FRAGOSO⁹⁵¹ al respecto de la concreta medida de intervención telefónica prevista en la LECrim que define como "medida instrumental y coercitiva, restrictiva del derecho fundamental del secreto de las telecomunicaciones personales, ordenada y ejecutada en la fase de instrucción de un proceso penal por el órgano competente, frente a determinados imputados, o sujetos distintos de los que se sirvan para comunicar, con el fin de investigar determinados delitos y, en su caso, aportar al juicio oral determinadas pruebas"; ello, a través de la captación del contenido de lo comunicado o cualquiera otro aspecto del proceso de comunicación; concepto que, casi en idénticos términos, se ve plasmado en multitud de pronunciamientos emitidos por nuestro Tribunal Supremo⁹⁵².

La configuración de la medida en el modo descrito, pone al descubierto la que resulta ser, también a nuestro juicio, su verdadera naturaleza y los fines que con ella se persiguen, a los que en breve estas páginas se refieren. Antes, sin embargo, convendrá una mínima alusión a los concretos modos de injerencia que refleja el precepto procesal que se analiza.

⁹⁵¹ "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., págs. 12 y 46 y asimismo en, *Nulidad de las fuentes de prueba obtenidas mediante una intervención telefónica*, "Rev. de Estudios Jurisprudenciales", 1992, núm. 2, pág. 27. Por su parte, FERNÁNDEZ ESPINAR hace suyas las palabras del autor en primer lugar citado, para manifestar que las intervenciones telefónicas se definen como "medidas instrumentales, restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, decretadas y ejecutadas en el estadio instructor de un proceso penal, bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente y frente a un imputado -ya sea en su calidad de comunicante mediato o inmediato- a los fines de, a través de la captación del contenido de la comunicación o de otros aspectos o caracteres del *iter* comunicador, investigar la comisión de delitos, averiguar los delincuentes, y en su caso, aportar al juicio oral elementos probatorios concretos", "El levantamiento del secreto ...", op. cit., pág. 20.

⁹⁵² Véase la STS de 2 de diciembre de 1997; y, en el mismo sentido, la STS 2093/1994. Ésta última, del todo ilustrativa, es expresa al señalar que, "las intervenciones telefónicas implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio, y pueden conceptuarse como medidas instrumentales que suponen restricción al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora sumarial del procedimiento penal, bien frente a los imputados, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso de determinados elementos probatorios".

3.3.1.2. Los distintos modos de injerencia previstos en la norma procesal.

En un esfuerzo de síntesis, y sobre la base del conjunto de previsiones de la LECrim -no solo, pues, las ahora tratadas y que se contienen en los arts. 579 a 588- resulta posible la distinción de un triple modo de injerencia en el derecho de la persona a la libertad de sus comunicaciones⁹⁵³, de un lado la suspensión, y de otro, la intervención y el control u observación de las mismas.

Prescindiendo, pues, de la primera de las limitaciones nombradas, esto es, la "suspensión" consistente en el cese temporal de la comunicación hasta tanto desaparezca la causa que haya dado origen a su acuerdo, que el art. 579 LECrim no contempla, conviene una breve aproximación a esa doble modalidad de limitación posible, susceptible de afectar al total de vías de comunicación explícitamente referidas por la norma procesal. Tarea ésta para la que puede servir la distinción anterior entre la intervención de comunicaciones escritas -postales y telegráficas- y las que se celebran oralmente aunque con la intermediación de un artificio técnico, como las telefónicas o semejantes.

3.3.1.2.1. Límites a la comunicación postal y telegráfica.

Por lo que respecta a una y otra modalidad de comunicación, la norma procesal expresamente señala la "detención" como primera acción de interferencia en el proceso comunicativo, que como no puede ser de otro modo, supone su interrupción.

En palabras de MORENO CATENA esta operación consiste en la "aprehensión física del soporte que se remite", sea mediante transporte del objeto a través del cual la comunicación tiene lugar⁹⁵⁴, sea mediante la transmisión del mensaje vía telegráfica.

⁹⁵³ MORENO CATENA, V., (et. alt.) "Derecho Procesal Penal", op. cit., ed. 1997, págs. 451 y 452.

⁹⁵⁴ En cuanto a la mayor o menor amplitud del concepto de "correspondencia", y sobre la base de una jurisprudencia un tanto oscilante del TS, véase MORENO CATENA, V., (et. alt.) "Derecho Proce-

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La "apertura" de la correspondencia es, pues, la segunda de las diligencias a practicar, en este caso con exclusividad por el órgano jurisdiccional, quien decide la medida, y en presencia del imputado o de una persona por él designada⁹⁵⁵.

Ahora bien, las comunicaciones escritas pueden ser igualmente objeto de medidas de injerencia de menor intensidad, consistentes en la sola determinación de alguno de los extremos del proceso comunicativo -sea su emisor o destinatario, sea su frecuencia o duración- de manera que no resulte impedida o detenida la comunicación para tomar conocimiento de lo transmitido. Como en páginas anteriores se señalaba, el secreto que constitucionalmente se protege, no solo ofrece cobertura al contenido de la comunicación, sino también a otros aspectos de la misma -tales como la identidad subjetiva de los corresponsales- de tal suerte que, técnicas distintas, como la denominada *comptage* o *pen register* -"tarifador" o "técnica del recuento" para la doctrina española- entraña una injerencia⁹⁵⁶ susceptible de menoscabar el pleno ejercicio del derecho fundamental⁹⁵⁷.

sal Penal", op. cit., págs. 443 y 444. El autor constata que la más reciente doctrina jurisprudencial aboga por una interpretación extensiva de la garantía de secreto de la misma, para incluir "todos los envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal o de entidades que presten este servicio, sean cartas o correspondencia personal, o se trate de otros envíos (paquetes)"; esto último, habida cuenta de que a través de los mismos puede transmitirse cierta información de carácter reservado que merezca la protección constitucionalmente conferida. A propósito de la cuestión relativa a la detención y apertura de envíos y paquetes postales, de cuyo análisis se ha optado por prescindir en este estudio -limitado, por su propia naturaleza- creemos interesante la consulta de la obra de MONTERO AROCA, J., *Detención y apertura de envíos y paquetes postales*, Valencia, 1999.

⁹⁵⁵ Véanse los arts. 584 y 586 LECrim. En cualquier caso y por consecuencia de la bilateralidad de toda correspondencia, aunque la ley guarda silencio, es claro que a la lectura habrá de ser citada la persona, distinta del sujeto pasivo directo de la medida, que remite o es destinataria de la comunicación intervenida. De esta opinión, prácticamente unánime en la doctrina, MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 451.

⁹⁵⁶ Como bien señala la STC 114 /1984, de 29 de noviembre (núm. 83), la "técnica del recuento" aquí aludida consiste en el empleo de un mecanismo -un contador combinado con un aparato impresor- que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico y la hora y duración de las llamadas. Sobre el particular, véase asimismo la STEDH de 2 de agosto de 1984, "asunto MALONE".

⁹⁵⁷ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional...", op. cit., págs. 15 y 16; VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias...", op. cit., marg. 257 y, en el mismo sentido, la Circular de la FGE 1/1999, de 29 de diciembre, sobre *La intervención de las comunicaciones telefónicas en los*

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En este punto, es interesante cierto pronunciamiento de la Sala 2º de Alto Tribunal Supremo -concretamente, su STS de 22 de marzo de 1999 (FJ 2º)- en el que se debate en torno a la legitimidad de la solicitud, a través de providencia, dirigida por un órgano jurisdiccional a la Compañía Telefónica, de un listado de llamadas efectuadas desde un determinado número de teléfono. Esta operación, a juicio de dicho Juez, en absoluto afecta al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones que consagra el art. 18.3º CE y, en consecuencia, no entraña vulneración alguna del derecho en cuestión.

Reconoce el alto TS en su sentencia que la información solicitada viene referida a datos de carácter personal que, según establece la LO 5/1992, de 29 de octubre, "se hallan custodiados en ficheros automatizados, en desarrollo de cuanto prevé el art. 18.4º de la CE". Dicha norma, en realidad, impone como requisito necesario para su revelación el consentimiento del afectado para el manejo de aquellos datos; sin embargo, obvia esta exigencia en el supuesto de que, como en el caso que se presenta, "la cesión de los mismos (...) tenga por destinatario el Defensor del pueblo, el Ministerio Fiscal, o los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas"⁹⁵⁸.

Esto último, a nuestro juicio, merece toda crítica si se entiende como excepción a la exigencia de previa orden jurisdiccional en el acuerdo de una medida que, no cabe duda, supone intromisión en la esfera de un derecho constitucional con el rango de fundamental y, para cuyo límite, han de observarse la suma de garantías y exigencias expuestas con carácter genérico en el capítulo que precede, y a cuyo examen particularizado se procede en éste.

procesos penales, "Rev. Actualidad Penal", 2000, núm. 12, pág. 543. La misma idea es expresada en la doctrina italiana por BRUNO, P., "Intercettazioni...", op. cit., pág. 180 y CAMÓN, A., "Le intercettazioni...", op. cit., págs. 28 y 29.

⁹⁵⁸ Vid. Art. 11.2 d) de la LO 5/1992, de 29 de octubre.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

3.3.1.2.2. Intervención u observación de las comunicaciones telefónicas.

La precisión de los posibles modos de control de las comunicaciones telefónicas previstas por la norma procesal, ofrece quizás mayor dificultad.

Ello, no es sino consecuencia de la mención por el legislador en el segundo de los párrafos del art. 579 LECrim, de la medida de "intervención", para en el apartado siguiente referirse a la posible limitación de las mismas con el término "observación". Sea premeditadamente o no, la redacción del precepto resulta incompleta, deficiente y generadora de no poca confusión.

El empleo de uno y otro en momentos distintos y ante circunstancias en cierto modo diversas, hace dudar de la identidad de ambos términos y plantearse la intencionalidad del legislador en la previsión de acciones o modos de injerencia distintos; duda ésta que no parece recibir respuesta unánime de la doctrina.

En ocasiones, los términos "intervención" y "observación", han sido enfrentados para significar, con el primero, la actividad dirigida a la interceptación de las comunicaciones a través de un medio técnico, para el conocimiento de su contenido; el segundo, en cambio, vendría referido a la intención de conocer tan sólo alguno de los aspectos del proceso comunicativo; en este sentido, se habla de "observación", como acción dirigida a constatar la existencia de la comunicación misma, tomando conocimiento de su destino y/o de la identidad del receptor, pero no de su contenido, que permanece secreto⁹⁵⁹.

Esta misma distinción sirve a un sector doctrinal distinto, según observa MONTERO, más que para establecer una graduación en la limitación del derecho para, en función de su gravedad, delimitar el marco de delitos que admitirían una u otra modalidad de intromisión.

⁹⁵⁹ MANZANO SOUSA, M., "La intervención de las comunicaciones...", op. cit., pág. 582.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En este sentido, y aunque sin un muy sólido respaldo del resto de la doctrina⁹⁶⁰, se ha llegado a defender la tesis según la cual, la medida de "intervención" de las comunicaciones telefónicas del "procesado" referida en el art. 579.2º LECrim sería susceptible de aplicación en el sólo marco del proceso ordinario por delitos, mientras la "observación" mencionada por su párrafo tercero, sería el modo de limitación a adoptar en el ámbito del procedimiento abreviado.

Lo cierto es que esta última construcción se derrumba tan pronto como se atiende a lo que dispone el cuarto y último de los apartados del precepto, al hacer mención de la "observación telefónica" -como acción que, según lo expresado, habría de entenderse de menor lesividad y de aplicación para el conocimiento de delitos de menor gravedad- como aquella susceptible de ser acordada al efecto de la investigación de las conductas delictivas más graves, y en consecuencia, sancionadas con mayor penalidad, cuales son las relacionadas con el fenómeno terrorista o la actuación de bandas armadas, a los que dicho párrafo se refiere.

La discusión parece actualmente superada, a partir de la admisión, por un sector doctrinal ampliamente mayoritario⁹⁶¹ de la consideración de una y otra acción como equivalentes⁹⁶²; se sostiene, pues, que el legislador las utiliza indiferenciadamen-

⁹⁶⁰ Muy minoritaria es la tesis defendida por LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, que afirma la diversidad de modalidades de control de las comunicaciones que se prevén en los apartados 2º y 3º del art. 579 LECrim. Vid. "Las escuchas telefónicas..."; op. cit., págs. 194 y 195. Y próximos a sus conclusiones parecen DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., "El régimen jurídico de las intervenciones ...", op. cit., pág. 16 y ORTELLS RAMOS, M., (et. alt.), "Derecho Jurisdiccional", ed. 1997, op. cit., pág. 165.

⁹⁶¹ Se resisten sin embargo a esta tesis, MONTÓN REDONDO, A., "Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas", op. cit., pág. 1046 y ORTELLS RAMOS (et. alt.), "Derecho Jurisdiccional", tomo III, Barcelona, 1994, pág. 193.

⁹⁶² Esta otra es la postura mantenida, en particular, por ASECIO MELLADO, JMª., "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 108 y LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., págs. 46 y 48, quienes concluyen en la identidad de ambos términos. En opinión del primero de los autores citados, se trata en realidad de una cuestión de puro -y muy deplorable, añadimos nosotros- estilo; en la misma línea, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., pág. 94; GONZÁLEZ GUITIÁN, L., "Escuchas clandestinas realizadas ...", op. cit., pág. 107; MANZANO SOUSA, M., "La intervención de las telecomunicaciones...", op. cit., pág. 561; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Intervenciones telefónicas*, en

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

te, dando muestras nuevamente de una deplorable técnica legislativa que merece toda crítica.

De lo anterior puede colegirse que "intervenir" la comunicación no es sino someter la misma a una determinada vigilancia que, obviamente, puede asumir grados diversos; de ahí, el acierto de MONTERO al precisar que su "observación" no necesariamente ha de entenderse como injerencia menos intensa en el derecho; en consecuencia, la intromisión en el derecho al secreto existe, aunque no siempre signifique la grabación y toma de conocimiento del contenido de una conversación⁹⁶³.

En cualquier caso, al margen de su significación jurídica y el innegable matiz diferenciador entre uno y otro desde un punto de vista semántico, la coincidencia en las condiciones exigidas para el acuerdo de cualquiera de las formas de control, no parece admitir duda alguna.

Cuestión que asimismo interesa despejar por su interés, es la relativa a la verdadera naturaleza de las medidas procesalmente previstas; conocer, en definitiva, la auténtica finalidad a la que se orientan y que justifica esta nueva, grave y peculiar intromisión en la esfera de libertades del sometido al proceso⁹⁶⁴.

"La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1992, pág. 454; SERRANO MAILLO, A., *Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente*, "Rev. Actualidad Penal", 1996, núm. 22, marg. 389; VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias...", op. cit., págs. 256 y 257. La misma duda -que no llega a resolver con contundencia- se plantea ARAGONENES MARTÍNEZ, S., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 399 y 400.

⁹⁶³ MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones...", op. cit., pág. 21.

⁹⁶⁴ Encontrar la solución al interrogante planteado, parecía más fácil al centrar la búsqueda en la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas -principal objeto, pues, de nuestra atención en las páginas subsiguientes- aun cuando las conclusiones que se alcancen sean extensibles al resto.

3.3.1.3. En torno a la naturaleza y fines perseguidos con su aplicación.

En verdad, la sola ubicación del precepto en que se reconocen -concretamente, en el Título VIII del Libro II que se dedica al sumario- revela de inmediato su condición de medida de investigación o instructoria -destinada a la averiguación de los hechos y determinación del presunto responsable de los mismos- preparatoria, pues, del ulterior juicio.

Ahora bien, la finalidad a la que parecen orientadas las medidas arbitradas por la LECrim es, en realidad, doble⁹⁶⁵. De un lado, las mismas vienen a cumplir la función inmediata de servir como instrumento útil a la investigación para el conocimiento de hechos o circunstancias relevantes para la causa. La aplicación de una medida de intervención permite, tanto la aprehensión del cuerpo del delito, cuanto la formación de una pieza de convicción, al tiempo que posibilita el acuerdo de nuevas y eficaces actuaciones con idéntica finalidad investigadora⁹⁶⁶.

De otro lado, la medida posibilita la obtención de fuentes de prueba, en lo que puede considerarse una función mediata, orientada a la adquisición de dichos elementos probatorios⁹⁶⁷. En este sentido, expresaba el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de octubre de 1994 que, en el proceso penal, "la interceptación de la comunicación tiene la doble finalidad de servir de fuente de investigación" y "utilizarse como medio de prueba", para lo cual habrá de reunir -según continúa afirmando-

⁹⁶⁵ Entre otros muchos, MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 215.

⁹⁶⁶ En la doctrina alemana, véase WELP, J., "Die Strafprozessuale Überwachung", op. cit., pág. 51, de cuya opinión se hace eco LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 20.

⁹⁶⁷ GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El Proceso Penal*, Oviedo, 1989, pág. 140; opinión ésta compartida plenamente por LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones ...", op. cit., pág. 19 y asimismo en "El régimen de las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 145. La misma idea defiende FERNÁNDEZ ESPINAR, G., "El levantamiento del secreto...", op. cit., págs. 30 y 32.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

"ciertas condiciones de certeza y credibilidad que proporciona la observancia de las normas procesales"⁹⁶⁸.

Ahora bien, esta afirmación no puede llevarse al extremo de entender posible la satisfacción de uno u otro fin de modo alternativo o según preferencias; la medida de intervención, en cualquier caso, ha de entenderse un acto instructorio que, tras la incorporación de sus resultados al juicio oral en el modo constitucional y legalmente previsto, podría alcanzar valor probatorio⁹⁶⁹; esto último, como con acierto expresa MONTERO AROCA⁹⁷⁰, no depende de la voluntad del Juez, sino de que haya resultado eficaz, y que en esa operación de entrada al proceso hayan sido observados todos los requisitos constitucionales y legales que se exigen.

Interesa al respecto precisar que, aun cuando resulta instrumental a la satisfacción de una auténtica función probatoria, la intervención de las comunicaciones personales no puede entenderse verdadero medio de prueba sino, más bien, una medida cuyo objeto -lo comunicado- puede ser origen de futuras pruebas⁹⁷¹.

En este punto, incluso se ha señalado que la intervención telefónica es, no una fuente o medio de prueba, sino una operación técnica que genera fuentes de prueba y cuyos resultados constituyen el objeto de un medio de prueba, esto es, "un material que encierra una aptitud probatoria", condición que solo adquiere *ex art.* 741

⁹⁶⁸ Véase, la STS 2093/1994; en el mismo sentido, respecto de las intervenciones telefónicas, el Tribunal disponía en su sentencia de 2 de junio de 1992 que las mismas, "constituyen un medio idóneo de investigación como prueba indirecta, si son traídas al juicio oral (...)".

⁹⁶⁹ MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones...", *op. cit.*, págs. 215 y 216.

⁹⁷⁰ "La intervención de las comunicaciones...", *op. cit.*, pág. 215.

⁹⁷¹ A nivel doctrinal se distingue la noción de "fuente" -actuación o actividad procesal que existe en la realidad y, descubierta en la instrucción, se introduce en el proceso- frente al denominado "medio de prueba". Vid. MONTERO AROCA, J., "La intervención...", *op. cit.*, págs. 351 y 352.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

LECrim en el juicio oral, en que han de darse cita los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad⁹⁷².

A nadie se le escapa, sin embargo, que la irrepetibilidad del todo previsible es característica consustancial a la diligencia instructoria que aquí se trata⁹⁷³; característica, pues, determinante de su consideración a nivel doctrinal como "prueba anticipada" -aunque dotada de singularidad propia- en lo que constituye una clara excepción a la máxima de práctica de prueba en el juicio oral⁹⁷⁴.

Así pues, si se parte de su declarada naturaleza instructoria⁹⁷⁵ y de la consideración como única finalidad perseguida, la de auxilio a la investigación y probable adquisición de fuentes de prueba con eventual virtualidad probatoria⁹⁷⁶, debe concluirse la imposibilidad del acuerdo de la medida a los meros efectos de prevención delictiva⁹⁷⁷. Como seguidamente se tendrá ocasión de constatar, la medida ha de adoptarse en el seno del proceso y para satisfacción de sus fines, en atención a los cuales, y por entenderse proporcionada a los mismos, puede hallar legitimidad.

⁹⁷² FERNÁNDEZ ESPINAR, G., "El levantamiento del ...", op. cit., pág. 36. Con mayor claridad, la idea es expresada por LÓPEZ-FRAGOSO, T., "Las intervenciones...", op. cit., pág. 20, quien, a su vez, comparte la opinión de ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale...", op. cit., pág. 41.

⁹⁷³ ASECIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 249. En la distinción propuesta por el autor entre una "irrepetibilidad previsible originariamente" y aquella otra "sobrevvenida", como excepciones al principio de práctica de prueba en el juicio oral, las intervenciones telefónicas se incluirían en el primero de los grupos, como diligencias instructorias materialmente irrepetibles.

⁹⁷⁴ Vid. ASECIO MELLADO, JM^a., "Prueba Prohibida...", op. cit., págs. 171 y 172.

⁹⁷⁵ En este punto, es interesante el recorrido de LÓPEZ-FRAGOSO por las posibles y muy distintas categorías de actos de la instrucción, que le lleva a concluir la pertenencia de las intervenciones telefónicas al cuerpo de medidas de investigación o de "coerción" -término acuñado en la doctrina alemana y en la española por ARAGONESES que considera este último más acertado que el de cautelar- por lo que entrañan de limitación a un derecho fundamental, en la que además advierte cierta finalidad de aseguramiento de fuentes de prueba. Vid. "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., págs. 14 y ss., especialmente, págs. 19 y 20.

⁹⁷⁶ Resume magníficamente esta idea la STS 2093/1994, al afirmar su utilidad "para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios".

⁹⁷⁷ En este sentido se han pronunciado reiteradamente doctrina y jurisprudencia, esta última, en numerosas resoluciones de las que destaca el ATS de 18 de junio de 1992, al que habrá de recurrirse con frecuencia en estas páginas. Véase, entre otros, MARTÍN MORALES, R., "El régimen constitucional del secreto ...", op. cit., págs. 117 y 118.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esto último introduce una de los puntos que mayor atención merecen en este análisis, cual es el relativo a los presupuestos y límites determinantes del legítimo acuerdo y aplicación de medidas limitativas de un derecho del más alto rango. El tratamiento de esta otra cuestión, al que se dedican los subsiguientes epígrafes, hace obligado valerse de ciertas pautas suministradas por la más alta jurisprudencia en lo que, como se adelantaba, constituye un auténtico cuerpo doctrinal relativo a la práctica de injerencias en las comunicaciones privadas, con la que puede salvarse la que parece "inconstitucionalidad omisiva" de nuestro Derecho positivo.

El sentido y los aspectos configuradores básicos -a los que a continuación se atiende- de la doctrina aquí aludida, se resume magníficamente a partir de lo expresado en la STS de 23 de octubre de 1998, según la cual, "la inviolabilidad del secreto a las comunicaciones privadas cede ante determinados valores que, en una sociedad democrática, hace necesario en casos individualizados la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, como puede ser la investigación de los hechos delictivos, siempre bajo tutela y garantía del Poder Judicial, debiendo ser un órgano judicial independiente quien decida, de forma razonada y previa ponderación de su proporcionalidad y razonabilidad, la medida más acorde a la investigación"⁹⁷⁸.

⁹⁷⁸ La resolución se remite y sigue la línea de un pronunciamiento anterior emitido por la misma Sala, de fecha de 11 de mayo de 1998.

4. PRESUPUESTOS Y LÍMITES PRECISOS EN ORDEN A LA LEGÍTIMA INTROMISIÓN EN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES.

4.1. IDEAS BÁSICAS.

Como en páginas precedentes se señalaba, esa previa orden de la autoridad jurisdiccional que menciona el Texto Constitucional en su art. 18.3º, no puede entenderse como límite directo, sino sólo un requisito -en cualquier caso, ineludible- que, junto a otros también legalmente previstos, permite excepcionar de modo legítimo la garantía de secreto de las comunicaciones personales, a través de medidas como las que a continuación se examinan⁹⁷⁹.

En este sentido, manifestaba el TS⁹⁸⁰ -aunque con particular referencia a las intervenciones telefónicas- que "por suponer una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal injerencia, han de estar sometidas al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad, el cual se refiere no sólo a la relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también" -continúa expresando, a nuestro juicio sin tanto acierto⁹⁸¹- "a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada, y de

⁹⁷⁹ Es contrario a la consideración, como límite directo, de la necesaria resolución judicial, sea previa, sea posterior a la aplicación de la medida misma, JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional ...", op. cit., pág. 26. En contra de la necesidad de su desarrollo por ley se pronuncia, en cambio, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico ordinario...", op. cit., pág. 16.

⁹⁸⁰ STS 123/1997, de 1 de julio, aunque con expresa referencia a las intervenciones telefónicas.

⁹⁸¹ Parece olvidar el Tribunal que, la exigencia de jurisdiccionalidad es presupuesto elemental en orden a la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones personales. La proporcionalidad de una medida de injerencia en su esfera de ejercicio no depende de la observancia de este requisito objetivo, sino que se define en el caso concreto a partir de la atención a las notas de necesidad, idoneidad y proporcionalidad *stricto sensu*, subjetivamente apreciadas por el órgano jurisdiccional que la acuerda.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

respeto en su realización requisitos similares en otros tipos de control de las comunicaciones".

Resoluciones como la ahora citada, en las que se contiene un resumen de los presupuestos legitimadores de la intromisión⁹⁸², han llevado a la doctrina a formular distintas clasificaciones al respecto de los requisitos exigidos a tal efecto. En particular, apunta MONTERO AROCA una doble y muy amplia distinción entre presupuestos constitucionales, anteriores o coetáneos al acuerdo de la medida de intervención, y presupuestos de legalidad ordinaria, cuya observancia se exige en un momento posterior al de la decisión de la injerencia⁹⁸³; requisitos, los primeros, que según el diseño de otros autores, a su vez se clasifican en materiales, procesales y temporales⁹⁸⁴.

La razón de ser de aquella inicial división bipartita, al parecer, reside en la necesidad de distinguir entre los efectos derivados de la inobservancia de unos u otros. Así, mientras el incumplimiento de aquellas exigencias constitucionales, conduce a la prohibición de valorar los resultados que se obtengan -según podrá evidenciarse, en virtud de la aplicación de cuanto dispone el art. 11.1º LOPJ-, la inobservancia de cuantos requisitos legalmente se imponen, puede resultar determinante de la nulidad

⁹⁸² En este mismo sentido, las más recientes de 20 de diciembre de 1996, y de 22 de julio de 1998, FJ 7º, 13/1999; RJ 8990.

⁹⁸³ La clasificación es resultado del análisis por el autor de la jurisprudencia vertida por nuestros Tribunales Constitucional y Supremo sobre la materia y, en particular, de lo expresado en sentencias como la STS de 24 de noviembre de 1997, y asimismo las de 8 de julio de 1997 y de 2 de febrero de 1998. Vid. "La intervención de las comunicaciones telefónicas", op. cit., págs. 81 y ss. El mismo MONTERO señala que hasta fechas no lejanas, la jurisprudencia acostumbraba a determinar la suma de presupuestos que habían de observarse "sin orden ni concierto", y es sólo a partir del ATS de 18 de junio de 1992, y definitivamente con ocasión de la STS de 25 de octubre de 1994, cuando parece seguir el esquema por él propuesto; esquema, cuya utilidad o acierto, podrá apreciarse debidamente en el momento en que haya de abordarse la cuestión relativa a los efectos que derivan de la inobservancia de los presupuestos que se entiendan pertenecientes a uno u otro de los cuerpos que se distinguen.

⁹⁸⁴ Esta división tripartita de los presupuestos exigidos puede verse, asimismo, en GÓMEZ COLOMER, JL., "La intervención judicial de las comunicaciones...", op. cit., pág. 150 y *mutatis mutandis*, en GIMENO SENDRA, V., "Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia...", op. cit., pág. 1619.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

del acto de intervención mismo, conforme a lo establecido en el art. 238.3º de la misma norma.

Puede así notarse que, los presupuestos de naturaleza constitucional primeramente nombrados, y que a la ley convierte en "ordinarios", vienen referidos a la actividad que comienza y finaliza con el acuerdo de la medida; en cambio, los requisitos de estricta legalidad ordinaria operan en un momento ulterior de ejecución de la medida misma y de incorporación al juicio oral de los resultados obtenidos con su práctica⁹⁸⁵.

En cualquier caso, conviene tener presente que la medida de intervención de la comunicación -en origen, mero acto instructorio- podrá sólo alcanzar el juicio oral y, en él, valor probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, si en su decisión y posterior práctica se observa la suma de garantías y presupuestos, tanto constitucionalmente consagrados, cuanto fijados por la norma de procedimiento; en otro caso, el elemento probatorio y todo resultado derivado de la misma verá impedida la entrada en el juicio.

Pero, a pesar de la aparente facilidad con que MONTERO consigue estructurar el conjunto de presupuestos o requisitos precisos a partir del manejo de un buen número de pronunciamientos emitidos por nuestro TS, conviene tener presente que, en ocasiones, la pertenencia de alguna de estas exigencias a uno u otro cuerpo resulta realmente confusa⁹⁸⁶. La misma doctrina jurisprudencial a las que en estas páginas se alude, sufre con frecuencia oscilaciones en cuanto al alcance de los efectos que genera la falta de respeto de esa suma de exigencias, en esencia, entender o no generada a

⁹⁸⁵ Véase, MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones...", op. cit., págs. 81 y ss, y asimismo, pág. 216.

⁹⁸⁶ Se es consciente de las dudas que a nivel jurisprudencial plantea la consideración del llamado "control judicial de la medida" como requisito de legalidad ordinaria -tesis ésta por la que el TS parece decantarse- o, contrariamente, su configuración como exigencia constitucional, con la incertidumbre que ello genera al respecto de la aplicación de lo dispuesto por el art. 11.1º LOPJ.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

partir de su inobservancia, una prueba ilícita o prohibida en el sentido del art. 11.1º LOPJ.

Por su parte, propone LÓPEZ-FRAGOSO la determinación de las condiciones que, desde el punto de vista constitucional, legitiman el acuerdo de una medida de intervención de las comunicaciones personales, a partir del análisis de las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad entendido en su sentido más amplio⁹⁸⁷, al efecto de ponderar la necesidad de la medida para el desarrollo de la investigación, en función de si existe o no otro medio menos lesivo para la averiguación de un hecho de suficiente relevancia penal y social.

En esta misma línea, el esquema diseñado por GIMENO SENDRA para un conocimiento de las distintas exigencias que se imponen para la legitimidad de una intervención de comunicaciones personales en el marco del proceso, llevaría a considerar la concurrencia de la nota de jurisdiccionalidad -indispensable y única que señala la Norma Constitucional- y el respeto del principio de legalidad -premisa igualmente básica para toda limitación del derecho constitucional afectado- como requisitos comunes, a los que se añade un segundo cuerpo de especiales exigencias que, derivadas directamente del principio de proporcionalidad -necesidad, idoneidad, y proporcionalidad *strictu sensu* de la medida- clasifica el autor en materiales, procesales y de carácter temporal⁹⁸⁸.

Aun sin perder de vista cada una de las distinciones propuestas -y, en el ánimo de evitar en lo posible el riesgo de reducción excesiva, de falta de claridad o utilidad misma inherentes a toda clasificación- se ha optado por un análisis de los presupuestos y límites cuya observancia garantiza la licitud o legitimidad de toda injerencia, con una estructura singular, en cierto modo, síntesis de las anteriores, y

⁹⁸⁷ Vid. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones...", op. cit., pág. 43.

⁹⁸⁸ GIMENO SENDRA, V., "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., pág. 1619.

muy semejante a la que ha servido en el capítulo precedente para señalar los requisitos que, con carácter general, nuestro ordenamiento impone para la limitación de todo derecho reconocido como fundamental de la persona.

Así las cosas, primeramente interesaba el tratamiento de las exigencias que acompañan al presupuesto básico de reserva jurisdiccional y respeto del principio de legalidad -uno y otro, en opinión de GONZÁLEZ CUÉLLAR, puntos de partida en toda limitación de derechos fundamentales, y de aquéllas que derivan de la observancia del principio de proporcionalidad, indispensable en la determinación de los supuestos y condiciones en que resulta legítima la intervención, habida cuenta del silencio del legislador en la mayor parte de estas cuestiones.

En un segundo momento, y aunque condicionados nuevamente por la necesidad de no extralimitar el objeto de esta investigación, conviene un mínimo acercamiento a los requisitos exigidos por el legislador ordinario en su labor de desarrollo del derecho constitucional y relacionados con el procedimiento de ejecución de la medida misma; requisitos, que igualmente han de observarse para satisfacción de la finalidad probatoria última a la que, según todo parece indicar, se dirige y puede alcanzar la medida de injerencia en el derecho a comunicar con libertad.

4.2. EXIGENCIAS DETERMINANTES DE LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA DE INJERENCIA.

Una vez conocidos los requisitos que, con carácter general, se exigen para la legítima intromisión del Estado en un derecho constitucional con el rango de fundamental de la persona⁹⁸⁹ como el que aquí se trata, interesa averiguar el grado de respeto que

⁹⁸⁹ Vid. *infra*, capítulo 2º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

los mismos reciben del legislador procesal para, de esta forma, conocer cuándo es o no legítimo el acuerdo y aplicación de dicho límite.

A estos efectos, ha de partirse de la consideración, como presupuesto elemental, de una triple exigencia, que se resume en el respeto de la garantía de exclusividad jurisdiccional en el acuerdo de la medida, la observancia del principio de legalidad o necesidad de previsión por ley de la injerencia, y la persecución por la misma de un fin constitucionalmente legítimo.

En verdad, mientras la exigencia de jurisdiccionalidad se declara abiertamente por el art. 18.3 CE, no sucede lo mismo respecto del segundo de los presupuestos que se nombraban. La doctrina, en realidad, ha cuestionado la necesidad de acometer el desarrollo legislativo del precepto constitucional y, en ocasiones, se alega la directa aplicación del precepto sin intermediación legislativa alguna⁹⁹⁰. En cualquier caso, sorprende la falta de toda referencia constitucional a la justificación teleológica o relevancia social de la injerencia, en el sentido al que nuestro estudio aludía.

4.2.1. LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El precepto constitucional que aquí se trata, como se ha tenido ocasión de señalar, se limita a precisar el modo -mediante orden judicial al efecto- en que el derecho al secreto de las comunicaciones puede venir excepcionado, y sin embargo, silencia los presupuestos y condiciones en que dicho límite es admisible.

A pesar de lo anterior, es claro que la adopción del acto por la autoridad jurisdiccional "no es la única condición, ni la primera, para que pueda considerarse legítima la intromisión en el ámbito de libertad garantizado"⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ Véase, por todos, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico...", op. cit., págs. 15 y 17.

⁹⁹¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 25.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, se ha tener presente la reserva de ley establecida con carácter general para el desarrollo de los derechos fundamentales -arts. 53.2º y 81.1º CE- como exigencia que en absoluto desaparece por el hecho de venir en dicha norma prefijado el medio que posibilita su limitación.

En este sentido, asiste la razón a JIMÉNEZ CAMPO cuando afirma que el mandato contenido en el art. 18.3º CE no puede entenderse como límite constitucional directo; antes al contrario, toda medida de intervención que suponga intromisión en la esfera del derecho queda sometida a la "doble autorización" que representa, de un lado, la previsión constitucional del límite que puede el legislador articular, y de otro, la efectiva configuración de éste último en la norma que puede ya el Juez aplicar⁹⁹².

Es más, esa exigencia de *interpositio legislatoris* para el acuerdo judicial de la intervención de las comunicaciones, se ha de reclamar con mayor fuerza en el ámbito del proceso penal, habida cuenta de la enorme potencialidad lesiva de derechos e intereses de medidas como las que se tratan, orientadas a la adquisición de un material útil a los efectos probatorios que resulte determinante en la resolución de la causa.

En cualquier caso, ha de tenerse presente que, la falta de determinación en la norma procesal del modo en que la interceptación ha de ser llevada a cabo, genera serios riesgos de abuso o extralimitación de poder -que han de ser neutralizados⁹⁹³- por parte de los poderes públicos intervinientes en el desarrollo de la investigación e instrucción de las causas criminales.

⁹⁹² Lo contrario, como bien advierte el autor citado, conduciría a una protección meramente formal del derecho al secreto de las comunicaciones privadas que otorga tutela al individuo frente a toda intromisión del Estado, a no ser que uno de sus representantes -el Juez o tribunal que corresponda- decida lo contrario. Vid. "La garantía constitucional ...", op. cit., pág. 26.

⁹⁹³ En efecto, no ha de perderse de vista la prohibición de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos que consagra el art. 9.3 del CE. El mismo TC en su STC 181/1995, de 11 de diciembre señalaba que, "siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal, ha de estar sometida al principio de legalidad".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Así pues, según acertadamente ha expresado el mismo TS, "sólo el Juez, pero no a su libre albedrío sino siempre de acuerdo con la ley y conforme a sus principios, es el único que puede acordar" (...) una medida de injerencia, tras "valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad"⁹⁹⁴.

Sucedre, sin embargo, que el legislador procesal ordinario no responde con suficiencia al mandato del constituyente; la previsión legal de la medida se contiene en la norma procesal -con rango de orgánica- pero, como tantas veces se ha evidenciado, de un modo incompleto; lo cual hace inevitables continuas operaciones de integración en las que, como no podía ser de otro modo, habrán de seguirse las pautas que derivan de la observancia del principio de proporcionalidad, a las que ahora se atiende.

4.2.2. LA GARANTÍA DE JURISDICCIONALIDAD EN EL ACUERDO DE LA INJERENCIA.

Como se ha tenido ocasión de manifestar, es premisa básica que se exige para excepcionar la garantía del secreto de las comunicaciones personales, la exclusividad -excepción hecha del especial régimen configurado ex art. 55.2 CE- de la autoridad judicial en su decisión⁹⁹⁵. En este sentido, el Tribunal Supremo ha expresado que "siempre bajo tutela y garantía del Poder Judicial"⁹⁹⁶, debe ser un órgano jurisdiccional

⁹⁹⁴ ATS de 18 de junio de 1992.

⁹⁹⁵ Como seguidamente podrá constatar, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos europeos -tales como el italiano o el alemán- no corresponde en nuestro Derecho al Ministerio Fiscal, la decisión de intervenir las comunicaciones privadas. La medida que, salvo en un supuesto excepcional, sólo el Juez puede acordar, es materialmente ejecutada por los órganos de Policía Judicial. Y, por lo que en particular respecta a las intervenciones telefónicas, el legislador español ha previsto únicamente las escuchas jurisdiccionales y prescinde de medidas de intervención decididas por la autoridad gubernativa y sometidas al control de estas otras autoridades públicas.

En el ordenamiento jurídico germano, contrariamente, pueden ser decididas escuchas de carácter administrativo, cuyo desarrollo y control queda encomendado al propio Parlamento; y, asimismo, los derechos francés y suizo, prevén regímenes jurídicos diferenciados para las escuchas orientadas a fines de prevención y aquellas otras -las que a nuestra investigación interesan- acordadas en el marco de un proceso y al servicio de la investigación de las causas criminales.

⁹⁹⁶ STS de 2 de diciembre de 1997, en la línea de anteriores resoluciones, tales como la de 23 de febrero y 25 de junio de 1993.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

independiente el que, de forma razonada y previa ponderación de la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida" resuelva la adopción de toda injerencia⁹⁹⁷.

Ciertamente, la reserva jurisdiccional en su acuerdo resulta ser exigencia ineludible para la legítima intervención de las comunicaciones del imputado⁹⁹⁸; garantía ésta no caprichosa⁹⁹⁹, sino impuesta por consecuencia del rango de fundamental del derecho a la inviolabilidad de aquéllas, que constitucionalmente se protege¹⁰⁰⁰. Como con acierto señala GIMENO, en un acto limitador como el que se trata "la jurisdicción ha de tener no sólo la última sino también la primera palabra"¹⁰⁰¹.

En respuesta a esta exigencia, la norma procesal confía al Juez la aplicación de las medidas previstas en su art. 579, órgano que, si se tiene presente la finalidad que se persigue, de investigación o de comprobación de hechos o circunstancias relativas al delito¹⁰⁰², no ha de ser otro que el Juez de Instrucción¹⁰⁰³, a quien corresponde la apertura y seguimiento del sumario, sin perjuicio de las facultades instructoras ejercitadas por órganos distintos a prevención, o por delegación de éste último, conforme a lo previsto por el art. 563 de la LECrim¹⁰⁰⁴.

⁹⁹⁷ Vid. SsTS de 12 de septiembre de 1994; de 11 de mayo de 1998 y 3 de abril de 1998.

⁹⁹⁸ Véase, STS de 3 de abril de 1998.

⁹⁹⁹ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico...", op. cit., pág. 14.

¹⁰⁰⁰ Es, en efecto, a estos órganos investidos de potestad y que ostentan el monopolio de su ejercicio, a quienes encomienda el velar por las garantías ínsitas en los mencionados derechos fundamentales.

¹⁰⁰¹ GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal y el art. 124 de la CE*, en "Constitución y Proceso", Madrid, 1988, pág. 69, donde recoge cita de KERN-WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht*, München, 1975, págs. 9 y 10. En el mismo sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., pág. 110. Es más, esta exigencia de resolución judicial, como bien advierte JIMÉNEZ CAMPO, es igualmente requerida en los excepcionales supuestos de suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales previstos por el artículo 55 del Texto Constitucional. "La garantía constitucional ...", op. cit., pág. 29.

¹⁰⁰² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales...", op. cit., pág. 109 y 142.

¹⁰⁰³ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico ordinario ...", op. cit., pág. 18.

¹⁰⁰⁴ En realidad, la norma procesal expresamente se refiere a los desaparecidos "Jueces de Distrito"; sin embargo, es claro que dicha mención ha de entenderse referida a los jueces de paz, herederos de los anteriores.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En el concreto supuesto de intervención de comunicaciones telefónicas, y habida cuenta de la instrumentalidad de la medida a los fines de la investigación e instructorios, si la central o aparato telefónico que ha de ser objeto de control radicara fuera del territorio al que se extiende la jurisdicción del órgano competente para la instrucción, la práctica de la medida y sus distintas operaciones habrán de encomendarse al Juez de igual clase, en cuyo ámbito territorial se hallaren éstos ubicados¹⁰⁰⁵.

Excepción a la regla es, sin embargo, el supuesto previsto en el párrafo 4º del art. 579 que se maneja¹⁰⁰⁶. En verdad, si mediaran razones de urgencia en la averiguación de presuntos delitos terroristas o cometidos por banda armada¹⁰⁰⁷, la competencia para el acuerdo de la medida de intervención se amplía mínimamente para abarcar a ciertas autoridades gubernativas, en un intento de evitar que la posibilidad de obtener datos de interés a la causa resulte comprometida por el retraso que supone la obtención de autorización judicial¹⁰⁰⁸.

En cualquier caso, en absoluto se excluye la intervención judicial en estos supuestos. Según dispone el apartado 4º del precepto que se examina, la intervención ha

¹⁰⁰⁵ La determinación del órgano jurisdiccional objetiva y territorialmente competente obliga a atender a los arts. 14.2º LECrim y 563, por remisión del art. 580 de la misma norma.

¹⁰⁰⁶ En realidad, aun cuando en este otro caso es posible obviar algunas de las exigencias requeridas con carácter general, el fundamento material es, sin embargo, idéntico al de los párrafos 2º y 3º del mismo precepto. Así pues, habrá de tratarse de un hecho delictivo -en cualquier caso, relacionado con el fenómeno terrorista o la actuación de bandas armadas- y para su conocimiento, en situaciones de urgencia que harían peligrar la consecución de este propósito.

¹⁰⁰⁷ No sin razón, del precepto se ha criticado la indeterminación en que queda el ámbito de posibles sujetos pasivos; la referencia a personas sobre las que, de la investigación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, resulten indicios de responsabilidad criminal, parece excesivamente amplia; pero mayor, si cabe, ha de ser la crítica al respecto de la imprecisión que supone la alusión a terceras personas, que no participan en la acción delictiva y cuya relación con los hechos puede ser realmente remota.

Si, como en breve se verá, la cuestión resulta delicada y problemática con ocasión del conocimiento de delitos comunes, en este caso, por razón de su excepcionalidad y el recorte de garantías exigidas para la intromisión, ha de operarse con mayor cautela y considerar más estrecho el marco de posibles afectados por la medidas de injerencia sobre el derecho.

¹⁰⁰⁸ Es claro que, de no tratarse de una actuación policial urgente, la resolución judicial habría de ser previa, por cuanto constituye un supuesto normal de intervención. CASTIÑEIRA, M^{ta} T., y FELIP, D., "Secreto de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 145.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de acompañarse de la solicitud de su autorización al órgano jurisdiccional que corresponda, mediante escrito motivado, quien en el más breve plazo, y como máximo dentro de las 72 horas subsiguientes, habrá de convalidar o revocar, en su caso, la medida; ello, por medio de auto en el que habrán de ser detalladas las condiciones y, por supuesto, los motivos atendidos en orden al acuerdo de la injerencia en el derecho.

En verdad, si se tiene presente que con esta previsión se pretende, cuanto menos aparentemente, dar satisfacción a necesidades de urgencia, no puede sino sorprender que esta extraordinaria facultad de ordenar la medida, lejos de reconocerse a quienes como el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial llevan efectivamente a cabo, bien tímidas diligencias de investigación -el primero, *ex art. 785 bis LECrim-*, bien funciones policiales a prevención -el segundo de los cuerpos de funcionarios nombrados- se conceda exclusivamente al representante del Ministerio de Interior, o el Director General de la Seguridad del Estado¹⁰⁰⁹; todo argumento basado en la confianza de encontrar mayor celeridad en la respuesta a la urgencia planteada mediante el recurso a estos otros órganos públicos que pretendiera esgrimirse, resulta extremadamente débil.

En cualquier caso, esta excepcional atribución, no va más allá de permitir una primera intervención gubernativa -la iniciación de la actividad por la misma- que, "en absoluto justifica una mayor laxitud en el control judicial de la intervención"¹⁰¹⁰. Conforme expresamente ha manifestado el TS, "la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones se encomienda a los jueces, que deben asumir la responsabili-

¹⁰⁰⁹ En este sentido, puede verse VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias...", op. cit., marg. 246. El autor pone de manifiesto la enorme diferencia que separa, en este punto, a las normas procesales alemana e italiana de la nuestra. Una y otra, en consonancia con el reconocimiento a dicho órgano público de la condición de investigador, atribuyen competencia para el acuerdo de la medida al Ministerio Fiscal, si el éxito de la investigación se viera amenazado de actuar con retraso.

¹⁰¹⁰ En estos términos se pronuncia el TC en su sentencia de 26 de marzo de 1996.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

dad de acceder a su interceptación y de comprometerse en la comprobación del cumplimiento de todas las garantías y precauciones que se deben observar (...)"¹⁰¹¹.

Es más, la constitucionalidad de la medida -según el mismo Tribunal continúa expresando- "no se salva por el hecho de la simple intervención inicial del Juez, sino que debe exigirse que la decisión judicial sea en todo momento motivada", de forma tal que al propio Juez corresponde la responsabilidad de recabar periódicamente información acerca de la evolución de la medida al efecto de conceder su prórroga o revocarla.

Es incuestionable asimismo que la judicialización del acuerdo de la medida de intervención implica, motivación y razonamiento¹⁰¹²; exigencias éstas, que impedirán la absoluta discrecionalidad judicial en la decisión, y de este modo, la temida eventualidad de injerencias arbitrarias de los poderes públicos en la esfera de derechos del ciudadano.

4.2.2.1. La necesaria motivación de la resolución judicial.

En verdad, resulta ineludible la observancia de la exigencia de resolución judicial -sea previa, sea posterior a una primera actuación gubernativa que la convalida- en forma de auto¹⁰¹³ suficientemente motivado¹⁰¹⁴, expresiva de la concurrencia de presupuestos y condiciones precisas para que, atendidas las circunstancias del caso

¹⁰¹¹ Vid. STS 19 de enero de 1998, en su FJ 3º.

¹⁰¹² Vid. SOTO NIETO, L., *La motivación, la proporcionalidad y el control judicial en las intervenciones telefónicas*, "Rev. La Ley", 1995, núm. 2., pág. 336.

¹⁰¹³ Véanse las SsTS 85/1994 y 181/1995.

¹⁰¹⁴ QUERALT, J., "Intervención de las telecomunicaciones ...", op. cit., págs. 111 y 112; MORENO CHAMARRO, I., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 111. En este sentido, es constante la jurisprudencia emanada de nuestros Tribunales Constitucional y Supremo, en SsTC 171/1999, 54/1996, y 85/1994, entre otras muchas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

concreto, venga legitimado el levantamiento del secreto en el desarrollo de la comunicación¹⁰¹⁵.

Ciertamente, la motivación constituye una exigencia genérica a toda resolución que adopte dicha forma que se impone, si cabe con mayor fuerza, en aquellos supuestos en que se vean afectados Derechos Fundamentales¹⁰¹⁶; según el propio TS ha manifestado, coartar el libre ejercicio de un derecho de tal rango, es un hecho de tanta gravedad que precisa encontrar una causa especial, que resulte suficientemente explicada para que los destinatarios puedan conocer las razones del sacrificio de su derecho¹⁰¹⁷.

Así pues, en su resolución habrá de dar el Juez explicación razonada y razonable de su opción por el sacrificio del derecho¹⁰¹⁸, y en consecuencia, incluir la expresa referencia tanto de los presupuestos fácticos, cuanto de los fundamentos jurídicos sobre los que se apoye la decisión y demuestren la adecuación de la medida al conjunto de exigencias constitucionales y legales previstas¹⁰¹⁹.

Así, de un lado, habrá de manifestar con precisión cuáles son los indicios -cuya presencia resulta ineludible- que le llevan a presumir la comisión de un determi-

¹⁰¹⁵ Vid. SsTC 166/1999, 171/1999, 236 y 237/1999.

¹⁰¹⁶ A este respecto, véanse las SsTS de 30 de mayo y 31 de octubre de 1998, y en la misma línea, la STC 56/1984. Asimismo, en opinión de SILVA SÁNCHEZ que se comparte, la motivación de resoluciones relativas a Derechos Fundamentales, ha de ser cualificada respecto del mandato constitucional general de motivación de las sentencias judiciales. Vid. *Política criminal del legislador, del Juez de la Administración Penitenciaria sobre el sistema de sanciones del Código Penal*, "Rev. La Ley", 10 de julio de 1998 (año XIX, núm. 4581), pág. 3.

¹⁰¹⁷ Véase la STS 123/1997, de 1 de julio y, en esta misma línea, las SsTS de 2 de diciembre de 1997, y de 14 de abril y 27 de noviembre de 1998.

¹⁰¹⁸ La motivación de la resolución judicial, según jurisprudencialmente se ha declarado, se impone por razón del necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la causa a la que obedece. En particular, puede verse la STS de 6 de junio de 1997 y las SsTC 181/1995; 50/1995 y 160/1994.

¹⁰¹⁹ MARTÍN PALLÍN, JA., "Escuchas telefónicas", op. cit., págs. 381 y 382.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

nado delito por una persona también determinada¹⁰²⁰ y la forma en que de los mismos deduce la necesidad de la medida, al efecto de acreditar que su decisión no se apoya en meras sospechas o conjeturas¹⁰²¹.

De otro lado, habrá de proceder al encaje de los hechos que configuran el indicio, en un tipo delictivo concreto, a la vista del cual y para su averiguación, la medida se entienda proporcionada¹⁰²². En definitiva, la motivación de la resolución judicial se convierte en un medio indispensable para constatar que la limitación no es, innecesaria, inadecuada o excesiva.

Asimismo, habida cuenta de la sujeción de la medida a un plazo de duración limitado -con la extensión, sólo en apariencia máxima, que legalmente se prevé y que habrá de expresar la resolución en que se acuerde- y de la posibilidad de ser prorrogado, la exigencia de motivación suficiente se impone, en los mismos términos, respecto del auto en que dicha prórroga sea decidida; en este último, habrá el Juez de detallar las razones o circunstancias en cada momento atendidas para mantener por mayor tiempo la limitación del derecho¹⁰²³.

¹⁰²⁰ Indicios que no son sino los facilitados al Juez por los órganos de Policía Judicial actuantes, acompañados de la ampliación de los motivos o extremos que entienda el Juez conveniente.

¹⁰²¹ En efecto, como bien advierte MONTÓN REDONDO, es preciso que el órgano jurisdiccional exteriorice y determine el "indicio que le permite formar su juicio de probabilidad, para así demostrar que no actúa movido por una simple sospecha". Vid. "Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas", op. cit., pág. 1045. El mismo TC declaraba en sus SsTC 139/1999 y 239/1999 vulnerado, en particular, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, tras constatar que los mandamientos emitidos por la autoridad judicial para la práctica del registro carecía de motivación, "limitándose a cursar sin más peticiones policiales fundadas en simples sospechas genéricas, no avaladas por datos o circunstancia objetiva alguna".

¹⁰²² FERNÁNDEZ ESPINAR, G., "Levantamiento del secreto ...", op. cit., pág. 23; MONTÓN REDONDO, M., "Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas ...", op. cit., págs. 1048 y 1049. El mismo TS hacía alusión a la exigencia de que la resolución exprese "las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de intervención, es decir, los indicios de la comisión de un hecho grave y su encaje en un hecho justificativo de la medida", en particular, en su sentencia de 6 de junio de 1997.

¹⁰²³ Vid. MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 126.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Así las cosas, todo apunta a considerar que la necesaria intermediación de una resolución judicial motivada para el acuerdo de las medidas que aquí se tratan, no puede entenderse mera exigencia formal¹⁰²⁴, sino auténtico presupuesto de carácter constitucional en la medida en que su ausencia determina la ilegitimidad insalvable de la injerencia¹⁰²⁵. Téngase presente que, bien la falta de motivación de la resolución, bien su insuficiencia¹⁰²⁶, implica la nulidad de la intervención misma y, como en breve se tendrá ocasión de señalar, la de todo medio de prueba que derive directa o indirectamente de ella¹⁰²⁷.

Esta exigencia, en verdad, se traduce en un derecho para el justiciable a conocer las razones de la declaración judicial, aun cuando no alcance a la "exigencia de una extensión determinada", y "sin que el Juez o tribunal esté obligado a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido"; parece suficiente, a juicio del TS, el que tales razones se expresen de

¹⁰²⁴ Considerar, pues, la exigencia de auto motivado como requisito formal para la licitud de la medida sólo puede entenderse referida a la exclusión de resoluciones en forma de providencia, carentes de motivación o de aquéllas en las que quizás ésta se contenga pero resulte insuficiente. En relación con esto último, conviene apuntar la doctrina sostenida por nuestros Tribunales Constitucional y Supremo al respecto de la suficiencia de la motivación consistente en mera reproducción o remisión a la solicitud policial de la medida. Lo cierto es que, aunque con oscilaciones, parece advertirse ciertas reticencias por parte del TC a entender cumplida de ese modo la exigencia, como se deduce de lo expresado en su STC 54/1996; reticencias, que sin embargo, parecen haber sido superadas, siendo mayor la inclinación de nuestros jueces por admitir la aptitud de resoluciones motivadas a partir de una remisión a las razones esgrimidas en la solicitud de la medida, cuando dichas razones sean conocidas y resulten fundadas. Así se desprende de lo dispuesto por el TS en sus SsTS de 5 de julio de 1993, de 4 de noviembre de 1994, de 19 de octubre de 1996 y de 8 de febrero de 1997.

¹⁰²⁵ MONTERO AROCA, J., "La intervención ...", op. cit., pág. 116.

¹⁰²⁶ En efecto, doctrina y jurisprudencia vienen admitiendo la "integración de la motivación (...) por remisión a las solicitudes policiales que dieron lugar a autorización", habida cuenta de que en los momentos iniciales de la causa "no resulta exigible una justificación exhaustiva, pues se trata de una medida solicitada para profundizar en una investigación no acabada". Véase al respecto la STS 6 de noviembre de 1998, y en el mismo sentido, las SsSTS 16 de octubre de 1998, y las SsTC 27/1992, 209/1993 y 172/1994.

¹⁰²⁷ Véase la STS 181/1995, FJ 4ª.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

modo que pueda entenderse el porqué de lo resuelto, quedando de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad¹⁰²⁸.

De ahí que no pueda negarse la existencia de motivación cuando, explícita o implícitamente, se reconoce la razón y el porqué del acuerdo; y, aunque entienda más correcta su constancia, no dude el Tribunal en considerar que la remisión a las razones de la solicitud policial, cuando son conocidas y fundadas, complementa e integra la motivación de la resolución judicial¹⁰²⁹.

Sin embargo, si se tiene presente que la finalidad de la motivación -así como el criterio interpretativo de su suficiencia- no es otra que la puesta de manifiesto de que "la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad", y que por supuesto, permita su revisión judicial a partir de los distintos recursos legales que se establecen, esta última doctrina jurisprudencial no se sostiene con facilidad.

Es opinión extendida entre la doctrina que una motivación implícita no satisface plenamente la exigencia constitucional que aquí se trata y resulta, en consecuencia, inaceptable. La motivación del auto judicial, en verdad, se configura como auténtica garantía puesta en manos del sujeto afectado, a quien posibilita la defensa -a través de las vías pertinentes- frente a eventuales intromisiones de la autoridad en el ejercicio del derecho que le asiste al secreto de sus comunicaciones personales¹⁰³⁰.

En definitiva, parece acertado considerar que la intervención de las comunicaciones es medida que se acuerda mediante resolución judicial al efecto, en el marco de un proceso -como instrumento único en el que tiene lugar el ejercicio de potestad

¹⁰²⁸ Vid. STS de 31 de octubre de 1998 y, en el mismo sentido, la anterior de 16 de diciembre de 1996.

¹⁰²⁹ SsTS de 5 de julio de 1993, y en la misma línea, las SsTS de 4 de noviembre de 1994, de 19 de octubre de 1996 y de 8 de febrero de 1997.

¹⁰³⁰ En cuanto al momento procesal oportuno para reclamar la ilicitud o nulidad de la medida, véase MONTERO AROCA, J., "La intervención ...", op. cit., págs. 315 a 339 y nuestras reflexiones al respecto, en el 6º y último capítulo de este estudio.

jurisdiccional, y al margen del cual carecería de sentido- a partir de la iniciación o de la simultánea apertura de un sumario o de las llamadas diligencias previas.

En este sentido, algún autor ha señalado que la expresión "resolución judicial" implica, no sólo que la decisión proceda de un órgano jurisdiccional - independiente e imparcial, el Juez legal determinado por ley- sino que se adopte en el curso de un proceso, como único medio en que tiene lugar el ejercicio de potestad jurisdiccional¹⁰³¹.

En consecuencia, no puede entenderse legítima su aplicación con ocasión de la práctica, tan frecuente como viciada e ilegal¹⁰³², de las conocidas como "diligencias indeterminadas"¹⁰³³, ni en el marco de la mínima actividad de investigación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal, en cumplimiento del cometido¹⁰³⁴ que le atribuye el art. 785 bis LECrim¹⁰³⁵.

¹⁰³¹ Véase, entre otros, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico de las intervenciones ...", op. cit., pág. 14.

¹⁰³² En estos términos se expresaba la Fiscalía del TS, en su Circular de 4 de noviembre 1969 y, en cambio, la posibilidad de acordar una medida de intervención de comunicaciones en el marco de las llamadas "diligencias indeterminadas" resultaba perfectamente lícita a la Fiscalía General del Estado, según dispuso en su Circular 1/1989, de 28 de diciembre, relativa al procedimiento abreviado.

¹⁰³³ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico de las intervenciones ...", op. cit., pág. 19; GIMENO SENDRA, V., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 1619; GÓMEZ COLOMER, JL., "La intervención ...", op. cit., pág. 154; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones ...", op. cit., pág. 59; MARTÍN PALLÍN, J.A., "Escuchas telefónicas...", op. cit., pág. 377; MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones...", op. cit., págs. 105 y 106; MORENO CHAMARRO, M^ºI., "Las escuchas telefónicas...", op. cit., pág. 99.

¹⁰³⁴ Comedido al que igualmente se refiere el art. 5º de su Estatuto profesional.

¹⁰³⁵ Éste parece ser el criterio sostenido por el TS, coincidente con el que defiende la mayoría de la doctrina científica, según ha apreciado MONTERO a partir, básicamente, de cuanto se dispone en las SsTS de 23 de febrero de 1993 y de 25 de junio del mismo año, en los conocidos como caso CALPE y caso BLASCO, respectivamente. De todo interés resultan los comentarios que sobre el particular incluye el autor en su obra "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., págs. 95 y ss.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Afirmar la necesidad de que a la medida preexistan ciertas diligencias judiciales con las que dar inicio¹⁰³⁶, bien a unas diligencias previas, bien a un sumario, pone al descubierto una nueva exigencia en orden a la legitimidad de la medida de intervención, cual es la necesaria existencia de una imputación delictiva de relevancia.

De este modo se alcanza, y ha de examinarse con detenimiento, un presupuesto de no menor importancia a la reserva jurisdiccional, cual es la determinación legislativa de la finalidad que se pretende con la intervención, silenciada por la norma constitucional, pero que se halla en relación con los objetivos del proceso penal¹⁰³⁷.

4.2.3. LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA EN ORDEN A LA SATISFACCIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA.

Junto al doble presupuesto relativo a la observancia del principio de legalidad y jurisdiccionalidad en su acuerdo, la intervención de las comunicaciones ha de ser respetuosa con las exigencias que directamente derivan del principio de proporcionalidad con el que puede lograrse el equilibrio entre el interés estatal en la investigación y castigo del delito, y la salvaguarda de las libertades individuales.

Es por ello que se impone, como presupuesto elemental e intrínseco al principio de proporcionalidad mismo, el respeto del que GONZÁLEZ CUÉLLAR denomina, principio de "justificación teleológica"¹⁰³⁸, esto es, la tendencia a la consecución de un fin legítimo que, por lo que a la limitación del derecho que aquí se trata respecta, se identifica con la persecución de la mayor eficacia en el desarrollo de las investigacio-

¹⁰³⁶ En opinión de MAHNKOPF y DÖRING la interceptación telefónica puede ser el primer acto del proceso. Vid. *Telefonüberwachungsmaßnahmen bei Opfern von Schutzgelderpressungen ohne deren Einwilligung*, "Rev. NStZ", 1995, núm. 3, pág. 112.

¹⁰³⁷ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ..."; op. cit., pág. 91.

¹⁰³⁸ GONZÁLEZ CUÉLLAR, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales...", op. cit., págs. 99 y 100.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

nes y la obtención de un material de relevancia para la causa de cara al éxito de los fines del proceso.

4.2.3.1. La persecución de un fin relacionado con la investigación e instrucción de los delitos.

En el marco del CEDH, y según doctrina de su máximo intérprete, es firme la idea de que la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones ha de ceder frente a otros valores que, en una sociedad democrática, hacen necesaria en casos individualizados la injerencia en el ámbito privado de la comunicación. Ello, en particular, sucede con ocasión de la investigación de los hechos delictivos¹⁰³⁹ siempre bajo tutela y garantía del Poder Judicial.

En coherencia con lo manifestado en páginas anteriores acerca de la naturaleza jurídica y la afirmada instrumentalidad de la intromisión en el derecho a comunicar, no admite dudas que las medidas de limitación previstas sirven a la persecución del delito, aunque operan no como simple acto de investigación sino que posibilitan la obtención de fuentes y medios de prueba¹⁰⁴⁰.

La misma norma procesal, en verdad, condiciona la posibilidad de acordar la intervención de las comunicaciones privadas a la que, en principio, no es más que una sospecha de obtener por este medio "el descubrimiento o la comprobación" de ciertos hechos o circunstancias¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁹ Véase la STS de 23 de octubre de 1998, en la misma línea de lo expresado en la de fecha anterior, STS de 11 de mayo de 1998.

¹⁰⁴⁰ Entiende VELASCO NUÑEZ que, las injerencias que se prevén no son un fin en sí mismas. Su finalidad es instrumental y coincide con la de "coadyuvar en el descubrimiento o la comprobación de hechos o circunstancias importantes para la causa, como podrían serlo las pruebas o fuentes de las mismas que lleven a acreditar los hechos investigados, e incluso, la determinación de la propia autoría". Vid. "Presencias y ausencias...", op cit., marg. 260.

¹⁰⁴¹ Art. 579, 2º y 3º LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Por su parte, el TS ha entendido requisito inexcusable para el acuerdo, en particular, de una interceptación telefónica, la finalidad probatoria de la misma, dirigida a establecer la existencia del delito y las personas responsables¹⁰⁴².

Asimismo, el destino de las medidas arbitradas en la LECrim para la búsqueda y adquisición de futuras pruebas parece confirmarse con la previsión de la entrega¹⁰⁴³ al procesado -o a un sujeto distinto- del material que resulte de la intervención y no se halle relacionado con la "causa"¹⁰⁴⁴, y la destrucción, aunque no explícitamente impuesta pero sí deducible¹⁰⁴⁵, del que se obtenga y resulte irrelevante a los fines probatorios¹⁰⁴⁶.

De cuanto ahora se ha manifestado puede colegirse la inadmisibilidad de toda injerencia desconectada del conocimiento de un hecho presuntamente delictivo¹⁰⁴⁷, en lo que constituyen medidas de mera prospección o predelictuales¹⁰⁴⁸; la legítima

¹⁰⁴² Véanse, entre otras, las SsTS de 12 de septiembre de 1994 y de 10 de noviembre de 1998.

¹⁰⁴³ Lo cierto es que la referencia es expresa a la correspondencia postal o telegráfica, si bien, por razón del enorme vacío legislativo existente al respecto de estas últimas ha de entenderse que la misma es de aplicación analógica a las comunicaciones telefónicas.

¹⁰⁴⁴ Vid. Art. 587 LECrim.

¹⁰⁴⁵ Esta última conclusión parece obtenerse de lo dispuesto en el art. 315 II LECrim cuando señala que, de las diligencias ordenadas de oficio, sólo habrán de constar en el sumario aquéllas cuyo resultado fuere conducente al objeto del mismo.

Sobre el particular, véase asimismo lo expresado por el TSJ de la CCAA Valenciana, de 10 de junio de 1991 en el llamado "caso Blasco" y el ATS de 18 de junio de 1992, en su FJ 9º.

¹⁰⁴⁶ Parecido argumento ha esgrimido en la doctrina italiana ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 92. Opina el autor que el hecho de que la relevancia o inutilidad del resultado de la interceptación de una comunicación privada sea un dato que sólo puede conocerse *a posteriori*, no es obstáculo a su consideración como presupuesto originario de legitimidad; es más, según expresa, el procedimiento se arbitra precisamente para averiguar y, en su caso, descubrir la falta de virtualidad del material o de la información obtenida para, una vez alcanzado valor probatorio, servir de base a una sentencia de condena. En la misma línea, véase MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 242. Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 205.

¹⁰⁴⁷ Ello, como en breve se tendrá ocasión de constatar, sucede en los supuestos del art. 55.2º CE y 51 LOGP.

¹⁰⁴⁸ LOPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones ...", op. cit., pág. 65 y ss.; MARTÍN PALLÍN, J.A., "Escuchas telefónicas...", op. cit., pág. 375; MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones...", op. cit., págs. 147 y 148; QUERALT, J., "Intervención de las

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

intervención de las comunicaciones depende de la existencia de un proceso en marcha, aunque no necesariamente avanzado¹⁰⁴⁹.

4.2.3.2. La preexistencia o simultaneidad de la tramitación de un proceso.

En opinión que parece unánime entre la doctrina¹⁰⁵⁰, el control de las comunicaciones privadas es medida que se acuerda en el seno de un proceso que, hallándose inserta en un procedimiento preliminar, puede incluso comenzar con ella.

Ciertamente, en ocasiones -quizás las más frecuentes- la medida de intervención constituye el punto de arranque de un proceso determinado y, en caso alguno, anterior al inicio del proceso mismo¹⁰⁵¹. Sucede así que la solicitud de autorización de la medida en cuestión, pone en marcha ciertas actuaciones, de forma tal que el acto de aplicación de la misma se traduce en la incoación de un procedimiento dirigido a depurar la sospecha de comisión de un hecho delictivo.

Ahora bien, si se afirma que la medida ha de ser acordada en el marco de unas diligencias judiciales, ya adopten forma de sumario, ya forma de diligencias previas, de manera que exista siempre un cauce procesal adecuado para su control¹⁰⁵², debe asimismo sostenerse que, con la sola petición del MF, corresponde al Juez dar apertura a unas diligencias de investigación o sumariales, en cuyo seno adoptar esa y

telecomunicaciones ...", op. cit., pág. 117. En este sentido puede verse asimismo el ATS de 18 de junio de 1992, FJ 3º y la Circular FGE 1/1999 de 29 de diciembre, op. cit., págs. 544 y 545.

¹⁰⁴⁹ La medida de intervención, según precisa MONTERO AROCA, no puede ser decidida en una "resolución colgada del vacío, esto es, sin el soporte firme de un procedimiento que corresponderá desarrollar al Juez que la autorice. "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 103.

¹⁰⁵⁰ Véanse, entre otros, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones ...", op. cit., pág. 59; MONTERO AROCA, J., "La intervención ...", op. cit., pág. 103; ORTELLS RAMOS, M., "Derecho Jurisdiccional", op. cit., pág. 163. En la doctrina germana, MAHNKOPF, HJ., con DÖRING, A., "Telefonüberwachungsmassnahmen bei Opfern ...", op. cit., pág. 112.

¹⁰⁵¹ Véanse las SsTS de 25 de junio de 1993, y 25 de marzo de 1994.

¹⁰⁵² Al respecto, téngase presente lo señalado por el TS en su sentencia de 26 de septiembre de 1995, y en la misma línea, las SsTS de 5 y 15 de julio de 1993, y de 11 octubre de 1994. Cfr. la STS de 25 de junio de 1993.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

cualquiera otra de las medidas de injerencia en la esfera de derechos individuales¹⁰⁵³ que resulten proporcionadas.

Así pues, parece asistir la razón a quienes afirman que, en términos estrictos, la intervención de la comunicación -ya telefónica, ya cualquiera otra- no ha de ser la que dé lugar a la formación de la causa, sino que ésta última ha de preexistir a la medida misma¹⁰⁵⁴. La causa penal, en efecto, ha de encontrarse en tramitación para, en ese marco, apreciar si la injerencia puede permitir o no la obtención de elementos útiles a la investigación e instrucción del delito.

En cualquier caso, es claro que la persecución de un fin relacionado con los objetivos pretendidos en el proceso presupone, necesariamente, la existencia de una *noticia criminis* y de una imputación delictiva a partir de la cual determinar la relevancia de la medida a los fines de su investigación¹⁰⁵⁵.

4.2.3.3. La necesaria existencia de una imputación delictiva de relevancia.

El afirmar la tendencia de la medida de intervención al favorecimiento de la investigación e instrucción de las causas criminales, obliga a presuponer la existencia de una imputación delictiva, esto es, la concurrencia de determinadas circunstancias configuradoras de un indicio de la comisión de un hecho penalmente ilícito por uno o más sujetos.

La propia norma procesal manifiesta esta exigencia al señalar como sujeto pasivo de las medidas de injerencia al procesado o la persona imputada y, en definiti-

¹⁰⁵³ MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 110.

¹⁰⁵⁴ Véase, entre otros, LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 193. En este punto, coincide en su opinión LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones ...", op. cit., págs. 54 y 55.

¹⁰⁵⁵ La resolución judicial habrá de indicar, pues, el concreto tipo delictivo que está siendo objeto de investigación. Como reiteradamente ha señalado el Alto TS, es inadmisibile el acuerdo de la medida para propiciar el descubrimiento genérico de infracciones penales. Vid. las SsTS de 14 de febrero de 1998, y de 24 de noviembre de 1997.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

va, a toda aquella sobre la que pese la sospecha de participación en un hecho presuntamente delictivo y siempre que se adviertan indicios suficientes de obtener por ese medio el descubrimiento o la comprobación de hechos o circunstancias de importancia para la causa¹⁰⁵⁶.

Sin embargo, el legislador en absoluto explicita en qué han de consistir los "indicios" cuya presencia reclama. En este punto, el alto TS¹⁰⁵⁷ ha señalado -a nuestro juicio con cierto desatino- que dicho término ha de entenderse "en su sentido más vulgar de sospecha, con mayor o menor fundamento, de la que se infiera racionalmente la posibilidad de que una o más personas sean autoras de un delito determinado, con soporte en algún dato objetivo conocido, que debe valorar el instructor a la hora de emitir su decisión".

En esa misma ocasión, el TS manifestaba que los indicios no son sino indicaciones o señas, "datos externos que apreciados judicialmente conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad o plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona la sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a reglas de experiencia, la responsabilidad criminal de la persona, en relación con el hecho posible objeto de investigación", ignorando sin embargo que el "indicio" difiere de la "sospecha fundada" merced a su carácter objetivo frente al subjetivo que define a esta última.

A este respecto, declaraba expresamente nuestro máximo intérprete constitucional que las sospechas de relación entre la persona investigada y el delito no son meramente anímicas; "para entenderse fundadas", las mismas han de "apoyarse en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido; en primer lugar, en el de ser

¹⁰⁵⁶ En efecto, si se atiende al tenor literal del art. 579.1º LECrim, pronto se comprueba la posibilidad de operar la detención y apertura de la correspondencia, o la intervención u observación de las comunicaciones telefónicas, únicamente, "si existieran indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa".

¹⁰⁵⁷ ATS de 18 de junio de 1992.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

accesibles a terceros -sin lo cual, no serían susceptibles de control- y, en segundo lugar, en el de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, sin que pueda consistir en valoraciones acerca de la persona"¹⁰⁵⁸

Es claro, en cualquier caso, que la mencionada exigencia no ha de consistir en una certeza absoluta¹⁰⁵⁹, sino un cierto grado de imputación¹⁰⁶⁰, de suerte que para afirmar la legitimidad de la injerencia en el derecho a comunicar, no basta una mera corazonada, suposición o conjetura¹⁰⁶¹. La intromisión en el derecho ha de apoyarse en circunstancias indicativas de una criminalidad fundada y relevante¹⁰⁶², esto es, en la existencia de indicios de consistencia tal¹⁰⁶³ que permita al Juez entenderlos suficientes"¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁵⁸ Vid. STC 171 /1999 y asimismo, la STC 49/1999, FJ 8º.

¹⁰⁵⁹ MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones...", op. cit., pág. 174.

¹⁰⁶⁰ GONZALEZ CUÉLLAR, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales...", op. cit., pág. 94.

¹⁰⁶¹ MANZANO SOUSA, M., "La intervención de las telecomunicaciones ...", op. cit., pág. 579; RAMOS MÉNDEZ, F., "El Proceso Penal", op. cit., ed. 1988, pág. 232; VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias...", op. cit., pág. 253. Rechaza asimismo ILLUMINATI la legitimidad del acuerdo de interceptaciones telefónicas sobre la base de simples sospechas, por entender precisos serios y concretos indicios de delito, "La disciplina processuale...", op. cit., pág. 81.

¹⁰⁶² ASECIO MELLADO, JMª., "Prueba prohibida...", op. cit., pág. 96.

¹⁰⁶³ En la doctrina alemana, es partidario ROXIN de entender coincidente el grado de intensidad de los indicios que se imponen para el acuerdo de la medida de injerencia con aquél que se exige a los indicios legitimadores de la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional. Vid. "Strafverfahrensrecht", op. cit., págs. 107 y 108, y asimismo en págs. 228 y 229.

¹⁰⁶⁴ En el derecho italiano, sin embargo, pronto se advierte una distinta exigencia en cuanto a la consistencia de los indicios que han de ser apreciados al efecto del legítimo acuerdo de intervenciones telefónicas, que se hace depender de la naturaleza del delito que se sospeche cometido. Así, mientras para la generalidad de supuestos delictivos la norma procesal requiere la concurrencia de "graves" indicios de criminalidad, en el caso de delitos cometidos por medio del teléfono o en supuestos de criminalidad organizada o violenta, la exigencia se degrada a "indicios" meramente "suficientes". Ello, ha llevado a la doctrina a cuestionarse si la interceptación ha de ser o no absolutamente indispensable con relación a este segundo cuerpo de conductas delictivas, siendo incuestionable en el resto de supuestos. La fórmula legal empleada, como bien advierte CAMÓN, en cualquier caso entraña el grave riesgo de objetivar un presupuesto que, muy al contrario, precisa de una valoración ponderada que atienda al caso concreto. CAMÓN, A., "Le intercettazione...", op. cit., pág. 82.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En definitiva, corresponde al Juez, como único legitimado para el acuerdo de la injerencia, y no a los órganos de Policía Judicial, decidir la aplicación o no de la medida, sobre la base de los indicios de criminalidad que se le presenten¹⁰⁶⁵, y, en caso alguno, debiera éste admitir solicitudes de intervención de las comunicaciones que contengan una mera impresión policial sin el apoyo de un indicio fundamentado o no acompañado de una indicación, aunque somera, acerca de su origen o la naturaleza de las investigaciones hasta el momento realizadas¹⁰⁶⁶.

Pero, si bien es clara la necesidad de relevancia de los mencionados indicios de criminalidad, no lo es tanto cuál o cuáles han de ser los parámetros a los que atender en orden a apreciar la entidad o grado de suficiencia de esta exigencia en cuestión¹⁰⁶⁷. Esto último, entra de lleno en la cuestión relativa a la mayor o menor importancia de la naturaleza o gravedad de la infracción penal que se presume cometida y para cuya averiguación e instrucción se entiende preciso el acuerdo de la medida; la duda es consecuencia de la inoportuna técnica legislativa empleada por el legislador procesal español, al prescindir de la referencia a un catálogo de conductas delictivas concretas o a un límite de gravedad o circunstancias determinadas, al efecto de apreciar la proporcionalidad de la injerencia¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁵ LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 186.

¹⁰⁶⁶ En este punto, se comparte plenamente la opinión, entre otros, de MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 149.

¹⁰⁶⁷ A nivel doctrinal se ha planteado incluso la duda acerca de si los "indicios de criminalidad" exigidos coinciden o no con aquéllos cuya presencia permite el acuerdo de una medida cautelar privativa de libertad ex art. 503, 504 y 528 LECrim. En la doctrina italiana, la duda parece recibir respuesta en sentido positivo de CAMÓN, A., "Le intercettazioni...", op. cit., pág. 75. Pero lo cierto es que unos y otros, aunque asimilables, parece que no deben entenderse idénticos habida cuenta de la diferente finalidad perseguida con la aplicación de una u otra medida de limitación de los derechos fundamentales, por no mencionar la diferencia de intensidad entre una y otra y, en consecuencia, el muy distinto coste que las mismas entrañan al disfrute por el individuo de sus más elementales derechos.

¹⁰⁶⁸ En este punto, se pregunta CAMÓN si los "indicios de criminalidad" que exige en particular la norma procesal italiana coinciden con aquéllos cuya presencia permite el acuerdo de una medida cautelar privativa de libertad; cuestión que, en opinión del autor, ha de resolverse positivamente. Vid. "Le intercettazioni...", op. cit., pág. 75. Trasladado a nuestro derecho, la resolución de esta duda obliga a comparar el peso o fundamento de los indicios que se imponen para la legitimidad de

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Qué duda cabe, la gravedad o naturaleza de la acción delictiva motivadora de la medida de intervención no puede resultar intrascendente. La exigencia de proporcionalidad de la medida que ha de ponderarse, hace obligada la atención a la naturaleza de los hechos que han de ser investigados y que justifican su adopción para, una vez decidida, fijar su alcance y límites. Esto último, asimismo, lleva a plantearse la presencia de lo que parece constituir un límite objetivo al que habría de ajustarse toda intervención de las comunicaciones personales.

Lo cierto es que, aunque no sea éste el lugar que corresponde, detenerse en este análisis y, con la misma brevedad, en el de ciertos límites de carácter subjetivo que igualmente se detectan, puede servir para formar idea bastante del conjunto de exigencias interrelacionadas, que determinan la legitimidad de la intervención de las comunicaciones privadas. Ello no obsta a que en posteriores epígrafes se dé tratamiento más detallado a los concretos límites a los que la medida ha de ajustarse y, en especial, al que aquí interesa relativo a la participación del defensor del imputado en el desarrollo de la comunicación sometida a investigación.

4.2.3.3.1. La presunta comisión de un delito de carácter grave.

Como se adelantaba, a diferencia de lo que sucede en la práctica totalidad de ordenamientos europeos que en este estudio se han venido manejando¹⁰⁶⁹, falta en el nuestro una clara determinación del marco de delitos en que, a pesar de su rigor, el control de las comunicaciones personales del imputado puede entenderse proporcionada al fin elemental de su averiguación¹⁰⁷⁰.

la medida de intervención y aquellos otros a los que se alude en los arts. 503, 504 y 528 de la LECrim española para la adopción de la medida de prisión provisional.

¹⁰⁶⁹ Lo mismo sucede en el derecho norteamericano y anglosajón, a partir de la "*Omnibus crimen control act*" de 1968 y la *Interception of Communication Act* de 1985, respectivamente.

¹⁰⁷⁰ El legislador español, ciertamente, obvia toda mención acerca de la naturaleza o gravedad de las conductas delictivas que, por responder suficientemente a esta exigencia de proporcionalidad de sacrificios, legitiman la intervención.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ello contrasta con la previsión contenida en **ordenanza procesal alemana**, acerca de un catálogo de tipos penales concretos para cuyo conocimiento puede ser decidida la "medida de coerción"¹⁰⁷¹ consistente en la intervención de las comunicaciones privadas del imputado u otros sujetos. También el **legislador procesal italiano** se detiene en la determinación del conjunto de ilícitos cuya presunta comisión permite la intromisión en el desarrollo de las comunicaciones del imputado, a partir de la adopción de un sistema híbrido consistente, tanto en la expresa mención de conductas delictivas concretas, cuanto en la fijación de una penalidad límite, por encima de la cual entiende proporcionada y, en consecuencia, legítima la aplicación de injerencias o límites al derecho a la libertad y secreto de las mismas.

La norma procesal española, en cambio, prescinde de toda delimitación, ya sea cualitativa, esto es, estableciendo taxativamente una suma de conductas penalmente ilícitas, ya lo sea cuantitativa, mediante la fijación de un *quantum* de penalidad esperada al delito que se imputa; vacío éste que defrauda aquella primera exigencia de legalidad, en orden al legítimo acuerdo y posterior aplicación de las medidas de injerencia aquí aludidas.

De lo hasta el momento expuesto, en definitiva, puede extraerse como máxima la necesidad de una imputación delictiva de cierta gravedad, de suerte que, ha de entenderse ilegítima, por desproporcionada, la intervención de las comunicaciones personales del sujeto que se presume participe en la comisión de ilícitos de escasa entidad.

¹⁰⁷¹ En efecto, según determina el § 100 c, (1) y (3) StPO, la utilización de mecanismos de escucha resulta posible, únicamente, ante la presunta comisión de uno de los delitos que encierra la relación que el mismo expresa, y entre los que se mencionan, delitos de falsificación de moneda o documentos de crédito, blanqueo de dinero, asesinato, homicidio y genocidio, robos con resultado de muerte y hurtos cometidos por grupos o bandas y diversos tipos de receptación, delitos contra la libertad personal, chantajes, delitos de corrupción a funcionarios o soborno, tráfico de drogas, tenencia ilícita de armas, traición o puesta en peligro del Estado de Derecho Democrático o de la seguridad exterior, y delitos de tráfico de personas o previstos por la Ley de extranjería.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ello no obstante, lo cierto es que el empleo por el legislador de los términos "procesado" e "imputado" que acompaña de la alusión a medidas de "intervención" y "observación" ha generado cierta confusión. A la vista de lo expresamente dispuesto en el citado art. 579 LECrim, cierto sector doctrinal -abanderado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹⁰⁷² afirma la aplicabilidad de medidas de injerencia de diferente intensidad, en función de la gravedad del delito que se sospecha cometido y, en consecuencia, según el tipo de procedimiento en cuyo seno haya de ser acordada.

En nuestra opinión, sin embargo, yerra este autor y quienes comparten su criterio; considerar que la "intervención" de las comunicaciones privadas -que entienden como modalidad de control de mayor lesividad- procede únicamente en el supuesto de comisión de delitos graves de los que ha de conocerse en un proceso ordinario -único, en verdad, en el que tiene lugar la declaración formal del procesamiento- y excluir su aplicación en los casos en que hayan de seguirse los trámites del procedimiento abreviado -en el que resultaría sólo admisible la injerencia de menor intensidad u "observación"- no parece acertado.

Compartimos, en cambio, la opinión doctrinal mayoritaria¹⁰⁷³ según la cual, uno y otro término coinciden en su significación, como demuestra el hecho de que el legislador procesal los emplee indistintamente a lo largo del articulado de la LECrim; esto último conduce a afirmar la aplicabilidad de una y otra forma de injerencia, siempre que resulten útiles a la investigación y se observen las garantías que impone la

¹⁰⁷² Vid. "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., págs. 184 y ss.

¹⁰⁷³ Vid. ASECIO MELLADO, JM^a, "Prueba prohibida...", op. cit., págs. 108 y 109; DÍAZ CABIALE, JA., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 152; GARCÍA VALTUEÑA, E., "El auto por el que se acuerda ...", op. cit., pág. 348; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., pág. 94; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., págs. 34 y 35; MARTÍN MORALES, R., "El régimen constitucional ...", op. cit., págs. 87 y 88.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

exigencia de proporcionalidad de la medida, al margen de la concreta pena -de entidad, en cualquier caso- que corresponda al delito que se sospeche cometido¹⁰⁷⁴.

No obstante lo anterior, no falta razón a quienes -como LÓPEZ-FRAGOSO- afirman que "de la circunstancia de no establecer expresamente el legislador ningún límite material por razón del delito o de la pena, no cabe deducir, sin más, que la intervención de las comunicaciones puede ordenarse en el proceso penal para cualquier tipo de infracción"¹⁰⁷⁵. La falta de referencia del legislador a un cuadro de conductas delictivas concretas, o la no previsión en la norma de un margen de gravedad de la pena a imponer al delito para cuya averiguación la intromisión se decide, pone en cuestión la legitimidad de la intervención de las comunicaciones personales en cualquier caso y condición.

Si, como no podría ser de otro modo, ha de atenderse a una regla de proporcionalidad de sacrificios, es claro que los hechos a comprobar o investigar han de ser relevantes¹⁰⁷⁶; el control de las comunicaciones, según todo parece apuntar, halla legitimidad en el solo supuesto en que la instrucción a la que sirva tenga por objeto un delito cuanto menos grave¹⁰⁷⁷; delito que, en atención a la clasificación tripartita de las infracciones¹⁰⁷⁸ contenida en el CP de 1995, se correspondería con aquellos castigados con penas superiores a 6 años de privación de libertad¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁴ Según sostiene MORENO CATENA, de *lege ferenda* "debe facultarse la diligencia para la legal averiguación de todo delito" esto es, "sin consideración del delito en sí, ni de la gravedad, si se justifica su admisibilidad y necesidad a estos efectos". "Garantía constitucional de los derechos ...", op. cit., pág. 159.

¹⁰⁷⁵ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 59.

¹⁰⁷⁶ Ello, sobre la base de lo dispuesto en STS de 4 de noviembre de 1994 y, en la línea de lo manifestado por el ATS de 18 de junio de 1992, y las SsTS de 25 de junio de 1993, de 22 de octubre de 1993, de 18 de abril de 1994, y de 8 de noviembre de 1994.

¹⁰⁷⁷ En este punto se coincide con la opinión expresada, entre otros, por DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M^aI., "Escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 1712.

¹⁰⁷⁸ Vid. Art. 33 del CP de 1995.

¹⁰⁷⁹ De esta opinión, QUERALT, J., "Intervención de las telecomunicaciones ...", op. cit., pág. 118.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, el TS ha puesto fin a toda discusión dejando sentada cierta doctrina que formula en atención a un doble criterio¹⁰⁸⁰: cuantitativo, de un lado, que determina la legitimidad de la intervención de las comunicaciones del imputado para el conocimiento de delitos muy graves¹⁰⁸¹, y cualitativo, de otro¹⁰⁸², en virtud del cual viene admitiendo como legítima la intromisión en el desarrollo de las comunicaciones personales -y, muy particularmente, las mantenidas vía telefónica- al servicio de la investigación de delitos de inferior penalidad pero de notable "relevancia social"¹⁰⁸³.

Así pues, de la doctrina jurisprudencial aquí aludida puede extraerse como primera conclusión la inadmisibilidad del acuerdo de medidas de intervención de comunicaciones, cuando haya de conocerse de faltas o bien de delitos sancionados con penas menos graves, e incluso para la averiguación de delitos perseguibles a instancia de parte.

No se olvide que la necesidad de atender a otros parámetros -que la doctrina jurisprudencial viene imponiendo- tales como la trascendencia del hecho en sí y su

¹⁰⁸⁰ En particular puede verse la STS de 3 de abril de 1998; según ha expresado el Tribunal, "la proporcionalidad ha de valorarse poniendo el acento no sólo en la gravedad de la pena fijada al delito investigado sino en la trascendencia social del tipo". A este respecto, pueden verse asimismo las SsTS 740/1997 de 26 de mayo y, en la misma línea, la más reciente de 23 de noviembre de 1998.

¹⁰⁸¹ Esto es, ilícitos penales para los que -según expresan los arts. 31 a 33 CP de 1995- se prevé una pena superior a 12 años de privación de libertad.

¹⁰⁸² Sobre el particular, pueden verse las SsTS de 3 de abril y 11 de mayo de 1998.

¹⁰⁸³ A juicio de GIMENO SENDRA, el segundo de los criterios tenidos en consideración por el TS obedece a la razón fundamental del mantenimiento en la norma penal sustantiva tras la trascendental reforma operada en 1995, de penas inadecuadas -por lo irrisorias- para determinada categoría de ilícitos penales de relevancia social incuestionable. Así, a juicio del autor, en ese capítulo y junto a los ya proclamados por el TS -esto es, delitos cometidos por funcionarios públicos que afecten al buen funcionamiento y al crédito de la Administración tanto Central, cuanto Local o Autonómica- habrían de incluirse delitos de carácter económico, en general y, en particular, los relativos a la tan traída y llevada "corrupción política". "La intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 1619.

A modo de simple apunte, conviene señalar que, a nivel jurisprudencial, la medida de intervención telefónica ha llegado a entenderse proporcionada - y, por esta razón, su acuerdo legítimo- en supuestos delictivos de falsificaciones, o contra la libertad en el trabajo, actividades terroristas y de colaboración con bandas armadas, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, o delitos contra la salud pública. Véanse, entre otras, las SsTS 27 de octubre de 1993, de 4 de abril y 27 de junio de 1994.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

repercusión social¹⁰⁸⁴, hace obligado descender de la generalidad al caso concreto, dejando en su apreciación un margen de discrecionalidad enormemente amplio, y no menos peligroso, en manos de la autoridad judicial.

Pero asimismo se colige sin dificultad que, la intervención de las comunicaciones ha de venir referida al conocimiento de un delito concreto que se imputa a un sujeto determinado, al parecer, con independencia del tipo procedimental que haya de seguirse para su conocimiento; ello implica el rechazo, por ilícita, de toda autorización de medidas de intromisión genéricas o "en blanco"¹⁰⁸⁵, esto es, concedidas sin atención a un tipo delictivo concreto en el que el sujeto afectado se presuma partícipe¹⁰⁸⁶.

Es más, aun cuando parece requisito necesario la determinación de la especialidad del hecho -cuestión ésta interesante, de cara a conocer en qué supuestos existe novación¹⁰⁸⁷ y con el fin de dar con soluciones válidas a los interrogantes que se plantean en torno a los llamados "hallazgos casuales"¹⁰⁸⁸- la individualización de la persona sospechosa no parece llevarse al extremo de exigir su identificación nominal¹⁰⁸⁹.

Esto último se halla directamente relacionado con la cuestión relativa a los límites subjetivos a la intervención de las comunicaciones, orales o escritas, previstas

¹⁰⁸⁴ Vid. SsTS 11 de octubre de 1994 y de 25 de octubre de 1994.

¹⁰⁸⁵ Ello, a juicio de CAMÓN, sería parangonable a una absoluta falta de motivación en la autorización judicial, determinante de la ilicitud de la intervención acordada. "Le intercettazioni...", op. cit., págs. 120 y 121.

¹⁰⁸⁶ Vid. SsTS de 14 de febrero de 1998, y de 24 de noviembre de 1997, entre otras.

¹⁰⁸⁷ Véanse, las SsTS de 2 y 15 de julio de 1993, y de 21 de enero de 1994.

¹⁰⁸⁸ Cuestión ésta de todo punto interesante que, por razón de los estrechos márgenes a los que este estudio había de ajustarse, no puede ser aquí objeto de análisis. Para un conocimiento de las cuestiones y posibles soluciones que se plantean en torno a, los denominados por la doctrina "hallazgos casuales" pueden verse ASENSIO MELLADO, JM^a, "Prueba Prohibida ...", op. cit., págs. 114 y 115; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 92 y 93; MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ...", op. cit., págs. 110 y ss.

¹⁰⁸⁹ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., "El imputado", en "Estudios de derecho Procesal", op. cit., pág. 685; GIMENO SENDRA, V., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., 1618.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

en la norma procesal y sobre la que nuevamente se advierte esa falta de atención por el legislador que se viene denunciando.

A la vista de lo expuesto, no puede sino reclamarse del legislador una sustancial modificación de la regulación de la materia para su ajuste a las exigencias que derivan del CEDH¹⁰⁹⁰; la muy deficiente legislación actualmente en vigor, según recientemente ha manifestado el máximo garante del Convenio, no ofrece las garantías suficientes que posibiliten el control o protección adecuado frente al arbitrio estatal en la práctica de estas medidas¹⁰⁹¹.

4.2.3.3.2. La determinación del marco de posibles sujetos pasivos de la medida de intervención.

Una vez se conoce que la existencia de una imputación penal resulta determinante de la legitimidad de la intervención de las comunicaciones privadas, conviene

¹⁰⁹⁰ La necesidad de reforma urgente de la legislación referida, en particular, a la intervención de las comunicaciones telefónicas, ha sido puesta de manifiesto por la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/1999 de 29 de diciembre, publicada en "Rev. Actualidad Penal", 2000, núm. 12, pág. 547.

¹⁰⁹¹ El mismo TEDH, en este y algunos otros de sus más recientes pronunciamientos al respecto, ha trazado las líneas de la que ha de ser la reforma procesal que se demanda, al detallar con minuciosidad los aspectos que habría de contener la previsión legislativa de toda medida de intromisión en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones personales; sobre la base de esta doctrina, debe el legislador procesal español prever al configurar las distintas medidas de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones privadas, la categoría de personas que puedan ser sujeto pasivo de las mismas, así como la naturaleza de los delitos que puedan dar lugar a ellas, sin olvidar la fijación de su plazo de duración máximo. Por lo que respecta al modo de efectuar la intervención y sus consecuencias -materia ésta, absolutamente huérfana de regulación en nuestro Derecho- debiera adoptar "las precauciones referentes a la transmisión o entrega al Juez del material obtenido, de forma íntegra e intacto, así como del resto de garantías relativas al control por el Juez o por la defensa, como las referidas a las condiciones en que ha de tener lugar el archivo o la destrucción del material aprehendido y, asimismo, de cuantas medidas resulten precisas para la salvaguarda de la privacidad de los interlocutores no relacionados con la comisión del delito. (Vid. sobre el particular las SsTEDH de 24 de abril de 1990, "caso KRUSLIN c/ Francia" y, de la misma fecha, "asunto HUVIG c/Francia"; la STEDH de 30 de julio de 1998, "caso VALENZUELA CONTRERAS c/ España" y la reciente STEDH de 16 de febrero 2000, "asunto GRANDE CAMERA c/ Italia").

Todo ello, al margen de la expresa mención de exclusiones al régimen general, como la que afecta a las comunicaciones del inculcado con su Abogado defensor, o las de éste con el anterior u otras personas en el ejercicio de la defensa, que a nuestro estudio especialmente interesan.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

averiguar si dicha exigencia impone o no una individualización concreta de la persona que ha de venir afectada.

En esta tarea, cuestión previa a resolver es la relativa al modo en que puede ser identificado, bien el sujeto, bien el medio de comunicación que viene sometido a control. En realidad, tratándose de comunicaciones personales, no parece ofrecer dificultad la determinación del sujeto pasivo de la medida de injerencia, en especial, por lo que respecta al desarrollo de las comunicaciones postales o telegráficas¹⁰⁹²; como de inmediato se tendrá ocasión de constatar, el emisor o el receptor de la correspondencia sometida a vigilancia, en principio, resulta ser el principal sujeto pasivo del proceso, aunque la medida puede afectar, directamente incluso, a sujetos terceros.

Por lo que se refiere a las intervenciones telefónicas, la necesaria determinación de las comunicaciones sujetas a vigilancia en la resolución judicial que la decide, hace obligado expresar no tanto la identidad de un sujeto concreto, sino la identificación del concreto aparato telefónico que es objeto de control. Procede, pues, en este caso la indicación del medio técnico empleado en el desarrollo de la comunicación -ya sea privado, ya lo sea de titularidad pública- a partir del número telefónico al mismo asignado, al margen de la también necesaria identificación de su titular, que puede o no coincidir con el sujeto directamente vinculado al proceso y cuyas comunicaciones interesa intervenir¹⁰⁹³.

¹⁰⁹² "El auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia o la entrega de copias de telegramas transmitidos", según tenor literal del art. 583 LECrim, "determinará la correspondencia que haya de ser detenida o registrada, o los telegramas cuyas copias hayan de ser entregadas, por medio de la designación de las personas a cuyo nombre se hubieren expedido, o por otras circunstancias igualmente concretas".

¹⁰⁹³ Como con acierto señala RÍOS MOLINA, la intervención de las comunicaciones del imputado puede afectar al teléfono del que el mismo no es titular, sino un "usuario ocasional". Vid. *Sobre la intervención telefónica*, "Rev. Justicia", 1999, núms. 3-4, pág. 474. Sobre la base de lo expresado en reiterada doctrina por el TEDH, llega a la misma conclusión UBERTIS, G., "Principi di Procedura Penale europea", op. cit., pág. 106 y la FGE, en su Circular 1/1999, de 29 de diciembre, op. cit., pág. 545.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Con respecto a la injerencia en el desarrollo de esta última modalidad de comunicación, se plantea y conviene despejar una doble duda derivada de la confusa fórmula que emplea el legislador en el párrafo 3º del art. 579 LECrim en relación con lo expresado en el segundo de los apartados del precepto, referido a la "observación" de las comunicaciones personales.

Una primera cuestión a resolver es, pues, si la medida limitativa ha de acordarse únicamente sobre aquellos sujetos frente a los que se dirija un auto judicial de procesamiento -por cuanto son precisamente éstos los términos en los que se halla formulado el precepto¹⁰⁹⁴- o, contrariamente, la medida es susceptible de acuerdo sobre las comunicaciones de todo sujeto que reciba la imputación de un delito.

En opinión de un nutrido grupo de autores, a nuestro juicio acertada, a pesar de esta dicción literal¹⁰⁹⁵ no parece exigible en el sujeto pasivo de la medida una condición distinta a la de imputado por razón de su participación en la comisión de un hecho que se presume delito. El requisito que se impone no es otro que la concurrencia de indicios de criminalidad; indicios que resultan determinantes de la imputación formal o judicial que supone el procesamiento, y que no han de ser distintos de los exigidos para la legítima "observación" de las comunicaciones del sujeto imputado *ex art. 579.3º LECrim*. Puede, pues, afirmarse la identidad de una y otra de las situaciones subjetivas aludidas, a los efectos del acuerdo de la medida de injerencia.

El segundo de los interrogantes que se plantean surge a raíz de lo expresado en ese mismo apartado 3º del precepto que se examina, a cuyo tenor la "observación" puede tener por objeto "las comunicaciones del imputado" o aquellas "de las que éste

¹⁰⁹⁴ Vid. 579.2º LECrim.

¹⁰⁹⁵ Acierta ASECIO MELLADO al señalar que, el empleo por el legislador del término "procesado" no es más que el reflejo de la siempre precisa exigencia de "procesamiento" frente a todo imputado -y a partir del cual, únicamente, nacía el derecho de defensa- propia de la legislación anterior a 1967. Vid. "Prueba Prohibida ...", *op. cit.*, pág. 108. En la misma línea de opinión GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", *op. cit.*, págs. 94 y 264 y ss.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

se sirva para la realización de sus fines delictivos"; expresión esta última, que venía entendiéndose como el reconocimiento por el legislador de la posibilidad de someter a control las comunicaciones del imputado cualquiera que fuera la vía empleada para su celebración¹⁰⁹⁶.

Pero, en realidad, y como se adelantaba en un anterior epígrafe, más que a modalidades de comunicación diferentes, la norma procesal parece referirse a una y otra como genéricas medidas de intromisión; en este sentido, alude a "aquellas comunicaciones de las que el imputado se sirva" con la intención, aunque velada, de ampliar el cuadro de posibles sujetos pasivos de la medida¹⁰⁹⁷. Esta última interpretación, como puede notarse, implica admitir la posibilidad de afectación de la medida, no con exclusividad al sujeto pasivo del proceso, sino extensible a un sujeto tercero distinto del anterior¹⁰⁹⁸.

A juicio de un amplio sector de la doctrina, en efecto, el apartado 3º de la disposición que se analiza abre paso a la posibilidad de acordar la intervención de las comunicaciones -incluidas las que se practican a través de medios poco usuales o no previstos de modo expreso por el legislador¹⁰⁹⁹- de personas distintas del imputado pero, en alguna medida, relacionadas con él; de este modo se alude, bien al interlocutor del sujeto pasivo directo, bien al titular del medio de comunicación empleado por

¹⁰⁹⁶ Aunque minoritaria en la doctrina, la convicción de que la intervención de las comunicaciones, concretamente telefónicas, puede sólo recaer sobre el sujeto que recibe la imputación se advierte en LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., págs. 187 y 188 y parece sostenida asimismo por JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional...", op. cit., pag. 37.

¹⁰⁹⁷ En otro caso, según observa GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, resultaría un tanto superflua la referencia del legislador a esa triple modalidad de comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., págs. 181 y 182.

¹⁰⁹⁸ La propia bilateralidad del acto de comunicación, como acierta ILLUMINATI al precisar, hace inevitable la afectación de la medida de intervención al tercero, en principio, no involucrado en la investigación en curso. Vid. "La disciplina processuale...", op. cit., pág. 80. Ahora bien, de inmediato se conocerá que el legislador procesal va más allá y abre paso a la posibilidad de acordar medidas de injerencia, directamente, sobre las comunicaciones de sujetos distintos del propio imputado.

¹⁰⁹⁹ En este sentido, véanse las SsTS de 8 de febrero de 1999, de 3 de abril de 1998 y 18 de marzo de 1994.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

el presunto responsable del delito para la realización de sus fines delictivos -piénsese, v. gr., en el titular del aparato telefónico con el que el mismo delito se comete siempre que mantenga cierta conexión, constatable, con la persona del imputado o la actividad delictiva investigada¹¹⁰⁰.

Es claro que la dificultad se halla en delimitar con mayor o menor precisión el ámbito de posibles sujetos pasivos, habida cuenta de la necesidad de probar la existencia, en el caso concreto, de la mencionada relación a la que habrá de hacer referencia expresa la motivación del auto en que la medida se acuerde¹¹⁰¹. La medida a aplicar sobre personas no imputadas, indudablemente, habrá de cumplir el canon de proporcionalidad a partir de la más estricta observancia de sus exigencias; en particular, habrá de ponderarse su necesidad, o más bien, la imprescindibilidad de la misma a los fines de la investigación, cuya persecución legitima el sacrificio del derecho.

De entenderse de otro modo y limitar la aplicación de la medida al sujeto imputado, evidentemente, podría venir obstaculizado el éxito de la investigación y verse frustrada definitivamente la realización de la Justicia¹¹⁰²; ello, habida cuenta de la facilidad con que, para desvincularse o evitar el control, podría aquél burlarla haciendo uso de medios de comunicación cuya titularidad no ostenta. Por las razones

¹¹⁰⁰ Ello, aun cuando el sujeto ajeno a las actuaciones, desconozca la existencia de una imputación delictiva contra su interlocutor o su relación con el mismo o la comisión del delito. BEULKE, W., "Überwachung des Fernsprechanschlusses ...", op. cit., pág. 643.

¹¹⁰¹ Es más, en estos supuestos se impone, a juicio de BRUNO, una motivación especialmente escrupulosa y detallada, "Le intercettazioni...", op. cit., págs. 187 y 192.

¹¹⁰² De esta opinión, BEULKE, W., "Überwachung des Fernsprechanschlusses ...", op. cit., pág. 643; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales...", op. cit., pág. 182 y UBERTIS, G., "Principi di Procedura Penale europea", op. cit., pág. 106 este último, a la vista de lo expresado por el CEDH y la jurisprudencia de su Tribunal.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

expuestas, el titular del medio empleado no parece que, en su condición de tercero, haya de permanecer inmune a toda injerencia¹¹⁰³.

En el derecho alemán, esta posibilidad de ampliar el cuadro de sujetos pasivos de la injerencia, parece reconocerse abiertamente a partir de la recentísima ley de reforma de la ordenanza procesal, al permitir la colocación de aparatos de escucha en domicilios particulares y extender esta medida de intervención, en principio decidida sobre el imputado, al domicilio de terceras personas, si la práctica de la misma en el del primero no hubiera permitido obtener la información relativa al delito o a su presunto autor, como se pretendía.

Esta sola mención da pronto idea de lo peligrosísimo, por excesivo, que resulta el amplio margen de apreciación que el legislador se reserva en la ponderación de las circunstancias habilitantes de la injerencia en el derecho fundamental, tanto a la inviolabilidad del domicilio, cuanto de las comunicaciones del ciudadano. El riesgo, realmente, es consecuencia de la ligereza con que parecen abrirse puertas a la aplicación de dichas medidas por simples razones de dificultad en el empleo de otros métodos de averiguación, o por entender escasas las posibilidades de éxito de la intervención practicada sobre el principal sujeto pasivo, del abuso o de la utilización indiscriminada, en definitiva, de medidas que habrían de ser adoptadas como *ultima ratio*¹¹⁰⁴.

¹¹⁰³ En este sentido, y con expresa referencia a las interceptaciones telefónicas, advierte CAMÓN de la nada infrecuente artimaña del presunto delincuente, consistente en utilizar, no su aparato telefónico, sino el de un amigo o aquél situado en lugar público, en claro perjuicio al éxito de la investigación y descubrimiento del delito y su responsable. Véase "Le intercettazioni...", op. cit., pág. 121.

¹¹⁰⁴ La amplitud, a nuestro juicio excesiva, del marco de posibles sujetos pasivos de las medidas de intervención de las comunicaciones telefónicas diseñado por el legislador germano, lleva a DÖRING y MAHNKOPF a precisar, en un intento de estrechar esos márgenes, que el control sobre terceros ha de acordarse sólo si falla el inicialmente decidido sobre el imputado, y ha de afectar exclusivamente a los terceros "más cercanos" o relacionados con él. Vid. "Telefonüberwachungsmassnahmen bei Opfern ...", op. cit., pág. 113.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La injerencia en la esfera de derechos del individuo, y con mayor motivo en la de aquellos ajenos a la investigación, obliga a exigir con mayor fuerza a quien haya de decidirla, una ponderación de la proporcionalidad y adecuación de la misma, de manera que sólo llegue a acordarse si resultara imprescindible¹¹⁰⁵, y en cualquier caso, una motivación especialmente rigurosa por su parte de la resolución en que la medida sea decidida¹¹⁰⁶.

Lo cierto es que la materia relativa a los límites, tanto objetivos cuanto subjetivos¹¹⁰⁷, a la injerencia en el desarrollo de las comunicaciones personales, merece ser tratada con especial detenimiento y, en consecuencia, a la misma se dedican los epígrafes que suceden; en este espacio, inevitablemente, habrá de volverse e intentar dar solución definitiva al interrogante, sólo en parte resuelto, acerca de quién o quiénes pueden ver intervenidas sus comunicaciones mediante la aplicación de cualquiera de las medidas previstas; en atención a la cualidad de los sujetos afectados - y, por lo que aquí interesa, la condición de defensor de uno de los intervinientes en el desarrollo de la comunicación- podrá concluirse, bien la necesaria exclusión de su acuerdo si, como parece, resulta su ilegitimidad o, por el contrario, su admisibilidad en aquellos supuestos y condiciones en que la misma llega a resultar legítima.

Antes, sin embargo, no puede faltar la alusión al cuerpo de exigencias legitimadoras de la injerencia en el derecho a comunicar libremente, que impone la ineludible observancia de la garantía de proporcionalidad¹¹⁰⁸ en su triple dimensión de

¹¹⁰⁵ MARTÍN PALLÍN, J.A., "Escuchas telefónicas...", op. cit., pág. 374.

¹¹⁰⁶ En este sentido, BRUNO, P., "Le intercettazioni...", op. cit., págs. 187 y 192, e ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale...", op. cit., pág. 81.

¹¹⁰⁷ Ambos, en efecto, habida cuenta de la dificultad de encuadrar en una u otra categoría la cuestión a la que se intenta dar respuesta a continuación.

¹¹⁰⁸ El principio, aun cuando no recibe en la Norma Constitucional española un reconocimiento expreso, parece encontrar fundamento en los arts. 53.1º y 25.1º de dicho Texto, así como en la privilegiada posición que en él ocupan los derechos que se consagran, como fundamentales de la persona. Vid. STC 85/1994, de 14 de marzo, entre otras.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

idoneidad, necesidad, y proporcionalidad de la medida a los legítimos fines que con ella se pretenden.

4.2.4. LA IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN.

Una vez constatada la existencia de indicios de la comisión de un hecho delictivo de relevancia, y a los efectos de apreciar definitivamente la legitimidad de la medida de injerencia, resulta asimismo preciso analizar si, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, el control de la comunicación resulta o no imprescindible para el desarrollo, con éxito, de la investigación criminal¹¹⁰⁹.

Corresponde, pues, al órgano jurisdiccional ponderar debidamente los intereses en conflicto y, de este modo, decidir la adecuación y proporcionalidad a la gravedad de los hechos de la medida que haya de ser acordada; medida que, como a continuación se tratará de evidenciar, ha de resultar necesaria, idónea y proporcionada a la finalidad legítima con ella perseguida.

4.2.4.1. La necesidad y excepcionalidad de la medida.

Ciertamente, según ha manifestado de modo expreso el mismo TS¹¹¹⁰, la legitimidad de la medida "se condiciona, en suma, a la consideración por el Juez que la autoriza de su necesidad para la investigación de unos hechos determinados con específica tipificación penal". Su aplicación debe encontrar, pues, justificación objetiva y

¹¹⁰⁹ VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias...", op. cit., margs. 245 a 247. En el mismo sentido puede verse DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico ordinario ...", op. cit., pág. 19.

¹¹¹⁰ STS de 6 de junio de 1997.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

presentarse como el instrumento "menos incisivo" de todos cuantos posibilitan la consecución de la finalidad perseguida¹¹¹¹.

En consecuencia, la medida de injerencia en el desarrollo de la comunicación se entenderá necesaria cuando "el medio de investigación seleccionado para alcanzar el fin perseguido no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, pero que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de manera menos gravosa"¹¹¹². Es, pues, exigencia ineludible la garantía que representa la residualidad del recurso a la intervención de las comunicaciones, de suerte que se acuda a su aplicación, en el solo supuesto en que la misma resulte imprescindible al logro de la finalidad que se pretende¹¹¹³; y, ello sucede exclusivamente si, en defecto de la medida, resulta imposible -o, en opinión de algunos, extremadamente difícil- la consecución de dicho fin.

En cualquier caso, es claro que por su consideración como derecho del más alto rango, la intromisión en la esfera del derecho a la libertad de las comunicaciones personales no puede sino entenderse como *ultima o extrema ratio*¹¹¹⁴; exigencia ésta que ha de ponerse en relación con el fin que se sabe perseguido, de "descubrimiento de algún dato o circunstancia relevante para la causa", de forma tal que, si a estos efectos bastara un medio de investigación distinto -v.gr. declaraciones testificales o reconocimientos que, como la medida que aquí se trata, posibiliten la adquisición de determi-

¹¹¹¹ Véase la STS de 14 de junio de 1993, en su FJ 8º.

¹¹¹² Necesidad o indispensabilidad que, según el criterio del TC, podrá apreciarse siempre "que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los Derechos Fundamentales (...), o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin", STC 207/1996, de 16 de diciembre; en la misma línea, pueden verse las SsTC 54/1996 (FJ 7º); 181/1995 (FJ5º); 7/1994 de 17 de enero (FJ 3º); 60/1994 y 39/1987, así como el ATS de 18 de junio de 1982.

En idéntico sentido, STS de 14 de abril de 1997 (FJ 4º).

¹¹¹³ ARANGÜENA FANEGO, C., "Teoría general de las medidas cautelares ...", op. cit., pág. 131; PEDRAZ PENALVA, E., con ORTEGA BENITO, G., "El principio de proporcionalidad y ...", op. cit., pág. 85; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales ...", op. cit., pág. 189.

¹¹¹⁴ Esta parece ser la opinión de CONSO, G., (et. alt.), *Il nuovo Codice di Procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. IV, pág. 673.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

nadas fuentes de prueba- el acuerdo de la medida limitativa, en absoluto imprescindible, resultaría ilegítimo.

4.2.4.2. Su idoneidad y proporcionalidad *stricto sensu*.

Afirmar la proporcionalidad y, en consecuencia, la legitimidad de la intervención de las comunicaciones personales hace obligada la observancia del requisito de idoneidad de la medida; requisito que se ve cumplido si la medida resulta "adecuada" al logro del fin que con ella se pretende y ante la imposibilidad de su sustitución por una medida distinta y menos restrictiva del derecho, pero de idéntica eficacia¹¹¹⁵.

En verdad, el requisito de idoneidad que se menciona hace referencia a cierta aptitud de la medida de limitación que se traduce en la exigencia de un "pronóstico fiable de obtener con éxito la finalidad perseguida con su acuerdo"¹¹¹⁶; en consecuencia, la legitimidad de la injerencia en el desarrollo de la comunicación a partir de cualquiera de las medidas previstas, puede sólo tener lugar ante la sospecha de que la misma permitirá "descubrir algún dato de relevancia para la causa"¹¹¹⁷ y, asimismo, de recabar elementos útiles a la investigación susceptibles de configurar futuras pruebas que sirvan de fundamento a la sentencia¹¹¹⁸.

En definitiva, resulta determinante de la legitimidad de toda medida de injerencia en el derecho a comunicar de forma libre y secreta la observancia de la regla de proporcionalidad de sacrificios, de modo que aquél interés que se imponga sobre el

¹¹¹⁵ PEDRAZ PENALVA, E., y ORTEGA BENITO, V., "El principio de proporcionalidad y su configuración ...", op. cit., pág. 84.

¹¹¹⁶ MONTERO AROCA, J., "La intervención...", op. cit., pág. 168; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., pág. 272; en este sentido, véase asimismo, BEULKE, W., "Überwachung des Fernsprechanchlusses ...", op. cit., pág. 643.

¹¹¹⁷ Véase, el art. 579 LECrim, en sus distintos apartados.

¹¹¹⁸ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 94.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

derecho que parece no resulte desmedido en relación con la gravedad del ilícito y los indicios apreciados de su comisión¹¹¹⁹.

Así pues, como con acierto precisa PEDRAZ PENALVA, se impone una ponderación de los derechos e intereses en conflicto, con la intención de averiguar si se hallan o no en "relación razonable" o si, por contra, la restricción a la que se somete, resulta una carga o sacrificio inasumible por el sujeto que haya de padecerla¹¹²⁰.

Pero, si bien es clara la exigencia de proporcionalidad de la medida, no lo son tanto los concretos parámetros a los que el operador jurídico ha de ajustarse en orden al acuerdo de una medida de injerencia que se pretenda proporcionada; parámetros respecto de los cuales el legislador procesal guarda silencio o es del todo impreciso. Es por ello que, aun a riesgo de resultar reiterativos, conviene incidir en la crítica a la ausencia en nuestra LECrim de una relación o catálogo de conductas para cuyo conocimiento resulte admisible la injerencia¹¹²¹ o a la falta de referencia a un límite de penalidad concreta¹¹²², aunque, como se adelantaba, de *lege ferenda* parecen imponerse como frontera las penas previstas para el castigo de los delitos que se consideran graves.

¹¹¹⁹ STC 207/1996, de 16 de diciembre, (FJ4º).

¹¹²⁰ con ORTEGA BENITO, V., "El principio de proporcionalidad ...", op. cit., págs. 86 y 78 y 81, respectivamente.

¹¹²¹ Semejante proceso experimentó el derecho italiano tras la insistencia de la más crítica doctrina -en particular, GREVI, V., "Appunti in tema di intercettazioni...", op. cit., pág. 733 e ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 74. De este modo, el ordenamiento italiano vino a situarse en la línea de ordenamientos procesales como el alemán, máximo exponente del reflejo del principio de proporcionalidad en la legislación positiva misma.

¹¹²² La misma crítica, al parecer, recibió la legislación italiana anterior al Código Procesal actualmente en vigor. (Vid. GREVI, V., "Appunti in tema di intercettazioni", op. cit., pág. 733 e ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 74). La nueva norma procesal, parece haber superado estas deficiencias, a partir de la consagración de un criterio mixto que combina la mención de ciertas conductas delictivas, con la referencia a una gravedad delictiva determinada. Vid. Art. 266 CPPit.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En consecuencia, y según criterio del TS, la proporcionalidad *stricto sensu* de la medida a adoptar ha de evidenciar la existencia de un correlato entre la medida misma -su duración y extensión- y las circunstancias del caso, en particular, la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social¹¹²³. Así pues, en orden a integrar el canon de proporcionalidad, y atendiendo primeramente a la naturaleza y gravedad de la infracción penal que se presume cometida, puede directamente excluirse el acuerdo de la medida ante la comisión de ilícitos constitutivos de faltas o de delitos castigados con penas menos graves, así como la de aquéllos perseguibles sólo a instancia de parte.

Parece, en cambio, legítimo el control de las comunicaciones personales para la averiguación de determinadas conductas delictivas de relevancia social innegable, prescindiendo en cierto modo de la pena que a su comisión corresponda, que han recibido vía jurisprudencial un juicio de proporcionalidad favorable¹¹²⁴.

La dificultad a la que se enfrenta el operador jurídico -a quien, con no pocos peligros e inconveniencias, se traslada la responsabilidad que habría de corresponder en exclusiva al legislador- justifica la insistencia de nuestra doctrina cuando, entre sus reivindicaciones de reforma, aboga por la inclusión en la norma de una referencia, ya expresa¹¹²⁵, ya de menor precisión¹¹²⁶, a las conductas delictivas que dotan de legitimidad a la intromisión en el derecho a comunicar.

¹¹²³ Véase el paradigmático Auto del TS de 18 de junio de 1992. El Tribunal exige, asimismo, una valoración de la proporcionalidad de la medida que atienda, no sólo a la gravedad del delito a partir de la pena fijada, sino a la trascendencia social del tipo, en las SsTS de 2 de abril de 1996, 20 de mayo y 11 de octubre de 1994 y, en especial, la STS de 25 de junio de 1993, entre otras. Pero, en cualquier caso, la inconveniencia de la falta de taxatividad en la norma procesal acerca de los delitos para cuyo conocimiento la medida resulta proporcionada -y que traslada al aplicador del derecho el deber del legislador de ponderar la proporcionalidad de la medida, es duramente criticada a nivel doctrinal, entre otros, por MONTÓN REDONDO, M., "Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas", op. cit., pág. 1045.

¹¹²⁴ En este sentido, véase la STS 31 de octubre de 1998.

¹¹²⁵ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Nulidad de las fuentes de prueba...", op. cit., pág. 39.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Pero, no de menor relevancia resulta la atención al elemento temporal al efecto de concluir la proporcionalidad de la intromisión en el desarrollo de las comunicaciones privadas a los fines de la investigación e instrucción criminal.

4.2.5. LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA EN ATENCIÓN A SU DURACIÓN: REQUISITOS DE CARÁCTER TEMPORAL.

Como se ha tenido ocasión de señalar, la intromisión en el ejercicio de un derecho con el rango de fundamental, como el que aquí se trata, ha de ser excepcional y en caso alguno mantenerse indefinidamente, a los efectos de evitar un sacrificio del derecho excesivo e inasumible¹¹²⁷ por su titular.

En este sentido se ha pronunciado la más alta jurisprudencia al señalar - aunque con particular referencia a la interceptación de las comunicaciones telefónicas - que la medida de injerencia ha de tener, "necesariamente, una limitación temporal" y "no puede extenderse de manera ilimitada o desproporcionada"¹¹²⁸.

Puede así afirmarse que, la aplicación de cualquiera de las medidas que aquí se examinan, en caso alguno ha de extenderse en el tiempo más allá de lo absolutamente imprescindible para la satisfacción de la finalidad que con ellas se persigue; las mismas, han de sujetarse a un límite temporal que debiera ser concreto.

El legislador español, mediante una inadecuada técnica legislativa, fija en el apartado 3º del art. 579 LECrim, un plazo de 3 meses de duración, en principio

¹¹²⁶ VELASCO NUÑEZ, E., "Presencia y ausencias ...", op. cit., marg. 261, quien entiende no del todo aconsejable la introducción de un catálogo de delitos por razón del riesgo de ataduras que ello supone al legislador, si no es a través de "fórmulas abiertas". Sin embargo, parece escapar al autor que, el peligro y la generación del mismo efecto que se pretende evitar, puede tener su origen, precisamente, en el empleo de fórmulas legislativas indeterminadas que poco, o nada, ayuden a la superación de la deficiente regulación de la materia que se trata.

¹¹²⁷ PEDRAZ PENALVA, E. con ORTEGA BENITO, V., "El principio de proporcionalidad...", op. cit., pág. 78.

¹¹²⁸ Sobre el particular, véanse las SsTS de 3 de abril y 11 de mayo de 1998, de 9 de mayo de 1994, y de 25 de junio de 1993.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

máximo, a la observación de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, de aquellos sujetos sobre los que existan racionales indicios de criminalidad¹¹²⁹; plazo que, sin embargo, admite ser prorrogado por iguales periodos, sin mención alguna de la posibilidad o no de acumular distintas prórrogas consecutivas o del número de las que pueden sucederse.

A la vista de esta nada ortodoxa previsión, es realmente oscuro el momento en que la intervención de las comunicaciones ha de llegar a su fin. Según todo parece apuntar, la determinación de este límite último, queda en función de los resultados que, en el caso concreto, se deriven de su práctica.

Como con todo acierto advierte VELASCO NUÑEZ¹¹³⁰, tan claro es que la medida ha de perecer en el momento en que se alcance el conocimiento de los "datos o circunstancias de relevancia para la causa" que se pretendía, cuanto que la misma ha de levantarse, sin posibilidad alguna de prórroga, en el instante en que se revele la imposibilidad de alcanzar dicho efecto y no se aprecie indicio alguno de variación, so pena de su desproporción *in crescendo* a medida que se alarga en el tiempo¹¹³¹.

Más delicada parece, en cambio, la solución posible al conflicto que plantea la necesidad, de un lado, de no prolongar su duración excesivamente, y de otro, la obtención de resultados útiles a la investigación y la adquisición de valiosas fuentes de prueba, que obliga a la atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Es incuestionable que el órgano jurisdiccional habrá de ponderar si, superado el plazo de duración inicialmente fijado en su resolución, la medida continúa siendo

¹¹²⁹ Ésta, aunque defectuosa, parece ser respuesta a la exigencia que, según jurisprudencia de su máximo intérprete, se deriva del CEDH consistente en la previsión por ley de un concreto límite a la duración de la intromisión en el desarrollo de las comunicaciones personales. Vid. STEDH de 24 de abril, emitida en el caso KRUSLIN y, más recientemente, en el asunto VALENZUELA CONTRE-RAS, con fecha de 30 de julio de 1998.

¹¹³⁰ "Presencias y ausencias ...", op. cit., marg. 270.

¹¹³¹ Vid. Auto TS de 18 de junio de 1992.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

necesaria y proporcionada, para así acordar su prórroga; ello, claro está, a partir de nueva resolución igualmente motivada, que de a conocer suficientemente las razones concretas que le llevan a considerar preciso su mantenimiento.

Sin embargo, ello no implica la admisibilidad de un número ilimitado de prórrogas¹¹³²; la medida, en sí misma, es lo suficientemente lesiva como para excluir su aplicación de forma indefinida a través de esta otra fórmula de la máxima sutileza¹¹³³; téngase presente que, estrictas y lógicas razones de eficacia, imponen que la operación de control se desarrolle en desconocimiento de los comunicantes, con lo que supone de incremento al riesgo de ampliar, no solo el círculo de sujetos a los que la intervención alcance, sino de la esfera de derechos que resultan afectados.

Esto último descubre un segundo motivo por el que la aplicación de la medida en esta forma -única en que la misma es eficaz y, en consecuencia, procede- viene sometida a un plazo temporal, e inferior quizás al de tres meses que, en apariencia, se permite.

En efecto, la duda en torno al plazo de duración que ha de entenderse máximo se agudiza si se pone en relación con las previsiones de la misma norma procesal al respecto del derecho de defensa del imputado que consagran los arts. 118 y 789.4º LECrim, según los cuales al mismo ha de darse conocimiento del desarrollo de las diligencias instructorias practicadas en su contra, a no ser que *ex art. 302.1º LECrim* sea judicialmente declarado el secreto de las actuaciones.

¹¹³² Esta posibilidad ha sido negada por el alto TS en buen número de resoluciones de entre las que pueden nombrarse la STS de 12 de enero de 1995 y la de 9 de mayo de 1994, que declaran la ilicitud, por desproporcionada, de una intervención de comunicaciones sin sujeción a plazo alguno o en virtud del acuerdo indefinido de sucesivas prórrogas.

¹¹³³ A medida que el tiempo transcurre, el gravamen de la medida se acentúa y, proporcionalmente, aumentan las posibilidades de afectar a la esfera de derechos de un mayor número de sujetos. Cfr. VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias...", op. cit., marg. 270.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Es por ello que un amplio sector doctrinal entiende preciso que la decisión judicial de intervenir las comunicaciones sea simultánea¹¹³⁴ a aquella otra de mantener secretas las diligencias instructorias¹¹³⁵. Sucede, sin embargo, que el mencionado secreto instructorio ha de sujetarse al plazo de un mes de duración¹¹³⁶ que hace obligado el que, tan pronto se supere, la medida sea puesta en conocimiento de los sujetos afectados.

Es claro, en consecuencia, que sólo con carácter excepcional y por exclusivas razones de eficacia, puede admitirse el retraso de la comunicación del acuerdo y aplicación de la medida de intervención de las comunicaciones al que resulta sujeto pasivo de la misma; en verdad, si una vez transcurre el plazo fijado en la resolución judicial que la decide, la operación es dada a conocer a los sujetos en ella involucrados, la medida se torna ineficaz e inidónea a la consecución del fin perseguido, y pierde todo sentido su mantenimiento.

Ante esta incoherencia, la duda que se plantea es entonces si el plazo por el que la medida puede inicialmente acordarse resulta ser, no ya el de tres meses al que la ley expresamente alude como máximo, sino el de un mes de duración, por ser éste el tiempo en que la medida puede, como conviene, desarrollarse en secreto¹¹³⁷; de este modo, y habida cuenta de que la limitación resultaría inoperante durante el plazo de

¹¹³⁴ MONTERO AROCA, J., "La intervención ...", op. cit., págs. 203 y 204.

¹¹³⁵ En este sentido, puede verse la STS de 30 de diciembre, de 1993; en contra, y sobre la base de razonamientos ciertamente inadmisibles, véase la STS de 26 de abril de 1995.

Considera, sin embargo, el mismo Tribunal no preceptiva la declaración de secreto sumarial en resoluciones recientes entre las que interesan, la STS de 19 y 28 de septiembre de 1998.

¹¹³⁶ Plazo éste que, según lo dispuesto por el 302.2º LECrim, debiera entenderse máximo, habiendo de alzarse el secreto con 10 días de antelación ala conclusión del sumario.

¹¹³⁷ Este parece ser el sentir de la doctrina mayoritaria, entre los que se sitúan GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., pág. 95; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal", op. cit., pág. 464; VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias...", op. cit., margs. 270 y 271; MONTERO AROCA, J., "La intervención...", op. cit., pág. 162.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

dos meses restante hasta agotar el límite de tres legalmente fijado¹¹³⁸, y siempre que a la vista de los resultados obtenidos resultara aconsejable¹¹³⁹, cabría extender por mayor tiempo su duración a partir del acuerdo simultáneo de una prórroga del secreto instructorio.

Una interpretación en el sentido de considerar el plazo de 3 meses como máximo en la generalidad de supuestos, en lo que supone de excepción a la regla de duración también máxima del secreto instructorio, ciertamente, resulta demasiado forzada.

4.2.6. LA NECESIDAD DE INFORMACIÓN AL SUJETO PASIVO Y PRÁCTICA DE LA MEDIDA CON TODAS SUS GARANTÍAS.

Aunque es ya cuestión diversa, por su relación con lo hasta el momento expuesto y lo dudoso del momento en que habrá de ser llevada a cabo, debe señalarse la necesidad de la puesta en conocimiento a las personas afectadas del acuerdo y extremos de la medida de injerencia en sus comunicaciones privadas, en lo que no puede sino entrañar una clara excepción al inmediato reconocimiento del derecho de defensa a todo individuo a quien se impute un delito, en cualquiera de sus formas.

A nadie escapará que el retraso de dicha información al momento en que tiene lugar el levantamiento de la medida -una vez se hubiere logrado el fin perseguido o se hubiere agotado su plazo máximo de duración- viene impuesto por razones de estricta lógica investigadora y al efecto de la mayor eficacia de la medida que se acuerda. Llegado ese instante, la misma habrá de darse a conocer al sujeto afectado,

¹¹³⁸ Según expresamente ha declarado la Sala 2ª del TS la propia naturaleza y finalidad de la medida, exige el desconocimiento de la misma por el afectado, so pena de resultar irrazonable o inútil. Vid. la STS 28 de septiembre de 1998.

¹¹³⁹ Ello, por cuanto sólo ese conocimiento, posibilita una ponderación de la actual necesidad y proporcionalidad de la medida, y en consecuencia, la conveniencia de su mantenimiento, STS de 18 de abril de 1997.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

según cierta jurisprudencia emanada del TEDH realmente discutible, siempre que ello no genere riesgos de comprometer el resultado de las investigaciones¹¹⁴⁰.

De este modo, la garantía de defensa que reconoce el art. 118 LECrim, queda asegurada *ex post facto*, a partir de la revelación al sujeto pasivo de la misma -y, en esta categoría ha de incluirse tanto al imputado cuanto a su interlocutor- de las condiciones en que la medida se practicó y de los resultados con ella obtenidos. Dicha información, abre al imputado la posibilidad de articular la actividad defensiva para, valiéndose de la asistencia de un letrado, contrarrestar en lo posible la eficacia, presente y futura, del material adquirido a partir de su ejecución.

Pero, cumplidos los cánones de proporcionalidad que hacen legítima la injerencia -de los que habrá de dar cumplida cuenta la motivación de la resolución en que la misma se ordena- se hace precisa la ejecución de la misma en el modo en que resulte el menor sacrificio al derecho al secreto de la comunicación afectado.

La medida habrá, pues, de ser practicada con las máximas garantías que aseguren, con el menor coste a la efectividad del derecho, la veracidad y eficacia de sus resultados; a estos efectos es, ya no conveniente sino necesaria, la observancia de las normas de procedimiento que debieran ser, como el resto de aspectos, legalmente arbitradas¹¹⁴¹.

Ciertamente, como bien entiende JIMÉNEZ CAMPO¹¹⁴², "en la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho al procedimiento es insepara-

¹¹⁴⁰ Una solución como la expresada -expresada, en particular, en las SsTEDH de 6 de septiembre de 1978 "Asunto KLASS" y de 2 de agosto de 1984 "Asunto MALONE" podría hallar justificación en causas criminales relativas a delitos de terrorismo o criminalidad organizada, y siempre que las circunstancias concurrentes lo exigieran, pero en absoluto en supuestos de delincuencia común o de menor entidad lesiva. Véase al respecto la opinión, que se comparte, del Juez PETTITI, expresada en su voto particular formulado al fallo contenido en la primera de las resoluciones citadas.

¹¹⁴¹ En opinión -que se comparte plenamente- de LÓPEZ-FRAGOSO, la observancia de las normas de procedimiento en la ejecución de toda medida de intervención, tiene importancia capital para el logro de un proceso con todas sus garantías. "Nulidad de las fuentes ...", op. cit., pág. 33.

¹¹⁴² "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 27.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ble del contenido mismo del derecho subjetivo", y es por ello que la norma ha de prever con detalle el modo de realización de las operaciones en que la intromisión consista, en el intento de evitar en lo posible extralimitaciones de poder o abusos derivados de los más mínimos rasgos de indeterminación a la que, por otra parte, el legislador español nos tiene acostumbrados.

Como al inicio se señalaba, la crítica en este punto a la regulación contenida en la LECrim ha de ser mayor, si cabe, que cualquiera de las hasta ahora formuladas. Según se tuvo ocasión de señalar, el legislador ha previsto -aunque de forma un tanto confusa e incompleta- el procedimiento a seguir en la intervención de las comunicaciones postales y telegráficas y sin embargo, a pesar de su expreso reconocimiento, prescinde absolutamente de la fijación de reglas, siquiera mínimas, conforme a las cuales practicar la medida de intervención u observación de las comunicaciones telefónicas¹¹⁴³.

Un recorrido a lo largo de la amplísima doctrina jurisprudencial sentada principalmente por la Sala 2º del TS¹¹⁴⁴, permitiría un conocimiento de todos estos aspectos en los que, por lo limitado del objeto de este estudio, no parece oportuno detenerse.

El principal objetivo de estas reflexiones, no es sino poner en evidencia la importancia de contar con una expresa regulación en la LECrim de los distintos extremos relacionados con la aplicación de las medidas de intervención de las

¹¹⁴³ El TEDH, en su condena al Estado español por sentencia de 30 de julio de 1998, "caso VALENZUELA CONTRERAS", precisaba que la regulación española no indica con suficiente precisión y certeza el grado de discreción de las autoridades en la esfera de las medidas de intervención de las comunicaciones telefónicas, y la manera en que debe ser ejercido".

¹¹⁴⁴ Ello, es claro, sin perder de vista las valiosísimas soluciones doctrinales a múltiples cuestiones que se plantean por razón de la muy deficiente regulación de la materia contenida en la LECrim. Para un conocimiento en profundidad del procedimiento de ejecución y, concretamente, de la intervención de las comunicaciones telefónicas, resultan del máximo intereses las obras de LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones ...", op. cit., págs. 81 a 84, así como la más reciente de MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., págs. 215 y ss., en sus observaciones a la jurisprudencia emanada del alto TS.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

comunicaciones legalmente previstas; medidas de enorme potencialidad lesiva, que se ve incrementada por el hecho de resultar "imprevisibles y oscuras"¹¹⁴⁵ al sujeto que las padece.

A mayor abundamiento, los límites de lesividad parecen desbordarse cuando las mismas son practicadas de modo arbitrario y en fraude de las garantías que a todo imputado han de asegurarse desde el momento en que en su contra se desarrolla una investigación por delito; la medida, en ese caso, resultaría ilícita y de imposible realización el fin probatorio último con ella perseguido.

Si, como a lo largo de estas páginas se ha tenido ocasión de demostrar, en absoluto resulta intrascendente la inobservancia del principio de legalidad por razón de la inexistencia de un concreto catálogo de delitos que, para su legítima averiguación, admitan estas injerencias, o la indeterminación real -que no formal- del tiempo por el cual puede también legítimamente mantenerse, no de menor relevancia parece el fraude a la mencionada garantía de legalidad a partir del vacío normativo existente al respecto de la cuestión procedimental, que con la misma, o mayor urgencia, precisa la atención del legislador¹¹⁴⁶.

Esta reflexión puede servir de enlace con la referencia, nuevamente somera, a un segundo cuerpo de requisitos determinantes de la licitud de las medidas de intervención de las comunicaciones personales y de la posibilidad de que sus frutos alcancen en juicio el valor que les permite fundamentar una ulterior sentencia, sea absolutoria, sea de condena.

¹¹⁴⁵ La medida de intervención, en el decir de JIMÉNEZ CAMPO, "de por sí subrepticia, se hace imprevisible y oscura para quienes pueden sufrirla sin saber cómo, porqué y hasta cuándo, "La garantía constitucional...", op. cit., pág. 30.

¹¹⁴⁶ No falta razón a QUERALT cuando afirma que la injerencia en el derecho fundamental que se trata es, sin duda ninguna, mayor ante una escucha telefónica que ante una detención de correspondencia; razón por la que, según entiende, las garantías, facultades y responsabilidades que deben rodearla habrán de ser más intensas y la regulación de las mismas, en consecuencia, más exigente. Vid. QUERALT, J., "Intervención de las telecomunicaciones en sede ...", op. cit., pág. 109.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

4.2.7. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL JUDICIAL EN EL DESARROLLO DE LA MEDIDA.

Frente al cuerpo de presupuestos de carácter constitucional determinantes de la legítima intervención de las comunicaciones, debe considerarse un segundo grupo de exigencias que, contenidas en la norma procesal, se refieren a las condiciones que han de rodear la ejecución y control de la medida¹¹⁴⁷, al efecto de su incorporación al juicio oral a través del oportuno medio de prueba.

En efecto, como ya advirtiera el ATS de 18 de junio de 1992 tantas veces mentado, "aun cuando la medida sea acordada legítimamente, puede en su desenvolvimiento adolecer de graves defectos que la hacen ilícita" y, en consecuencia, imposibilitan su ingreso en el proceso; téngase presente que, la intervención en el desarrollo de la comunicación, es un acto realizado al margen de él y que sólo en el proceso encuentra su espacio y eficacia, siempre que sea traído al mismo en los modos en que la ley establezca¹¹⁴⁸.

Ahora bien, según el mismo Tribunal¹¹⁴⁹ ha tenido ocasión de precisar, "no es válido confundir el distinto alcance que arrastra una vulneración de derechos constitucionales (...) con la infracción, en el plano de la legalidad ordinaria, de concretas normas de tal rango que, al repercutir sobre su regularidad procesal determinan la ineficacia como medio probatorio de cargo de la diligencia sobre la que inciden, sin perjuicio de que puedan cumplir una finalidad como fuente de investigación, ya que al no afectarse la legalidad constitucional no se produce su nulidad, ni los efectos que

¹¹⁴⁷ Se impone, según se deduce de lo expresado por el mismo TEDH -en su sentencia de 6 de septiembre de 1978, "Asunto KLASS"- el control de la medida a un triple nivel: cuando la medida se ordena, cuando es desarrollada y más tarde, cuando la misma cesa.

¹¹⁴⁸ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale...", op. cit., pág. 139.

¹¹⁴⁹ Vid. STS de 31 de octubre de 1998, FJ 4º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ello acarrea, acordes con lo dispuesto en el art. 11 LOPJ", en el concreto caso que se examina¹¹⁵⁰.

Así pues, la plasmación de los resultados en el juicio oral y su ulterior valoración como auténticas pruebas a los efectos de fundamentar una futura sentencia, hace precisa la previa observancia de una serie de condiciones mínimas que, según parece desprenderse de la más reciente doctrina jurisprudencial¹¹⁵¹, integran una doble categoría.

Según viene afirmando el máximo intérprete constitucional, ha de distinguirse entre defectos que conllevan la inconstitucionalidad y defectos puramente procedimentales, que pueden afectar a la eficacia probatoria, entre otras, de la escucha telefónica; de este modo, el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad, pero no existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia de control judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado (...), pues, en tales casos, la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones llevada a cabo por los funcionarios policiales en los que se delegó su práctica, se ha mantenido dentro de los límites de la autorización¹¹⁵².

De lo anterior se deduce que, superadas las exigencias constitucionales que impone la legitimidad de su acuerdo, la medida de intervención puede padecer defectos que se originan, bien en el momento de ejecución de la medida misma, bien

¹¹⁵⁰ En este punto, sin embargo, no ha de perderse de vista lo dispuesto por el art. 238. 3º LOPJ, según el cual "los actos judiciales serán nulos de pleno derecho (...) cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión".

¹¹⁵¹ En particular, la STC 121/1998, de 15 de junio, relativa al acuerdo y aplicación de ciertas intervenciones telefónicas.

¹¹⁵² Vid. STC 121/1998, y en la misma línea la STC 151/1998, especialmente.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

en la operación de incorporación al juicio de sus resultados, siendo diversas las consecuencias que se derivan en uno u otro caso¹¹⁵³; así, mientras los primeros pueden suponer la vulneración de un presupuesto constitucional -por inobservancia de los límites temporales fijados por la resolución o la ejecución de la medida en supuestos y condiciones distintas a las que la misma atiende- o constituir una infracción meramente procesal -a partir de la ignorancia de alguna de las exigencias procedimentales en las operaciones de adquisición de la información buscada- la irregularidad que afecte a la incorporación a juicio del resultado de la ejecución, no entraña en cambio la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas¹¹⁵⁴.

Estos últimos, en definitiva, entrañan la irregularidad de la entrada de las fuentes de prueba obtenidas en el proceso, que impide su valoración como prueba susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia. En cualquier caso, de este amplio catálogo de requisitos de legalidad, en especial, merece atención el relativo a la intervención de la autoridad jurisdiccional, no ya sólo en el acuerdo, sino en la posterior ejecución de la medida¹¹⁵⁵.

Cierto es que la exigencia de jurisdiccionalidad no puede ver limitados sus efectos al solo acuerdo de una medida de intervención de las comunicaciones, sino que ha de extenderse al conjunto de operaciones a partir de las cuales la misma se realiza¹¹⁵⁶; la intervención del órgano jurisdiccional¹¹⁵⁷ continúa siendo precisa en el

¹¹⁵³ Vid. STS de 6 de abril de 1998, en la línea de lo expresado en la STS de 28 de marzo de 1996.

¹¹⁵⁴ MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., págs. 220 y 221.

¹¹⁵⁵ Con ciertas oscilaciones, la jurisprudencia emanada del TS parece entender el control judicial del proceso de ejecución de la medida de injerencia, como un requisito de legalidad ordinaria. Véase, entre otras, la STS de 6 de abril de 1998.

¹¹⁵⁶ En cuanto al control de la forma en que la medida se ha de llevar a cabo, como tarea que corresponde al órgano jurisdiccional que la ordena, véase la STS de 25 de junio de 1993, y asimismo, las SsTC 49 y 171/1999, 121/1998, y 49/1996, entre otras.

¹¹⁵⁷ No ha de olvidarse, en cualquier caso, el importante papel que a estos efectos corresponde realizar al Ministerio Fiscal en su función de supervisión del desarrollo de las diligencias de investigación e instructoria. Según la misma FGE reconoce en su Circular 1/1999 de 29 de noviembre, "el hecho de que toda intervención de las comunicaciones afecte a uno de los derechos de la persona consagrado

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

tiempo en que la misma se ejecuta y para su efectivo control¹¹⁵⁸, que parece proyectarse en una triple dirección.

En un primer momento, constatada la concurrencia de los presupuestos legitimadores de su acuerdo y emitida la oportuna resolución motivada, el órgano jurisdiccional habrá de velar por el respeto de lo que en ella se establece; se impone, pues, la estricta observancia de cada uno de los extremos que indican los márgenes a los que ha de ajustarse la intervención, en un intento de evitar toda extralimitación de los órganos policiales en el desarrollo de sus funciones.

Asimismo, como bien advierte QUERALT, al Juez ha de exigirse "la más absoluta escrupulosidad en la recepción del material", ya sea la correspondencia postal o telegráfica aprehendida, ya la grabación de conversaciones telefónicas, de suerte que pueda quedar absolutamente garantizada su integridad y autenticidad¹¹⁵⁹.

En este sentido, ha de entenderse precisa, no sólo la adopción de aquellas medidas que aseguren una total fidelidad en la transposición a documento escrito de los resultados obtenidos de la interceptación -operación en la habrá de intervenir el Secretario Judicial-, sino el previo examen y la discriminación por la autoridad judicial personalmente, de todo material llegado a sus manos; sólo a éste órgano

constitucionalmente, obliga a extremar las precauciones a la hora de realizar la interceptación" y, en este punto, el Ministerio Fiscal tiene una importante función que cumplir, ya que su papel de garante de la legalidad, constitucionalmente establecido, le obliga a vigilar que las medidas de investigación se adopten con todas las garantías exigidas por la ley, de acuerdo con la amplia jurisprudencia que ha interpretado y desarrollado las disposiciones legales. "Rev. Actualidad Penal", 2000, núm. 12, pág. 548 y, por lo que en particular respecta a la concreta actuación del Ministerio Fiscal, págs. 552 a 555.

¹¹⁵⁸ Como expresamente se declara en la STS (Sala 2ª) de 25 de junio de 1993, el control de la forma en que la medida de intervención ha de ser llevada cabo, es labor que corresponde al mismo órgano judicial que la hubiere ordenado.

Ello no obstante, lo cierto es que el CEDH no exige que el control sea desarrollado por un órgano judicial, pero sí que el mismo sea real y efectivo, y siempre por personas independientes de las autoridades que desarrollan la vigilancia, que estén investidas de poderes y atribuciones suficientes para mantener un control eficaz y permanente. Vid. STEDH de 6 de septiembre de 1978, (Asunto KLASS).

¹¹⁵⁹ "Intervención de las telecomunicaciones...", op. cit., pág. 113.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

corresponde la selección de aquellos datos o elementos que, efectivamente, resultan de interés para la causa, y sirven a los fines investigadores y el perfecto desarrollo de la instrucción¹¹⁶⁰.

Es claro, pues, que la máxima que nuevamente ha de presidir las actuaciones no es otra que la evitación de toda injerencia y, por supuesto, lesión de los derechos del investigado más allá de lo imprescindible, y que conduzca a la obtención de informaciones ajenas a los hechos objeto de investigación y motivadores del acuerdo de intervención.

Esto último -y, una vez conocidos los requisitos que se exigen con carácter general para la legítima intervención de las comunicaciones personales- puede servir de puente que conduzca al análisis de una cuestión, de trascendencia a esta investigación, relacionada con el carácter no absoluto de los propios límites susceptibles de afectar al derecho fundamental del individuo a comunicar con libertad y secreto.

Desde un primer momento, se ha de tener presente que si en la adquisición de los elementos o fuentes de prueba son ignorados los presupuestos y garantías constitucionales que se exigen en orden a la legitimidad de la medida, el efecto que se genera no puede ser otro que la ineficacia procesal de sus resultados¹¹⁶¹, esto es, la imposible valoración como auténtica prueba de la fuente obtenida una vez incorporada a juicio a través del medio probatorio que corresponda; precisar, en cambio, las consecuencias que se derivan de una infracción de las normas procesales que regulan

¹¹⁶⁰ En opinión de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, que creemos acertada, la interceptación de comunicaciones concretamente telefónicas, incluso cuando esté justificada y debidamente fiscalizada, hace precisa la adopción de una serie de contramedidas por parte de la persona sometida a escucha, en particular, el derecho a personarse, cuando el proceso se resuelva en sobreseimiento o absolución, y el reconocimiento a la misma del derecho a la destrucción de datos o devolución de las cintas grabadas. Vid. "El Convenio, Tribunal europeo y derecho a un juicio justo", op. cit., pág. 86.

¹¹⁶¹ ASECIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 82; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones ...", op. cit., pág. 94.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

la práctica y admisión del medio de prueba, es cuestión complicada de no tan fácil solución.

La duda que se plantea posee, en realidad, un mayor alcance; se trata de averiguar si, sólo la vulneración de un derecho fundamental se traduce en la ausencia de virtualidad probatoria apuntada o ese mismo efecto puede generarse por consecuencia de la vulneración de una norma procesal, por entrañar lesión en un caso y otro del derecho a un proceso con todas las garantías.

A nuestro juicio, coincidente con el de un amplio sector de la doctrina científica, tan desacertado es afirmar lo primero como esto último en términos absolutos, y la respuesta no puede sino estar en función de la trascendencia de la norma jurídica infringida, una vez ponderados los intereses en conflictos conforme a las pautas que suministra el principio de proporcionalidad¹¹⁶². En atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto habrá de determinarse, pues, si la ignorancia de la norma procesal, en la medida en que genera indefensión para la parte, entraña la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y, en consecuencia, la imposibilidad de valoración.

A nivel doctrinal y parece que mayoritariamente se propone, pues, reconducir al plano de la sanción de nulidad previsto por el art. 238.3º LOPJ, y no a la que se deriva de lo expresado por el art. 11.1 de ese mismo Texto, la materia relativa a elementos probatorios en cuya obtención no llega a vulnerarse una garantía constitucional -o, siendo más estrictos, un derecho fundamental- sino un precepto de carácter procesal, y siempre que esto último conlleve la ignorancia de los principios de audiencia, contradicción y defensa¹¹⁶³.

¹¹⁶² LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas..." op. cit., pág. 109.

¹¹⁶³ De esta opinión, entre otros, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Las reglas del juego ...", op. cit., pág. 124; GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, N., "Proporcionalidad y derechos Fundamentales", op. cit., págs. 339 y 340; LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...",

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

5. LÍMITES AL LEGÍTIMO ACUERDO DE INJERENCIAS EN EL DESARROLLO DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES.

Una vez se han conocido los presupuestos y requisitos legitimadores de las distintas medidas previstas por el legislador procesal, parece conveniente la aproximación a ciertas circunstancias que, contrariamente, operan como freno a la legitimidad de dicha intromisión en el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones privadas.

En verdad, aun cuando el catálogo podría ser muy amplio, a los efectos de esta investigación interesa el análisis de un concreto límite al posible acuerdo de injerencias legítimas en el desarrollo de las comunicaciones personales del imputado o de personas con las que se halla en relación, cual es aquél que se deriva de la participación en el proceso comunicativo del profesional de la Abogacía.

A primera vista, puede éste entenderse como límite de carácter objetivo a la actividad de búsqueda y adquisición de fuentes de prueba, al tiempo que, desde una perspectiva distinta, parece posible su consideración como límite *rationae personae* a la posible intromisión en la esfera de las comunicaciones privadas.

La especial condición de los sujetos intervinientes en el desarrollo de la comunicación -por lo que aquí interesa, el Abogado, sea o no en condición de defensor- en cualquier caso, hace obligada la configuración de excepciones al régimen general de posibles medidas de injerencia en el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones que arbitra nuestra LECrim.

Partiendo de estas premisas, y siendo muy conscientes de las licencias que nos concedemos al hacerlo, se propone el tratamiento de la cuestión desde distintos

op. cit., págs. 96 y 97; PAZ RUBIO, JM^a. (et. alt.), *La prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 229; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba ...*", op. cit., pág. 304. Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ...", op. cit., págs. 80 y 84.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

puntos de mira, en un intento de abarcar los distintos supuestos en los que la intervención del Letrado como emisor o destinatario de la comunicación impide la aplicación de medidas que entrañen el levantamiento del secreto por el que han de hallarse cubiertas.

5.1. SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DEL ABOGADO, COMO LÍMITE OBJETIVO A LA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN Y ADQUISICIÓN DE FUENTES DE PRUEBA.

Con acierto se ha señalado que reconocer en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones un contenido de carácter formal¹¹⁶⁴ no implica que haya de excluirse toda atención al contenido de la comunicación misma; antes al contrario, puede el mismo coexistir con un deber de reserva del contenido material, por razón de lo que efectivamente se comunica.

En ocasiones, en efecto, en el proceso de comunicación que precisa de tutela interviene un nuevo elemento, cual es la necesidad de respetar lo que la doctrina entiende como secretos "inviolables funcionalmente"¹¹⁶⁵, entre los que se incluye el secreto profesional del Abogado, en lo relativo a la actividad de defensa que ejercita; secreto que, como en breve se conocerá, viene indirectamente tutelado a partir de una limitación objetiva a la adquisición de elementos de prueba que afecta a los Abogados, en general, y al defensor del imputado, en particular.

Es cierto que la intervención en el desarrollo de las comunicaciones del imputado ha de dirigirse y puede ser útil a la obtención de datos útiles a la investigación;

¹¹⁶⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "El régimen jurídico de las intervenciones ...", op. cit., pág. 141.

¹¹⁶⁵ DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M^aI., "Escuchas telefónicas...", op. cit., pág. 1711; FERNÁNDEZ ESPINAR, G., "El levantamiento del secreto ...", op. cit., pág. 39; VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias ...", op. cit., marg. 258.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

pero no lo es menos que determinados conocimientos no pueden servir a la configuración de futuras pruebas sobre las que fundamentar la sentencia, siquiera a partir de una declaración testifical, como sucede con la información que obtiene el Letrado en el ejercicio de su función de defensa jurídica.

A estos efectos, es la propia norma procesal¹¹⁶⁶ la que exime al Abogado de la obligación de prestar testimonio acerca de lo conocido en el ejercicio de su profesión. La exención es consecuencia de las especiales circunstancias en que dicha información llega a conocimiento de su destinatario¹¹⁶⁷, y encuentra pronta justificación en la enorme relevancia de las funciones que al mismo se encomiendan.

En este sentido, acierta CAFFERATA NORES al afirmar que la exención que reconoce el art. 416.2º LECrim viene configurada no sólo como "medida indispensable para la eficaz defensa de la persona, sino también en atención a que estos profesionales son regularmente depositarios de confidencias íntimas propias de su función"¹¹⁶⁸.

El deber -que es al propio tiempo derecho- a no revelar aquello que les viene confiado o conocen en virtud del ejercicio de la profesión, implica la imposibilidad de acordar, siquiera por la autoridad judicial¹¹⁶⁹, el levantamiento del secreto a partir de medidas de control sobre el contenido de las comunicaciones mantenidas por razón de la defensa.

¹¹⁶⁶ Art. 416.2º LECrim.

¹¹⁶⁷ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 84.

¹¹⁶⁸ CAFFERATA NORES, JI., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, 1988, pág. 103; BERNAL VALLS, J., *Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal: sumarias consideraciones sobre su problemática actual*, "Rev. Poder Judicial", 1987, núm. 5, págs. 34 y 35.

¹¹⁶⁹ ASECIO MELLADO, JMª., "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 104; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, MªI., "Escuchas telefónicas...", op. cit., pág., 1711; ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., págs. 87 y 88; JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional ...", op. cit., 18; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 52, y del mismo autor, "El régimen jurídico ...", op. cit., págs. 141 y 142.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La potestad de disponer medidas de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones personales del imputado o de terceros relacionados con aquél o con la comisión del delito, que en supuestos distintos corresponde al órgano jurisdiccional, encuentra su freno en la presencia de un secreto de distinto tipo y que las normas sustantivas protegen¹¹⁷⁰, para satisfacción del que se muestra como superior interés de la defensa y su perfecto desarrollo en un proceso con todas las garantías¹¹⁷¹.

A la vista de lo anterior puede colegirse como primera conclusión la imposable afectación de medidas de intromisión en el desarrollo de las comunicaciones habidas por el profesional de la Abogacía en el desarrollo de sus funciones de defensa jurídica y, en consecuencia, la imposibilidad de acordar la intervención de las líneas telefónicas de su despacho profesional, e incluso de su domicilio, o la aprehensión de la correspondencia que, en ejercicio de su actividad profesional, el mismo envíe o le sea dirigida.

A nadie se le escapa que, la inviolabilidad que se defiende de las comunicaciones del Abogado habidas en el desempeño de su actividad profesional, implica sustraer de las potestades de investigación del mismo Juez penal la adopción de toda

¹¹⁷⁰ Véase el art. 24.2º de la CE y los arts. 437.2º LOPI, 263 y 416. 2º LECrim, así como los arts. 8, 41, 42 y 45 EGA. La norma penal sustantiva, por su parte, dedica el Capítulo I del Título X de su Libro II, a los delitos relativos al "Descubrimiento y revelación de secretos"; concretamente, el art. 199 CP castiga con pena de prisión de uno a tres años y multa al "que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales" (...) y al "profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona", con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

¹¹⁷¹ En estos casos se opone un interés "no menos elevado que el de la Justicia misma", según entiende CAFFERATA NORES, a que el depositario por su profesión de un secreto, lo revele ante la autoridad judicial cuando es citado como testigo. CAFFERATA NORES, JI., "La prueba en el proceso penal", op. cit., pág. 102; BERNAL VALLS, J., "Deber de declarar y derecho al silencio ...", op. cit., pág. 14.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

medida que suponga su levantamiento, y que la doctrina¹¹⁷² entiende como una derogación de los intereses de la prueba y el deber de averiguación de los delitos.

En particular, considera ILLUMINATI que la imposibilidad para el mismo órgano jurisdiccional de acceder al contenido de la comunicación y, de este modo, levantar el secreto que ha de presidir la relación Abogado-cliente, y la renuncia que ello entraña a este concreto medio de investigación y descubrimiento de los hechos penalmente relevantes, es el coste que corresponde en el Estado de Derecho, a la previsión de medidas de injerencia como las aquí aludidas¹¹⁷³.

En verdad, no parece hallarse dificultad en reconocer en el secreto profesional del Abogado un límite objetivo a la aplicabilidad de medidas de injerencia en sus comunicaciones habidas en el ejercicio de la actividad de defensa jurídica; sin embargo, más complicada parece la operatividad de esta misma garantía en supuestos en los que el Letrado transmite, entendamos que de modo inconsciente, ciertos datos referidos a su actividad profesional, a través de medios de comunicación cuya titularidad corresponde a un sujeto distinto que se halle legítimamente sometido a control.

A nuestro juicio, de tener lugar la captación de esas conversaciones - difícilmente evitable, por razones obvias- la información que de la misma resulte, al igual que habría de suceder con la obtenida a partir de una medida directamente decidida sobre su persona¹¹⁷⁴, carecerá de utilidad a los fines probatorios; es más, el

¹¹⁷² GOSSO, P., "Intercettazioni...", op. cit., págs. 893; ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale...", op. cit., pág. 84. En la misma línea de opinión se sitúa, entre otros, BERNAL VALLS a quien resulta impensable compatibilizar, en nuestro sistema procesal, las funciones de testigo y de representante y defensor de la parte. Vid. "Deber de declarar y derecho al silencio ...", op. cit., págs. 34 y 36.

¹¹⁷³ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 84.

¹¹⁷⁴ En opinión de CAFFERATA NORES si "no obstante la prohibición", llegara el Abogado a prestar declaración revelando así el contenido de la comunicación, la misma "estará viciada de nulidad". Vid. "La prueba ...", op. cit., pág. 104.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

material resultante de esta interceptación casual de comunicaciones no habrá de existir para el proceso, sino ser separado de las actuaciones y desaparecer físicamente¹¹⁷⁵.

Sea como fuere, lo cierto es que el legislador procesal español no declara abiertamente la existencia de límite objetivo alguno a la obtención de elementos de relevancia a la averiguación del delito o a la adquisición de futuras pruebas; silencio que, sin embargo, no consigue ocultar la presencia en nuestras normas de una auténtica prohibición de utilizar dicha fuente de prueba por razón de su objeto¹¹⁷⁶.

Si, como al parecer corresponde, se presume que el secreto profesional tutela las comunicaciones -vía telefónica, vía correspondencia postal o telegráfica, o a través de cualquier otro medio de los que se conocen o emplean- de las que se sirva el Letrado en el desempeño de sus cometidos, no parece admisible el acuerdo sobre las mismas de las medidas que, a los fines de averiguación del delito, arbitra el art. 579 LECrim; si, a pesar de lo anterior, se llegara a su aplicación, la información resultante de esta medida ilegítima no podría ser empleada a los fines del proceso.

Falta, pues, y se echa de menos un precepto que, como el art. 103 CPPit o el art. 100-7 CPPfr -este último especialmente referido a las interceptaciones telefónicas-, haga explícita la que ha de entenderse como excepción al régimen general de posibles injerencias en el desarrollo de las comunicaciones personales al servicio de los fines de investigación e instructorios, y que afecta a las celebradas por el Abogado en el ejercicio de sus funciones de defensa jurídica.

La inobservancia de dicha previsión a partir de la adopción de medidas de control o intervención de las comunicaciones en las que aquél participe -y, de este

¹¹⁷⁵ ASECIO MELLADO, JM^a, "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 18; ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 74; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 52; LOZZI, G., "Lezioni di Procedura Penale", op. cit., 259.

¹¹⁷⁶ Esto mismo han criticado en sus respectivos ordenamientos jurídicos, BEULKE, W., "Überwachung des Fernsprechanchlüssen ...", op. cit., pág. 643 e ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale...", op. cit., pág. 84.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

modo, la imposibilidad de que su contenido permanezca preservado del conocimiento ajeno- no puede sino generar lo que a nivel doctrinal se entiende como prueba ilícita¹¹⁷⁷ o de valoración prohibida¹¹⁷⁸.

En particular, la doctrina germana¹¹⁷⁹ considera las injerencias de la autoridad estatal en el desarrollo de comunicaciones sostenidas por el Letrado y cubiertas por el secreto profesional incluidas en uno de los capítulos de aquello que conoce como "prohibiciones probatorias", que operan como límite a la actividad de investigación y obtención de fuentes de prueba y de las que se deriva como sanción la imposibilidad de configurar, a partir de sus resultados, auténticas pruebas sobre las que fundamentar la sentencia.

5.1.1. ILEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE INJERENCIA DIRECTAMENTE DECIDIDAS SOBRE LAS COMUNICACIONES DEL ABOGADO DEFENSOR.

Si, como se adelantaba, la necesidad de salvaguardar el secreto profesional impide la obtención de informaciones a partir de la injerencia en las comunicaciones habidas por el letrado en el ejercicio de su actividad profesional, con mayor razón se

¹¹⁷⁷ CORDERO, F., "El procedimiento probatorio", op. cit., págs. 76 y 94, y asimismo en *Prove illecite*, in "Tre studi sul processo penale", págs. 162 y 164.

¹¹⁷⁸ Véase, por todos, ASECIO MELLADO, JM^a "Prueba prohibida...", op. cit., pág. 84. El autor acompaña una relación de distintas clasificaciones doctrinales de los conceptos incluidos en el ámbito de la prueba prohibida, que demuestran la común consideración del supuesto que se trata como método prohibido de práctica de prueba. Interesan, entre otras, las formuladas en la doctrina alemana por ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 141 y ss; PETERS, K., "Strafprozessrecht", op. cit., pág. 296.

Asimismo, tras afirmar sin reservas que la llamada "prueba prohibida" se genera en el proceso de su obtención y no en el momento de la práctica del concreto medio probatorio, y formando parte de esa labor de búsqueda de fuentes de pruebas, apunta ASECIO como tal el supuesto de investigaciones relativas a hechos cubiertos por el secreto profesional. "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 130 y 131. También GIMENO SENDRA incluye en el capítulo de pruebas prohibidas las que se obtengan a través de medios que la Constitución no autoriza, como es el caso de las que se adquieren con violación del secreto profesional. Véase, con ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., "Derecho Procesal Penal", Tomo II, Valencia, ed. 1988, págs. 82 y ss.

¹¹⁷⁹ En este sentido, BEULKE, W., "Überwachung des Fernsprechanchlusses ...", op. cit., pág. 644.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

sostiene que la imposibilidad de acordar la intervención de las comunicaciones que, en su condición de defensor, el Abogado celebre con su defendido.

En verdad, la duda que está en la base de esta reflexión no es tanto la relativa al valor que habría de otorgarse a una fuente de prueba obtenida como incidencia de la legítima aplicación de la medida sobre las comunicaciones del sujeto pasivo del proceso, cuanto la que se plantea en torno a la legitimidad de la intervención de estas comunicaciones de especial naturaleza, a los fines de la obtención de datos útiles a la investigación e incriminatorios en contra de su defendido.

Aunque puede imaginarse la respuesta, el interés por despejar ésta y otras cuestiones conexas crece en cuanto se refiere a posibles injerencias en las comunicaciones telefónicas, habida cuenta de la voluntad que parece apreciarse en el legislador procesal, de ampliar su ámbito de aplicación subjetivo a terceras personas; terceros que, *a priori*, no se presumen partícipes en la comisión del delito y, en ese sentido, son ajenos al proceso¹¹⁸⁰.

Ello descubre una nueva perspectiva desde la que examinar la cuestión que nos ocupa, cual es, la consideración como límite de carácter subjetivo del acuerdo de una medida de intervención de las comunicaciones del imputado con su Abogado defensor.

Si se atiende a lo expresado por el mismo art. 579 LECrim, salta a la vista la posibilidad de intervenir "las comunicaciones del procesado" -con aparente vocación de generalidad- así como de "aquellas de las que éste se sirva (...) para la realización de sus fines delictivos"; previsión, que ha llevado a un sector mayoritario en la

¹¹⁸⁰ En el derecho austriaco, la vigilancia sobre la correspondencia postal o telegráfica, según indica PLATZGUMMES, parece concebida para ser aplicada sobre el sujeto pasivo del proceso, de suerte que el control que se decida afecte sólo al correo que sea enviado por el imputado o remitido al mismo, y no al de otras personas. (Vid. *Grundzüge des österreichischen des Strafverfahrens*, Springer-Wien-New York, 1997, pág. 112).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

doctrina a entender legítimo el acuerdo de dichas medidas sobre sujetos, no relacionados con el hecho delictivo o su autoría, pero sí de algún modo con el principal sujeto pasivo de la medida de injerencia.

Esto último, sin embargo, en absoluto puede sostenerse si la medida afecta, no ya como incidencia en el curso de una intervención legítimamente acordada, sino como objeto directo de control o intervención, a las comunicaciones que mantiene el imputado con su Abogado defensor, por presumir que dicho contacto sirve al primero para la realización de sus fines delictivos. La dificultad con que puede afirmarse el ajuste constitucional de medidas restrictivas al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de personas, en principio, ajenas a la investigación que se halla en curso, se torna ahora en imposibilidad casi absoluta cuando afecta a un sujeto, como el defensor, al que la norma ha decidido eximir del deber de declarar, y mucho menos, de hacerlo en contra de los intereses de su patrocinado.

En la línea de lo manifestado en páginas precedentes, ha de entenderse como potestad extraordinaria la posibilidad de intervenir las comunicaciones de terceros a los que no afecta la sospecha delictiva pero sí una cierta relación constatable con el inculcado, y excluirse terminantemente si, como en el supuesto que aquí se analiza, es el vínculo basado en la confianza que liga al Abogado y su cliente. A nuestro juicio, es inadmisibles la intervención de las comunicaciones que celebre el defensor con el imputado u otras personas en busca de datos incriminatorios en contra de su defendido.

Este último, muy probable conocedor de la verdad de lo sucedido, puede suministrar en sus comunicaciones -pensemos que de forma inconsciente- datos utilísimos al éxito de la investigación; sin embargo, no ha de perderse de vista que el mismo viene no ya exento sino impedido de prestar declaración¹¹⁸¹ acerca de cuanto le

¹¹⁸¹ Vid. Art. 416 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

hubiere sido confiado en su condición de defensor, o de aquello de lo que hubiere tenido conocimiento en el ejercicio de su profesión y, en cualquier caso, ha de intervenir en el proceso en defensa de los derechos e intereses de su patrocinado.

En consecuencia, parece incuestionable que la obtención de su testimonio a partir de escuchas secretas o una interceptación desconocida de las comunicaciones escritas -único modo de que resulten eficaces medidas adoptadas con fines investigadores- que sostenga ya con la persona a la que defiende, ya con personas distintas, resulta una operación fraudulenta a la altísima garantía de defensa.

Como con anterioridad se hacía notar, esta conclusión no se obtiene de un expreso pronunciamiento del legislador procesal que, sorprendentemente, guarda silencio acerca de inexcusables excepciones al régimen general de posibles limitaciones al derecho a comunicar libremente a los fines de la averiguación del delito; sin embargo, de *lege ferenda* se impone la inadmisibilidad del acuerdo de injerencias estatales en el desarrollo de estos contactos de especial naturaleza sobre la base de la existencia de un límite implícito deducible, directamente, de la inviolabilidad del derecho de defensa.

En nuestra opinión, debiera contenerse en la LECrim una exclusión terminante: la prohibición, dirigida al mismo órgano jurisdiccional, de acordar medidas que supongan el levantamiento de la inviolabilidad de las comunicaciones celebradas por el defensor con la persona que le encomienda su defensa, por cuanto, el derecho al mantenimiento de contactos de forma reservada entre ambos es, precisamente, una de las manifestaciones del elemental derecho de defensa.

A la vista de lo anterior, la cuestión que se plantea y conviene despejar por su interés, no es otra que averiguar si la expresada exención de la obligación de declarar que viene reconocida a los Abogados, en general, y al defensor del imputado en

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

particular, alcanza o no a fundamentar la ilegitimidad de la intervención de las comunicaciones del Letrado en todo caso y condición.

5.1.2. EXCEPCIÓN A LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES DE LOS ABOGADOS, EN GENERAL, Y DEL DEFENSOR DEL IMPUTADO, EN PARTICULAR.

La duda que se plantea es nuevamente consecuencia de la deficiente regulación relativa a las medidas de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones privadas que se contiene en la LECrim y, en particular, de la ausencia de una concreta regla de exclusión de determinadas actividades de búsqueda de elementos probatorios que, por lo que aquí interesa, afecta a las comunicaciones en las que participa el Abogado defensor.

Afirmar la ilegitimidad de toda medida de control de las comunicaciones, orales o escritas, del Abogado habidas en el ejercicio de su actividad profesional, a nuestro juicio, obliga a partir de una premisa básica; premisa, que no es otra que considerar la actuación del Letrado incluida en el "lícito ejercicio de la profesión" que despeje toda duda acerca de su participación en la comisión del hecho delictivo sometido a investigación.

La concurrencia en el profesional de la Abogacía de la cualidad de imputado de un determinado delito o su contribución -en la forma que se señalaba- a la realización de esos fines delictivos, muy al contrario, hace que la especial tutela que hubiera de otorgarse a sus comunicaciones, para el más libre y eficaz desarrollo de la altísima misión de defensa jurídica, se desvanezca; sólo en ese supuesto parece, pues, legitimarse el levantamiento del secreto que ha de presidir el desarrollo de sus comunicaciones con el imputado u otras personas en el ejercicio de su actividad.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En ese caso, privilegiar con la exclusión de toda medida de control sobre las comunicaciones que celebre, equivaldría a otorgar protección a una actividad que, lejos de lo anterior, merece ser sancionada tanto penal cuanto disciplinariamente.

Se hace preciso, pues, una definitiva toma de postura del legislador procesal español ante la admisibilidad de dichas medidas sobre comunicaciones de singular naturaleza, de las que puede derivar el menoscabo, si no efectiva lesión, del más elemental de los derechos procesales, cual es la defensa; en esta tarea, tiene a la vista y puede servirse de la solución expresada, entre otras, por las normas procesales francesa, italiana o germana para, tomando como referente la mejor cualidad de cada una de ellas, precisar como excepción a la regla general de inviolabilidad los excepcionalísimos supuestos y condiciones en que, en caso de admitirse, podría ser levantada.

En definitiva, teniendo siempre presente la especial condición de los sujetos intervinientes en el desarrollo de la comunicación que nos ocupa, se trataría de hallar un punto de encuentro entre la necesidad, a los fines de la investigación, de acordar medidas limitativas del derecho a comunicar en secreto, y la de mantener la reserva de sus contactos por razón de la instrumentalidad de los mismos a la efectividad del elemental derecho de defensa.

A nadie se le oculta la dificultad que ofrece hallar respuestas claras y contundentes a una delicada cuestión en la que confluyen interrogantes de enorme calado cuya solución, en suma, obligaría a un verdadero replanteamiento de la figura del Abogado defensor y su papel o posición en el proceso. La intención de avanzar en esta línea ha de abandonarse so pena de extralimitar amplísimamente los márgenes a los que se ciñe nuestro objeto de estudio, pero no la de aproximarse a alguno de esos aspectos y apuntar, en forma de propuestas de *lege ferenda*, ciertas ideas al respecto.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

5.1.3. LA NECESARIA EXCLUSIÓN, POR ILEGÍTIMAS, DE MEDIDAS DE VIGILANCIA SOBRE LAS COMUNICACIONES DEL IMPUTADO HABIDAS CON SU DEFENSOR.

Del mismo modo en que se afirma la imposibilidad de acordar aquellas medidas limitativas del derecho a la libertad de las comunicaciones sobre el Letrado, como sujeto pasivo directo de la injerencia, ha de afirmarse la prohibición de intervenir las comunicaciones en las que éste participe como interlocutor afectado cuando la comunicación tiene lugar con la persona en cuyo favor ejercita la defensa.

En efecto, el sujeto pasivo del proceso penal puede ver intervenidas sus comunicaciones personales por orden de la autoridad judicial y previa observancia de la suma de garantías exigidas, a excepción de las que mantenga con su Abogado defensor, por razones a las que antes se aludía y que a continuación se señalan.

No admite dudas que, en este supuesto, la ilegitimidad de la fuente probatoria es corolario de la necesidad de salvaguardar el fundamental derecho de defensa; ilegitimidad cuyo origen se halla, sin duda, en la decisión misma de la autoridad jurisdiccional de aplicación de la medida; autoridad a quien, a salvo en excepcionalísimos supuestos -a los que se atenderá en breve-, ha de impedirse la potestad de levantar el secreto que protege la relación Abogado-cliente.

Aunque a simple vista pueda adivinarse la respuesta, conviene despejar la duda acerca de si puede o no resultar legítimo el acuerdo de medidas de injerencia por el mismo Juez encargado de la instrucción de la causa -y, de llegar a aplicarse, si lo es o no el empleo de los resultados que se obtengan- en el desarrollo de comunicaciones que celebra el imputado con su defensor, el primero, titular del elemental derecho a la defensa, este otro, exento de la obligación de prestar declaración y obligado a guardar secreto acerca de los hechos o datos de los que hubiera tenido conocimiento en el

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ejercicio de sus funciones de defensa y quizás, perjudiciales a los intereses de su patrocinado.

En este punto, son acertadísimas las palabras de CORDERO¹¹⁸² al manifestar que, a su juicio, resulta contrario a un elemental *principio de civiltà*, consentir al Juez investigar sobre lo que el imputado ha revelado a su defensor en la confianza de ser y permanecer secreto¹¹⁸³; en garantía, pues, no sólo de la dignidad profesional del Letrado, sino del fundamental derecho de defensa que asiste a su patrocinado, ha de impedirse *ab initio* el control de las comunicaciones en las que intervenga la persona a la que se ha encomendado su ejercicio.

A nadie se le escapa que, de albergar el imputado la más mínima sospecha acerca de la posibilidad de ver intervenidas las conversaciones o correspondencia mantenida con la persona que designa como defensor, y de este modo revelado -sea conscientemente o no por el letrado- todo cuanto le hubiere transmitido o este hubiere conocido en el ejercicio de la profesión, probablemente obviaría toda manifestación al mismo de cualquier dato o información, quizás de relevancia, en detrimento evidéntísimo de un eficaz desarrollo de la función defensiva asumida¹¹⁸⁴.

Esto último, inevitablemente, entrañaría un durísimo golpe a la efectividad de la elemental garantía de asistencia y defensa técnica, y de la más amplia garantía de defensa consagrada en el art. 24.2º CE y defrauda toda aspiración constitucional de realización de la Justicia penal.

Inevitablemente, la ignorancia de este derecho constitucionalmente consagrado con el rango de fundamental, condiciona el valor que ha de otorgarse a los

¹¹⁸² "Il procedimento probatorio ...", op. cit., pág. 84.

¹¹⁸³ Es asimismo inaceptable, en opinión de ILLUMINATI, desde un punto de vista político o lógico sistemático, la investigación sobre aquello que viene confiado a una persona en la confianza de ser secreto. "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 86.

¹¹⁸⁴ CAMÓN., A., "Le intercettazioni...", op. cit., pág. 132; FEZER, G., *Juristischer Studienkurs*, München, 1995, pág. 40.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

resultados que de la medida de intervención se derivan; valor que, puede adelantarse, no es el probatorio que llegaría a alcanzar una fuente de prueba obtenida sin violentar alguno de los derechos que se reconocen como fundamentales de la persona.

En este punto relativo a los efectos derivados de una injerencia en la comunicación imputado-defensor, son diversas las ideas acerca de las cuales interesa una mínima reflexión.

Resulta una obviedad que, por la propia naturaleza del acto mismo de comunicar, la injerencia en su desarrollo afecta cuanto menos a una dualidad de sujetos, y en consecuencia, a personas distintas del imputado y, por lo que aquí interesa, al sujeto que ejercita en su nombre la defensa; y, es igualmente evidente que el control o intervención de las comunicaciones, en especial las telefónicas, opera de forma continuada sobre el total de llamadas que, bien partan, bien se reciban en un determinado aparato cuya titularidad, además, puede no corresponder con la del principal sujeto pasivo de la orden de intervención; de ahí que la resolución judicial en que la intervención se decida pueda no contener la referencia a una persona concreta, sino expresar un determinado número telefónico al que acompañe la indicación del sujeto que figure como titular de la línea¹¹⁸⁵.

Una aplicación -en cierto modo indiscriminada- de la medida de intervención telefónica puede, pues, llegar a alcanzar a comunicaciones en las que participan personas cuyos conocimientos carecen absolutamente de virtualidad probatoria.

Asimismo, el control de las comunicaciones postales o telegráficas del imputado afecta a sujetos distintos del principal sospechoso cuya identidad, al parecer, puede ser precisada con mayor facilidad, previamente incluso a la realización de la

¹¹⁸⁵ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 87.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

intercepción de la misiva o telegrama¹¹⁸⁶; en consecuencia, del conjunto de la correspondencia perteneciente al imputado y que ha de ser objeto de detención y apertura, ha de excepcionarse el control de aquella cuyo contenido, por hallarse relacionado con su defensa, ha de permanecer secreto¹¹⁸⁷.

Es claro, a la vista de lo anterior, que no es siempre fácil o posible evitar la afectación de la medida a aquellas mantenidas con el letrado por razón de la defensa; en ese caso, y en respuesta a la necesidad de salvaguardar la elemental garantía defensiva, la solución no pueda ser ya otra que impedir la entrada en el juicio oral de los resultados que de la medida se obtengan, y de ese modo, su empleo con finalidad probatoria¹¹⁸⁸.

5.2. DISTINTAS CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA EN TORNO A LA INJERENCIA EN LAS COMUNICACIONES HABIDAS POR RAZÓN DE LA DEFENSA.

Como se adelantaba, el legislador procesal español no se ha decidido a expresar una clara y definitiva respuesta a la duda en torno a la que se hacían girar los epígrafes precedentes, y su deducción a partir de lo expresado en los distintos apartados del art. 579 LECrim parece imposible.

¹¹⁸⁶ Según determina el art. 583 LECrim, el auto motivado del Juez habrá de contener la designación de los remitentes, destinatarios u otras circunstancias concretas que determine la correspondencia que deba ser detenida o examinada o los telegramas de los que haya de entregarse copia.

¹¹⁸⁷ Selección que, en cualquier caso, ha de quedar reservada a la autoridad jurisdiccional y no ser llevada a cabo por el órgano ejecutor de la medida en cuestión, ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 82.

¹¹⁸⁸ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "El régimen jurídico ...", op. cit., págs. 141 y 142. En el mismo sentido, RÍOS MOLINA, C., "Sobre la intervención telefónica ...", op. cit., pág. 474.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

El precepto, según se ha tenido oportunidad de constatar, padece importantes deficiencias que, en particular y por lo que ahora interesa, afectan a la determinación del ámbito de posibles sujetos pasivos de las medidas de limitación que se arbitran.

Se es consciente, en cualquier caso, de lo complicado y delicadísimo que resulta expresar una solución, difícilmente unívoca, a este interrogante que mantiene a doctrina y jurisprudencia dividida; una y otra, esgrimen en defensa de su postura argumentos ciertamente dispares, pero que siempre encierran una parte de verdad, por lo que no parecen *a priori* excluirse mutuamente¹¹⁸⁹.

Cierto es que, en garantía de la libertad en el ejercicio de la profesión, se hace preciso el reconocimiento de una "cierta inmunidad" en el ejercicio de sus funciones, a los profesionales que integran el Cuerpo de la Abogacía; sin embargo, no lo es menos que de otorgarla, el legislador se enfrenta al riesgo de establecer un privilegio desmesurado que proporcione a dichos profesionales una absoluta intangibilidad frente a toda injerencia¹¹⁹⁰.

Ante esta tesitura, parece precisa una toma de posición previa en cuanto al lugar que ocupa el Abogado defensor en nuestro ordenamiento que, por lo que a nuestro estudio interesa, ayude a despejar la duda acerca de si, partiendo de esa relativa "intangibilidad" que se reclama, es o no legítimo el arbitrio por el legislador de medidas de intromisión en el derecho constitucional a la libertad de las comunicaciones que asiste tanto del Abogado defensor, cuanto de su patrocinado.

En especial, a los efectos de esta investigación interesa averiguar si, en nuestro ordenamiento, la especial condición del Letrado, además de un freno al empleo de

¹¹⁸⁹ Aunque finalmente nuestra inclinación es clara, no puede negarse que, a pesar de su diferente signo, toda postura que se defiende encierra una parte de verdad, por lo que se hace obligada la atención a un sinfín de variables.

¹¹⁹⁰ En realidad, se trata de evitar que el despacho profesional del Abogado llegue a convertirse en un auténtico santuario de la criminalidad, Cfr. CORDERO, F., "Procedura Penale", Roma, ed. 1996, pág. 286.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

los resultados que deriven de la intervención de comunicaciones en las que participe como interlocutor, ha de configurarse una auténtica imposibilidad, que afecte al mismo órgano judicial, de disponer la medida de control.

La respuesta, en coherencia con lo expresado en las páginas que preceden, no puede ser otra que considerar ilícito el acuerdo, siquiera por la autoridad judicial, de medidas que supongan la excepción de la confidencialidad que ha de presidir la relación del imputado con su Abogado defensor con la exigencia, antes apuntada, de que este último actúe en esa sola condición.

Ello descubre que la ilegitimidad desde el punto de vista constitucional de injerencias, aun decididas por la autoridad judicial, en el desarrollo de las comunicaciones en las que participa el Letrado -sea o no en calidad de defensor- no ha de afirmarse en términos absolutos; antes al contrario, la misma parece subordinada a un doble condicionante: de carácter subjetivo, obviamente, referido a la persona del letrado y a la calidad y modo en que interviene en el proceso, junto al objetivo que atiende al contenido mismo de la comunicación.

De un lado, pues, se impone la necesaria intervención del letrado en la condición de defensor del imputado, y en el lícito ejercicio de la actividad defensiva, de suerte que no se aprecie en su persona sospecha alguna de participación -en cualquiera de sus grados- en el hecho que reviste caracteres de delito¹¹⁹¹.

En consecuencia, de reunir el Abogado la cualidad de imputado de un determinado delito, o presumirse su cooperación, complicidad o encubrimiento delictivo, desaparece toda prerrogativa¹¹⁹² que evite el sometimiento a control de sus comunicaciones privadas.

¹¹⁹¹ En este sentido, CAMÓN, A., "Le intercettazioni ...", op. cit., pág. 31; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 52.

¹¹⁹² En la doctrina italiana, CAMÓN, A., "Le intercettazioni ...", op. cit., pág. 131 e ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La imputación delictiva dirigida al letrado, contrariamente, abriría paso al legítimo acuerdo de medidas de intromisión en la esfera de su derecho a comunicar libremente; medidas que se acuerdan no ya como incidencia en el curso de una legítima intervención de las comunicaciones del principal sospechoso del delito, o como tercero titular del medio de comunicación que sirve a éste para el logro de sus fines, sino como sujeto pasivo de la medida misma¹¹⁹³.

De otro lado, y ya con referencia al contenido mismo de la comunicación, entendemos que esta especial tutela ha de conferirse y cubrir la labor de defensa desarrollada por el letrado en favor del sujeto pasivo del proceso¹¹⁹⁴; lo complicado, sin embargo, es trazar los márgenes que delimitan la actividad estrictamente defensiva que aquél ejerce; es más, dirigir este efecto protector sobre una determinada parcela de actuación del Letrado y prescindir de cualquiera otra, entraña serios riesgos a la eficacia de la garantía de defensa, para cuya evitación se hace precisa cierta presunción sobre las comunicaciones emitidas por el Letrado a su cliente -ya procedan de su despacho profesional, ya de un lugar distinto como su domicilio- y viceversa.

En este punto, el mismo TEDH -con ocasión de la resolución del asunto KOPP contra Suiza, de 25 de marzo de 1998- se enfrentaba a la nada fácil cuestión de discernir cuándo la privilegiada tutela que se concede a las comunicaciones del Abogado está amparando o no actuaciones específicas de la profesión o, en el caso al que se alude, si el letrado padeció la intromisión en la esfera de su derecho a comunicar en calidad de defensor y no otra.

Sorprende, sin embargo, comprobar que el conflicto se plantea en el seno del ordenamiento suizo¹¹⁹⁵ en el que, como en muy pocos, se contiene una expresa

¹¹⁹³ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones ...", op. cit., pág. 52.

¹¹⁹⁴ Cfr. CAMÓN, A., "Le intercettazioni ...", op. cit., pág. 131.

¹¹⁹⁵ Conforme al tenor literal del art. 66.1 bis de la Ley de Procedimiento federal suiza, "se podrá vigilar igualmente a terceros, si hechos concretos hacen presumir que reciben o transmiten informa-

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

prohibición de la vigilancia de las líneas de teléfono de un Abogado, cuando el mismo no resulte sospechoso de la comisión de un delito¹¹⁹⁶.

Es más, el propio Tribunal pudo constatar la previsión en el ordenamiento suizo de la garantía del secreto profesional del Abogado que le exime de la obligación de prestar testimonio; sin embargo, lamenta -y es por ello que condena la actuación de las autoridades de dicho Estado relativa al control de la línea telefónica del despacho profesional del Sr. Kopp- la falta de indicación "con suficiente claridad del modo y sujetos legitimados para seleccionar entre lo referido específicamente a la función de Abogado y aquello que, por contra, se refiere a una actividad que no lo es"¹¹⁹⁷.

De lo expresado parece desprenderse como exigencia fundamental en orden a la legitimidad de la injerencia -exigencia, que se hallaría incluida en la más amplia de previsión legal de la medida y complementaria de la necesidad de motivación de la resolución en que se acuerde- de un lado, la precisión de los criterios a atender en orden a la delimitación del marco que ha de venir cubierto por el secreto, y de otro, el razonamiento que conduce a, en el caso concreto, entender excluida de esta privilegiada tutela parte de esa información.

El secreto profesional que se protege -según ha declarado el Alto Tribunal en el asunto que se examina- no habría de amparar más que "la relación Abogado-cliente que atañe directamente a los derechos de defensa" y "las actividades propias de su profesión"; ahora bien, faltando la explicitación de pautas conforme a las cuales realizar la exclusión de aquello que no merece tal protección, resulta obligado

ciones que están destinadas al inculpado o al sospechoso o provienen de él", a excepción -continúa expresando- de "las personas que, en virtud del art. 77, puedan negarse a testificar". Este último precepto, en efecto, expresa que "los Abogados no podrán ser obligados a testificar sobre los secretos a ellos confiados en razón de su profesión".

¹¹⁹⁶ Véanse, los núms. 67 a 69 de la resolución emitida por el TEDH en el asunto.

¹¹⁹⁷ Véase, STEDH de 25 de marzo de 1998, n. 73.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

entender beneficiadas de la inviolabilidad que se defiende, el total de comunicaciones mantenidas por el Abogado con su clientela¹¹⁹⁸.

Muestra asimismo de la incertidumbre que envuelve a esta materia es, por otra parte, la polémica surgida en el seno del ordenamiento italiano -aunque pudiera haberlo sido en cualquier otro en los que, como en éste, faltan soluciones- a raíz del pronunciamiento de 19 de junio de 1998, n. 229, emitido por la Corte Constitucional¹¹⁹⁹, referido en este caso a la aprehensión -también como diligencia al servicio de la investigación e instrucción criminal- de ciertos escritos de difícil catalogación.

En particular, se somete a la consideración del Tribunal la que pronto considera "infundada cuestión de legitimidad constitucional sobre el art. 103.6 CPPit"¹²⁰⁰ en la parte en que no prevé que la prohibición de someter a secuestro o cualquiera otra forma de control, ciertos escritos realizados por el mismo inculcado única y expresamente como apuntes para facilitar su defensa en los interrogatorios. La Corte ha de decidir -y es por ello que interesa- si, por hallarse relacionados con el ejercicio de su defensa, como alega el recurrente, dichos documentos han de permanecer secretos y no ser, en consecuencia, objeto de aprehensión.

La respuesta a la duda, a la vista de lo expresado en el precepto procesal antes citado, queda en el ordenamiento procesal italiano supeditada a la consideración como material que constituye "cuerpo del delito" -posibilidad que pronto se excluye- o

¹¹⁹⁸ Es por ello que no parece exagerado considerar cubierto por el secreto profesional al que se aludía todo contacto mantenido por el Letrado con sus patrocinados, ya sea desde su oficina profesional, ya desde un lugar distinto como su domicilio, en el intento de asegurar la confidencialidad, inexcusable, de sus comunicaciones.

¹¹⁹⁹ Resolución publicada en "Rev. Cassazione Penale", 1998, págs. 2847 y ss.

¹²⁰⁰ El Tribunal, en efecto, entiende infundada la cuestión de ilegitimidad constitucional planteada acerca de lo dispuesto por el art. 103.6 CPPit, en la parte en que no prevé que determinados escritos, como los que aquí se tratan, destinados a facilitar el ejercicio de la defensa en los interrogatorios, no puedan ser objeto de secuestro. El precepto aludido, recuérdese, prohíbe la aprehensión o cualquiera otra forma de control de la correspondencia entre el imputado o su defensor (...) "salvo que la autoridad judicial tenga motivos fundados para considerar que se trata de cuerpo del delito".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

"pertenece o relacionado con el delito". Esta última noción, a diferencia de la anterior, resulta absolutamente indeterminada con lo que ello entraña de dificultad para integrar o no en su concepto esos escritos preparatorios aprehendidos al imputado¹²⁰¹.

En realidad, según la doctrina se ha apresurado a señalar¹²⁰², el Tribunal parte de la elaboración de un nuevo concepto de "cosa perteneciente al delito" por cuanto, a la existencia de un nexo instrumental y finalístico entre la cosa u objeto y el delito o su comisión -exigencia, en definitiva, de cierta instrumentalidad respecto de la averiguación del delito- como elemento esencial al concepto según el criterio jurisprudencial anterior, añade ahora en su sentencia la necesaria concurrencia de un requisito de naturaleza constitucional.

Esa instrumentalidad probatoria que advierte en la documentación de la que se trata -relativa al objeto del interrogatorio, y por tanto, objeto mismo de la investigación- y la idoneidad de la misma para suministrar un conocimiento jurídico, presu- puesto inexcusable, ha de acompañarse de la exigencia de su obtención de modo ajustado a la ley, esto es, sin violentar el derecho de defensa garantizado constitucionalmente.

Si interesante es lo anterior, más lo es quizás al efecto de esta investigación, el razonamiento que está en la base de la decisión judicial por la que se afirma la inembargabilidad de las anotaciones o apuntes, recuérdese, destinados a servir de apoyo a la memoria del inculcado de cara a los interrogatorios a los que, en ejercicio de su defensa, podía someterse.

¹²⁰¹ Sobre las líneas que, a falta de un concepto legal, definen según el criterio doctrinal y jurisprudencial el concepto de "cosa perteneciente al delito", en contraste con la novedosa doctrina sentada por la Corte Constitucional italiana en su sentencia de 19 de junio de 1998, véase el comentario a ésta última de POTTETI, D., *Note in tema di sequestro avente ad oggetto appunti predisposti a fini difensivi*, "Rev. Cassazione Penale", 1999, págs. 817 a 819.

¹²⁰² Vid. POTTETI, D., "Note in tema di sequestro ...", op. cit., págs. 817 y 818.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Sorprendentemente, prescindiendo de la concreta categoría del documento, entiende el Tribunal que la operación de secuestro resulta de una violación clara del derecho de defensa, no por el hecho de que la aprehensión suponga una minoración de las posibilidades defensivas del inculpado en el curso de sus declaraciones, habida cuenta de que dicho material fue aprehendido una vez celebrado el interrogatorio, sino por lo que entraña de menoscabo al derecho, instrumental a la propia defensa, que le asiste a guardar silencio.

El conocimiento del contenido de aquellos escritos, que habían de servir al imputado para el diseño, con absoluta libertad, de su estrategia defensiva, supone una afrenta al derecho que le asiste a no revelar ciertos datos que, en interés de su defensa, considere oportuno mantener alejados del conocimiento del Tribunal y del Ministerio Fiscal.

En consecuencia, considera la Corte italiana que, el secuestro llevado a cabo por las autoridades italianas, "ha violado, aunque *ex post facto*, el derecho del imputado a defenderse libremente en sede de interrogatorio, mintiendo o callando"¹²⁰³; violación que, según señala la sentencia que se comenta, no puede sino traducirse en el imposible empleo en el proceso de la información resultante, por tratarse "de pruebas ilícitamente adquiridas ex art. 191 CPPit"¹²⁰⁴.

5.3. BÚSQUEDA DE SOLUCIONES A LOS INTERROGANTES PLANTEADOS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

Como habrá podido constatarse, la indeterminación -quizás, no inintencionada- cuando no la absoluta falta de previsión, son notas que caracterizan la regulación contenida en nuestra norma procesal al respecto de la materia que se analiza, por lo que

¹²⁰³ Véase la sentencia de 19 de junio de 1998, n. 229.

¹²⁰⁴ Vid. POTTETI, D., "Note in tema di sequestro ...", op. cit., pág. 821.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

no es extraño que alrededor de la misma se planteen múltiples dudas que precisan una rápida solución del legislador¹²⁰⁵.

En esta tarea, debiera éste enfrentarse y dar respuesta definitiva al interrogante que se plantea en torno al sujeto o sujetos que han de ser beneficiados por la protección, y de referirse al "defensor" como emisor o destinatario de las comunicaciones que se protegen, precisar el concepto en un intento de delimitar, con mayor o menor amplitud, el marco de tutela que se establece.

En la búsqueda de respuestas, parece advertirse cierta disparidad en los criterios sostenidos por doctrina y jurisprudencia, tanto nacional cuanto extranjera¹²⁰⁶.

De un lado, en efecto, se han escuchado voces que proponen un concepto estricto del término para identificar al defensor con el Abogado que presta su asistencia al imputado en el marco del proceso en que la interceptación de la comunicación se acuerda¹²⁰⁷; de otra parte, sobre la base de una más amplia interpretación del mismo, parece abogarse por la inclusión en dicho término de todo Abogado que ejercita la

¹²⁰⁵ En fechas recientes, en el seno del Consejo de Europa, se ha tratado de dar forma a cierta intención de introducir restricciones en el marco de tutela del secreto profesional del Abogado, al efecto de una mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia económica o altamente organizada. La recomendación que se dirige a los Estados miembros afecta, en particular, a la regulación en los derechos internos de medidas de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones de este grupo profesional; medidas consistentes en permitir el levantamiento de la reserva que ha de protegerlas, de reunirse las condiciones que específicamente se determinan y que, a los ojos de este grupo profesional, merecen el mayor de los rechazos.

¹²⁰⁶ Sucede de este modo en el ordenamiento procesal italiano, de cuya experiencia podrían obtenerse soluciones extrapolables al nuestro. Buena muestra de la confusión reinante es la tendencia doctrinal, advertida por CAMÓN, a "convertir aquello que en la ley viene formulado como auténtica prohibición de acordar estas medidas, en una mera prohibición de utilización de lo ya dispuesto". Dicha realidad es interpretada por el autor como signo demostrativo de un cierto recelo hacia tesis que acaben por acorazar a dicho profesional frente a toda intromisión, con independencia de la calidad del interlocutor, y bajo cualquier argumento o título. "Le intercettazioni ...", op. cit., pág. 130.

¹²⁰⁷ En defensa de esta postura, en la doctrina italiana, FRIGO, C., con AMODIO, E., y DOMINIONI, O., *Commentario del nuovo Codice di Procedura Penale*, Vol. I, pág. 670.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

defensa en favor del imputado, con independencia del procedimiento en que se halle involucrado¹²⁰⁸.

A la vista de lo anterior, conviene preguntarse si la garantía que se arbitre ha de operar con exclusividad sobre las comunicaciones mantenidas por el letrado en el marco del proceso en que desarrolla la actividad defensiva o la protección ha de ser más amplia.

De aceptar la primera opción, habría de responderse a la duda acerca de qué ha de suceder con informaciones de carácter reservado obtenidas de un Abogado, aunque no relativas al proceso en el que ejercita la función de defensa y, más allá, si debe o no ser consentida su obtención.

En este punto, no falta razón a GÓMEZ ORFANEL¹²⁰⁹ cuando señala que, quienes se sirven de la regla de exclusión probatoria de los resultados como argumento "para deducir la irrelevancia de las interferencias en el secreto de los asuntos telefónicos de defensores ante el objeto y procedimientos penales en los que desarrolla su actividad, demuestran inspirarse en una concepción excesivamente reducida de la garantía constitucional del derecho de defensa".

A la vista de lo expuesto, parece acertado considerar que la protección a las comunicaciones habidas por razón de la defensa a partir de límites o prohibiciones a posibles injerencias de la autoridad estatal, ha de operar en favor de cualquier profesional de la Abogacía -perteneciente a una institución colegial- que haya asumido la defensa del imputado, incluso en un procedimiento distinto a aquél en cuyo seno sea

¹²⁰⁸ Aunque oscilante, la jurisprudencia emanada del Tribunal de Casación italiano ha abrazado a menudo esta segunda tesis; al respecto puede verse, la sentencia de 27 de octubre de 1992, publicada in Cass. pen., 1993, pág., 2020, a la que acompaña la opinión favorable -con particular referencia a inspecciones, pesquisas y secuestros- de RAMAJOLI, S., *Riflessione sulla perquisizione e sull sequestro di carte e documenti compiuti presso uno studio legale*, en Foro Italiano, 1993, II, pág. 378.

¹²⁰⁹ *Jueces y micrófonos. La experiencia alemana*, "Rev. Jueces para la democracia", 1998, núm. 32, pág. 89.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

decida la diligencia de investigación; ello, al margen del contenido mismo de la comunicación intervenida¹²¹⁰, que no puede conocerse si no es como resultado de la intervención que se trata de evitar.

En consecuencia, resulta preciso arbitrar un precepto que, en respuesta a la necesaria tutela que se impone del secreto profesional, exprese la prohibición del acuerdo de medidas que entrañen su levantamiento, con explícita mención de la inviolabilidad de las comunicaciones habidas por el Letrado en el ejercicio de la actividad defensiva.

A lo anterior, habría de acompañar la sanción que corresponda a la inobservancia de dicho impedimento, que no ha de ser sino la imposible utilización de sus resultados obtenidos a partir de ilegítima intervención, a los fines de investigación y probatorios.

El precepto que se propone respondería, pues, a la necesidad de sancionar una irregularidad o ilegitimidad en la búsqueda de pruebas mediante el acuerdo de una medida de injerencia sobre las comunicaciones cuyo contenido ha de permanecer secreto; el deber-derecho del Letrado de no prestar declaración acerca de lo conocido en el ejercicio de sus funciones, en cualquier caso, imposibilitaría la entrada en el proceso de aquellas fuentes de prueba ilícitamente obtenidas¹²¹¹.

En consecuencia, tanto si directamente cuanto de forma casual quedaran bajo control las comunicaciones en las que el Abogado participa, el resultado obtenido -en aquella parte que venga cubierto por el secreto profesional- carecerá de aptitud para

¹²¹⁰ En realidad, ésta parece la opinión doctrinal mayoritaria o, cuanto menos, la que según expresa CAMÓN encuentra el más sólido respaldo de la jurisprudencia italiana. Vid. "Le intercettazioni...", op. cit., pág. 131.

¹²¹¹ Algo que, igualmente, habrá de impedir su conversión, inútilmente, en sujeto pasivo de otras pesquisas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

configurar una auténtica prueba que pueda ser valorada a los efectos de fundamentar la sentencia¹²¹².

Ha de tenerse presente en todo momento que el privilegiado trato a las comunicaciones del Letrado que se defiende, no sólo opera como garantía a la dignidad de la profesión; la misma, en verdad, viene referida al sujeto pasivo del proceso y para tutela, pues, no sólo de quien ha de ejercitar la actividad defensiva, sino del imputado mismo y de la mayor eficacia y efectividad plena de su fundamental derecho de defensa.

Esto último, en cierto modo, responde a la duda que se arrastra acerca de la verdadera consecuencia de la mediación del secreto profesional del Abogado en el desarrollo de una comunicación privada, al presentarla no sólo como freno al empleo de la información que resulta del control, sino más allá, como una imposibilidad de búsqueda o disposición¹²¹³ de la medida siquiera por decisión de la autoridad jurisdiccional.

Ahora bien, aunque también ésta ha resultado ser cuestión no exenta de polémica, creemos esencial dejar sentado que, el conferimiento al Letrado del privilegio que supone la inviolabilidad de su derecho a comunicar de forma libre y secreta, exige como presupuesto que el mismo intervenga en el proceso en la sola calidad de defensor¹²¹⁴ y en el lícito ejercicio de sus funciones¹²¹⁵; la singular tutela que en su

¹²¹² FORTUNA, E., con DRAGONE, S., *Le prove...* op. cit., pág. 419. La misma opinión manifiesta FUMU, G., *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*, (dir. CHIAVARIO, M.), vol II, pág. 803.

¹²¹³ En el sentido de entender que el art. 103 establece la preclusión de la posibilidad de disponer la interceptación ..Cfr, FRIGO, G. *Commento all'art. 103*, cit., pág. 670. Cfr. Comentarios al respecto del nuevo art. 271 que se contienen en la obra de CONSO, G., GREVI, V., NEPPI y MODONA, *Il nuovo Codice di Procedura Penale delle leggi delega ai decreti delegati*, Vol IV, pág. 683.

¹²¹⁴ Ello explica el sentido de la solución jurisprudencial dada a eventualidades como la captación de conversaciones del letrado mientras no ha llegado a ser asumida la defensa. De no existir mandato, falta en verdad un sujeto calificable como "defensor", y el art. 103 no podría entrar en juego; pero sí el art. 271, de manera que si sus diálogos fueran interceptados antes de la aceptación, la informa-

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

favor se reclama, a nuestro juicio, ha de extenderse, pero no extralimitar la actividad que este último desarrolla en favor del imputado¹²¹⁶.

En consecuencia, a la consagración de aquella regla general de inviolabilidad de las comunicaciones habidas por razón de la defensa, habrá de añadirse la excepcionalísima posibilidad de excepcionarla, en el supuesto en que el defensor interviniente ostente al propio tiempo la condición de imputado del delito.

En ese caso, ante el acuerdo de medidas de injerencia en el desarrollo de sus comunicaciones, habrán de ser extremadas las cautelas al objeto de evitar todo riesgo de lesión al secreto profesional que puede subyacer y preservar, en definitiva, los intereses defensivos que pudieran verse perjudicados.

La norma procesal debiera, pues, prever un plus de garantías tanto en el acuerdo por el órgano judicial de la medida de injerencia, que en todo caso habrá de respetar los cánones de proporcionalidad en el sentido que ya se conoce, a través de un reforzamiento en la exigencia de indicios de criminalidad en la conducta que se imputa al Letrado, cuanto en la aplicación de la medida misma.

Por lo que a la primera de las exigencias nombradas se refiere, se impone la necesidad de una estricta motivación de la resolución judicial que decidida la intromisión en el derecho a la comunicación, expresiva de las circunstancias de las que se deriva el indicio de participación en un delito de cierta entidad, y el razonamiento

ción que se obtenga no podrá ser utilizada por hallarse cubierta por el secreto profesional. Vid. CAMÓN, A., "Le intercettazioni..", op. cit., pág. 132.

¹²¹⁵ No se olvide, en cualquier caso, que la ilegitimidad del control sobre las mismas desaparecería de reunir el letrado la condición de imputado o sospechoso de participación en el hecho delictivo.

¹²¹⁶ En cierto modo, responde BRUNO a la duda cuando exige la máxima escrupulosidad y detalle en la motivación de la resolución judicial en que venga acordada la interceptación sobre medios de comunicación o locales pertenecientes a defensores. Esta exigencia de motivación, qué duda cabe, presupone la existencia de la correspondiente resolución judicial en que la medida puede acordarse, de concurrir determinadas circunstancias que habrían de ser legalmente precisadas. "Intercettazioni..", op. cit., págs. 187 y 192.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que lleva a entender necesario el levantamiento del secreto, como interés que perece frente a la persecución del delito.

En cuanto a las mayores garantías que, a nuestro juicio, han de asegurarse en la aplicación de la medida misma, creemos acertado que la norma previera el que sea el mismo órgano jurisdiccional el que asuma, si no la ejecución material, sí el más absoluto control de la práctica de la medida y sobre sus resultados, particularmente, en cuanto se refiere a la selección e incorporación del material a juicio y, todo ello, con una importante singularidad.

En nuestra opinión, junto a esta primera y elemental garantía de control judicial, debiera incluirse como exigencia inexcusable en el sometimiento a vigilancia de las comunicaciones del Abogado sobre el que pesa la sospecha delictiva, la previa comunicación del acuerdo de la medida al Decano del Colegio Profesional al que el Letrado pertenezca, en orden a posibilitar su intervención en garantía de los derechos e intereses que puedan resultar afectados.

Así pues, de ser acordada como diligencia de investigación del delito que se presume cometido, la intervención de sus comunicaciones orales mantenidas vías telefónica, para cuya eficacia se hace preciso el simultáneo acuerdo del secreto de las actuaciones instructorias, la garantía que se propone consistiría en permitir al máximo órgano colegial, o a la persona en la que el mismo delegue, el conocimiento junto al Fiscal del desarrollo de las operaciones. Esta exención para el Decano o su representante de los efectos del secreto instructorio, permitiría un seguimiento personal del desarrollo de la medida y, de este modo, el cumplimiento por el mismo de la función de velar por el respeto del secreto profesional, señalando, en caso de hallarse, el material que haya de ser preservado de toda injerencia; esto último, en garantía de los derechos de aquellos sujetos a quienes afecte, y en particular, del derecho de defensa de su cliente-imputado, en el proceso penal en el letrado interviene.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

De tratarse, en cambio, de una medida de intervención de la correspondencia postal o telegráfica que el Abogado-defensor emita o de la que sea destinatario, debiera la máxima autoridad colegial, ser puesta en conocimiento de la decisión judicial en que la medida se acuerde que posibilite el control de su perfecto desarrollo y, en el momento en que hubiera de accederse a su contenido, posicionarse junto a la autoridad judicial y examinar, junto a ésta y el Ministerio Fiscal, el material con el que se cuenta y que puede ser incorporado al proceso para satisfacción de sus fines más inmediatos.

Pero en todo caso, si como resultado de la intervención acordada sobre el Abogado sospechoso de delito, se obtuviera información suministrada por el cliente-imputado perjudicial a sus intereses, la necesidad de hacer real y efectivo el derecho de defensa de este último impediría reconocer a la misma aptitud para ser incorporada al juicio y en él, ser valorada como prueba a los efectos de fundamentar una sentencia de condena.

6. PRIMERA CONCLUSION.

A lo largo de estas páginas ha podido evidenciarse, como corolario de la esfera de reserva que legalmente se reconoce al profesional de la Abogacía en el ejercicio de sus funciones de defensa jurídica, la ilegitimidad del sometimiento a control de sus comunicaciones tendente a la incriminación de la persona a la que presta asistencia y defensa; ello, a pesar de la innegable utilidad de los resultados a los fines de la investigación criminal que pueden derivar de la aplicación de la medida.

En verdad, para menor coste a los derechos fundamentales del ciudadano, ha de evitarse esta forma de búsqueda de fuentes o elementos de prueba que involucran a sujetos distintos del principal sospechoso en la comisión del hecho delictivo. La

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

intromisión en el derecho de éstos últimos a la inviolabilidad de sus comunicaciones personales, en consecuencia, ha de acordarse en el solo supuesto en que entre los mismos y el imputado exista y pueda constatarse cierto tipo de relación, pero en caso alguno, la relación profesional basada en la confianza que une a Abogado y cliente, y que ha de preservarse de toda intromisión.

El acuerdo y posterior aplicación de la medida de injerencia sobre los contactos sostenidos por el imputado con su Abogado defensor o de éste con personas distintas, ha de entenderse ilegítima desde el punto de vista constitucional, por razón de la necesidad de preservar la garantía de defensa como interés preponderante¹²¹⁷.

Como en su momento se tendrá ocasión de constatar, todo dato o información resultante de la operación ha de entenderse como fuente de prueba ilícitamente obtenida y, en consecuencia, carente de virtualidad a los fines probatorios perseguidos, siquiera a través de una declaración testifical. Y, conviene asimismo adelantar, ya que más tarde se expondrá con detenimiento¹²¹⁸, que la vulneración del fundamental derecho de defensa, por cuya intermediación se adquiere cierta información o fuentes probatorias, cierra el paso a su conversión en auténticas pruebas mediante su incorporación al juicio oral a través del medio de prueba pertinente y, en consecuencia, a su ulterior valoración por el órgano jurisdiccional decisor, al efecto de fundamentar su sentencia.

¹²¹⁷ CAFFERATA NORES, JI., "La prueba en el proceso penal", op. cit., pág. 102.

¹²¹⁸ La trascendencia procesal de las consecuencias que, se adelanta, derivan de la inobservancia del derecho fundamental que acaba de nombrarse, aconseja su examen con detenimiento en un capítulo independiente; ello, una vez analizadas dos nuevas ocasiones -sobre la base de lo dispuesto en los arts. 523 y 527 LECrim y en el art. 51.2º LOGP, respectivamente- en las que tiene lugar la intromisión en la esfera del derecho del imputado a la libre comunicación con el Abogado defensor -a las que se dedican los capítulos que suceden- y de cuya aplicación parece derivarse ese mismo efecto.

CAPITULO 4º: LÍMITES AL DERECHO A LA COMUNICACIÓN CON LETRADO EN SITUACIONES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD CON FINALIDAD CAUTELAR: LA INCOMUNICACIÓN DE DETENIDOS Y PRESOS.

El segundo de los frentes desde el que, según se señalaba, puede verse atacado el pleno disfrute por el imputado del derecho que le asiste a la libre comunicación con su defensor, tiene su origen en el sometimiento del imputado a una medida cautelar de detención o prisión provisional en forma incomunicada.

La incomunicación que, como en breve se conocerá, resulta ser una excepcional modalidad de cumplimiento de la medida cautelar misma, responde a la necesidad de asegurar el perfecto desarrollo y éxito de la instrucción sumarial que se teme amenaza por razón de las peculiares circunstancias que rodean la averiguación de ciertas conductas delictivas de la máxima gravedad.

Lo cierto es que el rigor que en sí misma entraña la privación de libertad del aún inocente, se ve poderosamente incrementado durante el tiempo, aunque breve, en que ha de permanecer incomunicado; rigor que, en esencia, se manifiesta en una sustancial modificación del régimen de derechos de los que disfrutaría en otro caso y, muy particularmente, en una intensísima restricción del derecho a la asistencia y defensa técnica que el mismo Texto Constitucional le confiere.

Conocer el alcance de la medida de incomunicación arbitrada por el legislador español y, desde el momento en que afecta a la relación Abogado-cliente, su repercusión sobre la más básica de las garantías procesales -la defensa- es, pues, el principal objeto de estudio en el presente capítulo, que parece conveniente iniciar con un breve repaso a

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

las previsiones que al respecto se contienen en distintos ordenamientos procesales del marco jurídico europeo.

1. RECONOCIMIENTO Y POSIBILIDADES DE LIMITACIÓN DEL DERECHO DEL IMPUTADO PRESO A LA LIBRE COMUNICACIÓN CON EL ABOGADO DEFENSOR EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO.

Es ciertamente interesante examinar, siquiera de forma breve, el reconocimiento al privado de libertad con fines cautelares en distintos ordenamientos procesales de nuestro entorno cultural más cercano, del derecho a comunicar con el Abogado defensor como presupuesto del derecho a la asistencia y defensa técnica que todos ellos consagran.

En realidad, nuestro campo de estudio se ha limitado al tratamiento que al mismo se confiere en los derechos francés, italiano, portugués y alemán, dedicando a este último una mayor atención por razón de lo extremas que, a nuestro juicio, resultan algunas de las medidas contenidas en la ordenanza procesal.

1.1. EL ORDENAMIENTO PROCESAL FRANCÉS.

El legislador procesal francés, en aplicación del derecho a disponer del tiempo y de las facilidades precisas para la organización de la defensa que consagra el Convenio Europeo de Derechos Humanos, autoriza al sujeto detenido o preso a conversar de forma libre con su Abogado defensor, desde la primera comparecencia¹²¹⁹ ante la autoridad judicial; en consecuencia, incluso con carácter previo al interrogatorio que ha de

¹²¹⁹ Vid. Art. 116. 3º CPPfr.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

prestarse ante el Juez, el imputado privado de libertad puede recibir la visita del Letrado en prisión¹²²⁰.

En efecto, a la luz de los arts. 116 y 716 CPPfr, el sometido a prisión provisional goza de la facultad de comunicar libremente con su defensor de forma oral o por escrito, con todas las facilidades compatibles con las exigencias de disciplina y seguridad de la prisión, en garantía de un perfecto ejercicio de la defensa. Esta facultad no ha de verse impedida siquiera en los supuestos en que se decida prohibir al sujeto preso la comunicación con el exterior, según lo dispuesto por el art. 145.4º CPPfr¹²²¹, ni por sanción disciplinaria alguna.

Es de mencionar que la entrevista a la que se alude¹²²² ha de tener lugar en la más estricta intimidad; no se olvide que el eficaz desarrollo de la actividad defensiva hace precisa la máxima reserva en el desarrollo de sus contactos; razón por la que, asimismo, se impone la salvaguarda del secreto profesional que cubre la información resultante de los mismos y a cuyo respeto viene el defensor obligado¹²²³. Es por ello que, en el regular ejercicio de sus funciones, el Abogado -ya sea de libre elección, ya haya

¹²²⁰ Según dispone el art. D 64 CPPfr, inserto en la sección que el Código Procesal dedica al régimen de prisión provisional, los permisos de visita a los preventivos serán autorizados por el magistrado encargado de la instrucción; visitas que habrán de celebrarse en las condiciones previstas por los arts. 403 y ss. de la misma norma.

¹²²¹ Vid. Art. D 67 CPPfr.

¹²²² A pesar del silencio del legislador, los tribunales franceses vienen pronunciándose en el sentido de considerar procedente, en caso de precisarse, el nombramiento por el Juez de Instrucción de un intérprete que asista al imputado en sus entrevistas con el Letrado. En este sentido, recoge CHAMBON cita de una antigua sentencia de 22 de junio de 1933 junto a otras más recientes, en las que se declara que tal demanda no debe ser rechazada; y, según se afirma, la no concesión de la misma obliga al Juez, en cualquier caso, a emitir una orden motivada susceptible de apelación. Vid. v. gr. Crim, 6 déc. 1994 y asimismo, CHAMBON, P., "Le juge d'instruction...", op. cit., pág. 171.

¹²²³ Vid. "Rev. Gazette du Palais", enero-marzo de 2000.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

sido designado de oficio, y tras acreditar dicha cualidad- queda autorizado a comunicar con el preso preventivo en un locutorio especial, aunque en presencia de un vigilante¹²²⁴.

Las singulares condiciones que se determinan¹²²⁵, en realidad, han de presidir las comunicaciones del defensor que visite en prisión al acusado o condenado al que hubiere prestado su asistencia a lo largo del proceso, no sin antes justificar ante el Director del Establecimiento ser él, personalmente, el encargado de esa misión; en caso distinto, esto es, tratándose de comunicaciones a celebrar por Abogados que durante el curso del procedimiento no hubieren prestado sus servicios al interno, la celebración de sus comunicaciones tendrá lugar conforme al modo ordinariamente previsto¹²²⁶.

Ello no obstante, también éstos últimos pueden ser autorizados a comunicar beneficiados de especiales garantías si, a la solicitud para su celebración, adjuntan testimonio emitido por el Fiscal en el que éste afirme entender justificado el respeto del secreto de su contenido en atención a la naturaleza de los intereses en juego¹²²⁷.

Como no podía ser de otro modo, la protección que a la libertad de las comunicaciones con Letrado confiere el legislador francés, implica la imposibilidad de introducir límites no sólo al desarrollo de las comunicaciones orales, sino de la

¹²²⁴ Véase el art. D.68 CPPfr; según declara el precepto, a excepción de los supuestos motivados por la urgencia, las visitas del Abogado podrán tener lugar todos los días, en las horas fijadas por el reglamento interior del establecimiento, tras el aviso de esta intención al funcionario correspondiente.

¹²²⁵ Véase, el art. D. 68 CPPfr.

¹²²⁶ Los mismo sucede respecto de determinados funcionarios ministeriales u otros auxiliares de Justicia, con quienes la comunicación ha de celebrarse según lo previsto en los arts. D 403, D. 406 y D. 410 del CPPfr.

¹²²⁷ Lo cierto es que el contacto con el defensor suele venir seguido de una solicitud por parte del imputado al órgano judicial -aunque, en todo caso aconsejada por aquél primero- de la concesión de un tiempo suficiente para preparar la defensa; ello, habida cuenta de la dificultad a la que el Letrado se enfrenta para la adecuada asimilación del contenido del sumario o las actuaciones seguidas en contra de su patrocinado, a las que tendrá acceso para su consulta; dificultad, bien motivada por la excesiva complicación del asunto, bien por razón de la inmediatez con que el Abogado debiera actuar tras el conocimiento de los autos.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

correspondencia escrita. En consecuencia, el sujeto imputado que se hallare preso puede corresponder con el defensor a toda hora y sin limitación.

Pero asimismo, y a diferencia de cuanto sucede con el resto de la correspondencia del inculpado, la mantenida con su Abogado no ha de quedar sometida a control en el momento de llegada o en el de partida del Establecimiento Penitenciario en el que se halle custodiado. Toda carta que el imputado dirija a su defensor o aquella que reciba de éste último¹²²⁸ ha de quedar, pues, exenta de la fiscalización a la que se refiere el art. D. 416 CPPfr¹²²⁹ si puede constatarse sin error que las cartas, efectivamente, están destinadas al Letrado o provienen de él¹²³⁰.

Excepcionalmente, y ante la concurrencia de circunstancias de carácter personal o familiar de importancia, el legislador francés abre paso a la posibilidad de que aquellos sujetos reclusos en Establecimientos de cumplimiento de penas puedan ser autorizados por su Director a comunicar telefónicamente con distintas personas, a su costa o a cargo del sujeto receptor de la llamada; en ese caso, según determina el art. D. 417 CPPfr, la identidad del interlocutor y el contenido de la conversación han de ser objeto de control.

¹²²⁸ Precisa el art. D 419 -localizado en la sección que el Código procesal reserva al régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad- las especiales condiciones en que puede corresponder el defensor que ha prestado asistencia al preso provisional o condenado -y que coinciden con las fijadas en el art. D.69 CPPfr- previa acreditación de dicha circunstancia ante la autoridad penitenciaria correspondiente. Sin embargo, puede beneficiarse de este mismo régimen el letrado que, sin reunir la condición anterior, presente junto a su solicitud de autorización de correspondencia con el interno, certificación del ministerio Fiscal acreditativa de la concurrencia de especiales circunstancias que, en interés de la causa, aconsejan su secreto.

¹²²⁹ Según determina el precepto -una vez excepcionados los supuestos a los que se refiere el art. D. 69, junto al D. 438 y D. 469 CPP, las cartas que lleguen a todo preso o partan de él, "pueden ser leídas a los fines de control". Asimismo, aquellas que sean escritas por los preventivos o a ellos dirigidas, serán además comunicadas al magistrado encargado del sumario en las condiciones que éste determine.

¹²³⁰ A estos efectos, según precisa el art. D. 69, habrá de hacerse constar en el sobre en que la información se contiene, cuantos datos resulten precisos para indicar la condición y dirección profesional del destinatario o de quien la expida.

Según la jurisprudencia ha llegado a manifestar, si el Abogado que se encuentre en posesión de cartas o documentos recibidos de la persona que recibe su asistencia, valiéndose abusivamente del régimen privilegiado que la norma procesal prevé, las entregara o comunicara a sus auténticos destinatarios, cometería un acto que permite eludir las prescripciones del art. 416 del mismo Código relativo al control administrativo o judicial de la correspondencia, Crim. 12 mai. 1992.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A la vista de lo expuesto, parece que la relación del privado de libertad, tanto con el Abogado defensor de libre elección -ya sea a partir del contacto directo, ya del intercambio de correspondencia- cuanto con el Letrado designado por la autoridad judicial que comparezca en el Establecimiento, recibe en el ordenamiento procesal francés la protección que merece¹²³¹; al imputado preso, han de asegurarse "todas las comunicaciones y facilidades compatibles con las exigencias de disciplina y de seguridad de la prisión, en el ejercicio de su defensa"¹²³².

La norma procesal francesa reconoce al sujeto preso el derecho a la libre comunicación con su defensor, pero asimismo prevé la posibilidad de impedir el desarrollo de estas comunicaciones. El ejercicio del derecho viene, en efecto, impedido a partir de la prohibición de comunicar prevista por el art. 145.4° CPPfr; prohibición, que no ha de extenderse por un tiempo superior al plazo de diez días de duración, renovable una sola vez por idéntico periodo¹²³³.

La medida, que en todo caso ha de acordar el órgano jurisdiccional, encuentra justificación en las necesidades derivadas de la instrucción e impide al sujeto preso

¹²³¹ Junto a estas medidas y como una más de las prerrogativas que al defensor se conceden en garantía de los derechos de la defensa, en el proceso penal francés viene limitada la práctica de registros y aprehensiones llevadas a cabo en despachos profesionales de Abogados; medida que, sólo en excepcionalísimos supuestos puede venir acordada y, exclusivamente, por la autoridad judicial.

¹²³² BOULOC, B., (et. alt.), "Procédure Pénale", op. cit., pág. 587. Esta garantía, en opinión acertada del autor, se ha de reconocer igualmente al condenado que hallándose cumpliendo la pena impuesta, fuera objeto de un nuevo proceso.

¹²³³ En principio, toda persona sometida a prisión provisional es autorizada por el Juez encargado de la instrucción a recibir visitas en el lugar de custodia. Este permiso de visita, no podrá ser denegado a un familiar del privado de libertad transcurrido el plazo de un mes desde su ingreso en prisión, a no ser que mediante resolución escrita y especialmente motivada, el órgano jurisdiccional decida lo contrario. Esta última decisión judicial, sin embargo, admite ser recurrida ante el presidente de la Cámara de acusación quien, en el plazo de 5 días ha de decidir, por escrito y sin posibilidad de recurso alguno, la confirmación de lo ordenado por el Juez de instrucción. En otro caso, el mismo Tribunal habrá de extender el permiso de visita inicialmente solicitado. Vid. Art. 145.4 en sus párrafos 2º, 3º y 4º CPPfr. (Es asimismo de interés la Circular General de 1 de marzo de 1993, relativa al antiguo art. 145.3º CPPfr convertido en el actual art. 145.4º CPPfr).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

mantener el contacto con toda persona a excepción de su Abogado defensor¹²³⁴. Con el mayor de los aciertos, la norma procesal francesa es rotunda al declarar la inaplicabilidad de la prohibición de intervenir las comunicaciones del inculpado con su defensor.

1.2. LAS PREVISIONES DEL LEGISLADOR PROCESAL ITALIANO.

Como no podría ser de otro modo, el nuevo Código Procesal italiano de 1995, consagra el derecho de todo imputado -y, muy especialmente, del privado de libertad con finalidad cautelar- a la comunicación con su defensor¹²³⁵, como esencial manifestación del derecho de defensa inmediatamente ejercitable una vez recibida la imputación¹²³⁶.

En efecto, el art. 104. 3º CPPit reconoce al sometido a prisión provisional la facultad de conversar con su Abogado, tan pronto comience a darse cumplimiento a la medida cautelar; facultad, que igualmente asiste a la persona sujeta a detención ordenada por el Ministerio Fiscal.

¹²³⁴ Según reza el art. 145.4º pf. 1º CPPfr, "en aucun cas, l'interdiction de communiquer ne s'applique à l'avocat de la personne mise en examen". Sobre el particular, véase BOULOC, B., (et. alt.), "Procédure Pénale", op. cit., pág. 588 y CALLÉ, B., *La détention provisoire*, Paris, 1992, págs. 63 y 65.

¹²³⁵ El precepto hace desaparecer la discrecionalidad del Juez en la concesión de los permisos de coloquio del defensor con el detenido previsto en el abrogado art. 135 CPPit, por razón de su reconocimiento como auténtico derecho del imputado preso. El antiguo Código de 1930, ciertamente, sujetaba la posibilidad de comunicación entre imputado y el defensor a la autorización o permiso del Juez instructor o Ministerio Fiscal correspondiente, que acostumbraron a concederlo una vez hubieran tenido lugar las principales diligencias de investigación, a juicio de la doctrina, con la intención encubierta de lograr con éxito la confesión del imputado.

A partir de la nueva regulación, según advierte LATTANZI, la garantía de la plena libertad de la comunicación con el Letrado se ha visto robustecida, en la medida en que la misma viene reconocida desde el momento en que se manifieste el *arresto* o *fermo* del inculpado o, en su caso, comience a aplicarse la medida de prisión provisional que se acuerde. Vid. *Codice di Procedura Penale*, Milano, 1995, págs. 263 y 264, y asimismo LOZZI, G., "Lezioni di Procedura Penale", op. cit., pág. 109.

¹²³⁶ Vid. GREVI, V., (et. alt.), *Commento Breve al nuovo Codice di Procedura Penale*, Milano, 1994, págs. 103 y 104.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A nadie se le escapa que la comunicación oral resulta ser el más directo y ágil de los modos de relación entre el imputado y su Abogado defensor y que, a los efectos de preservar el secreto de su contenido, habrá de desarrollarse en locales apropiados del Establecimiento, destinados al efecto. Estas dependencias, según se prevé, han de estar provistas de un cristal divisorio a través del cual uno o más funcionarios vigilan los movimientos del interno y de las personas que con ellos comuniquen, sin posibilidad de escuchar y tomar conocimiento del contenido de sus conversaciones¹²³⁷.

Ahora bien, a solicitud del Ministerio Fiscal y en todo caso mediante resolución motivada, puede el órgano jurisdiccional diferir por un tiempo nunca superior a 5 días las posibilidades de contacto del inculcado con el Letrado¹²³⁸; ello, si durante el curso de la investigación llegara a apreciarse la concurrencia de circunstancias que exijan la adopción de excepcionales cautelas¹²³⁹.

En los supuestos de detención, esta misma facultad de retardar el disfrute del derecho a comunicar, corresponde al Ministerio Fiscal¹²⁴⁰. En este caso, el límite

¹²³⁷ Sobre el particular, véase FESTA, R., con PADOMANI, C., y TODICO, F., *Diritto Penitenziario*, 4ª ed., Napoli, 1981, págs. 74 y 75.

¹²³⁸ Vid. LOZZI, G., "Lezioni di Procedura Penale", op. cit., pág. 110.

¹²³⁹ La doctrina, aun consciente de la limitación que la medida prevista entraña al elemental derecho de defensa del sujeto preso, no duda de su ajuste a los dictados de la Constitución italiana y a la Carta Europea de Derechos Humanos; ésta última, como bien advierte RIVIEZZO, abre incluso paso a la posibilidad de retrasar, no más allá de un tiempo razonable, el primer contacto entre el sujeto sometido a detención o prisión y su defensor, según declara, en interés de la misma Administración de la Justicia. Vid. "Custodia cautelare e diritto di difesa", op. cit., pág. 28.

¹²⁴⁰ Defiende LATTANZI la legitimidad del art. 104 CPPit en la parte en que consiente al Ministerio Fiscal suspender el ejercicio del derecho a comunicar con el defensor que corresponde a la persona sometida a "arresto" o "fermo"; a su juicio, ello no se opone al principio de igualdad del art. 3 de la Constitución italiana desde el momento en que el art. 388.1º del CPPit exige a éste órgano público que, con carácter previo al interrogatorio del detenido, proceda a dar aviso de su celebración al defensor. En opinión del autor citado, pues, en absoluto debe entenderse menoscabado el derecho a la defensa del inculcado que consagra el art. 24 del Texto constitucional italiano, ni el principio de igualdad de armas procesales entre acusación y defensa que sanciona el CEDH desde el momento en que al defensor se asegura la posibilidad de estar presente, sea en el interrogatorio conducido por el Fiscal, sea en la audiencia de convalidación de la medida cautelar privativa de libertad por parte del Juez encargado de la "indagine preliminare". Vid. LATTANZI, G., "Codice di Procedura Penale", op. cit., pág. 264.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

temporal de la medida de incomunicación coincide con el momento en que el sujeto haya de ser puesto a disposición de la autoridad judicial que podrá decidir, bien el levantamiento de la medida, bien una prórroga de la prohibición de contacto por el tiempo restante hasta el agotamiento de su plazo de duración máximo.

En uno y otro caso, el acuerdo de la medida exige la concurrencia de idénticos presupuestos, de cuya presencia habrá de dar cuenta la resolución, ya judicial, ya emitida por el Ministerio Fiscal que la decida, según se desprende de lo dispuesto por el art. 36 disp. att. CPPit¹²⁴¹.

En verdad, una primera lectura de lo expresado por el citado art. 104 CPPit y a la vista del plazo temporal que en él se establece -coincidente con el previsto como máximo para la recepción por el órgano jurisdiccional de la primera declaración del imputado¹²⁴²- ha llevado a sospechar cierta intención del legislador de evitar todo contacto del inculcado con su Abogado, previo a la celebración de dicho acto¹²⁴³; sin embargo, la duda pronto se despeja si se atiende a la verdadera naturaleza del interrogatorio que el Juez recibe, como se adelantaba, distinta de la de mero acto de investigación¹²⁴⁴.

Entender la declaración del inculcado como medio de defensa del que puede inmediatamente servirse, hace obligado considerar inadmisibile el sometimiento a

¹²⁴¹ Esta exigencia parece imponerse tanto en la hipótesis del art. 104.3º CPPit, cuanto en la del apartado 4º del mismo precepto referido al acuerdo de la medida por el Ministerio Fiscal, a quien igualmente requiere la previa emisión de una resolución motivada y fundada.

¹²⁴² Art. 294 CPPit.

¹²⁴³ Esto último, en verdad, otorgaría legitimidad a ciertas tesis construidas sobre lo que, a nuestro juicio, constituye el error de considerar que la exigencia, para su acuerdo, de la concurrencia de excepcionales razones de cautela se vería cumplida con la sola apreciación de la necesidad de limitar la defensa fundada en la obtención del testimonio del sujeto imputado. Cfr. CONSO, G., con GREVI, V., NEPPI, A., y MODONNA, *Il nuovo Codice di Procedura Penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Milano, 1995, Vol. I, pág. 385.

¹²⁴⁴ SANGUINETI, L.M., *Lezioni di Procedura Penale*, Milano, 1996, págs. 43 y 44.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

incomunicación del inculpado al efecto de impedir el consejo previo del Letrado en el ejercicio de su derecho a autodefensarse.

La falta de comunicación y, en consecuencia, de asesoramiento por parte del defensor de cara al interrogatorio, implica una manifiesta ilegitimidad del acto que se celebra que no puede sino traducirse en la nulidad de lo actuado; sin embargo, la doctrina parece salvar la legitimidad de la declaración prestada de ese modo por consecuencia de la imposibilidad de proceder al contacto con el defensor con anterioridad al transcurso del plazo por el que se mantiene la prohibición¹²⁴⁵.

Es más, a nivel doctrinal¹²⁴⁶ se ha señalado que el aplazamiento al inculpado del disfrute de su derecho a comunicar con el Abogado defensor hasta tanto haya finalizado el primer interrogatorio, podría hallar justificación en la necesidad de evitar un desequilibrio entre posiciones procesales, por entender que, de no ser así, la defensa gozaría de una condición privilegiada respecto a la parte acusadora representada por el Fiscal.

En verdad, el explícito reconocimiento al imputado del derecho a no responder -que implícitamente comporta la imposibilidad de derivar consecuencia negativa alguna de su silencio- parece evidenciar que el impedimento temporal de comunicar no puede dirigirse a evitar el flujo de informaciones del defensor al sometido a indagación por su esencialidad a una idónea preparación de la defensa; lo cual, en opinión de parte de la doctrina, no implica que haya de entenderse ilegítimo el impedimento de una corriente de comunicación inversa, esto es, la que fluye del imputado a su defensor, habida cuenta de la necesidad de salvaguardar la finalidad cautelar perseguida¹²⁴⁷ y, especialmente, la

¹²⁴⁵ Vid. RIVIEZZO, C., "Custodia cautelare...", op. cit., págs. 29 y 30.

¹²⁴⁶ Es ésta opinión manifestada, entre otros, por CONSO, G., con GREVI, V., NEPPI, A., y MODONNA, en "Il nuovo Codice di Procedura penale ...", op. cit., pág. 385.

¹²⁴⁷ Exigencias a las que explícitamente se refiere el art. 274 CPPit.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de impedir la contaminación de pruebas en un momento delicado de las investigaciones que coincide con la detención o el inicio de una prisión provisional¹²⁴⁸.

En cualquier caso, es incuestionable -y así lo ha declarado el legislador italiano- que el retardo en el ejercicio del derecho a comunicar con el Abogado defensor ha de apoyarse en "específicas o excepcionales razones de cautela" distintas de la simple necesidad de preservar la espontaneidad de las declaraciones prestadas en el interrogatorio y, como parece sostener la Jurisprudencia, tampoco en la sola peligrosidad del imputado¹²⁴⁹. La adopción de la medida ha de basarse, pues, en circunstancias que escapen de lo común y que, relacionadas con el desarrollo de la investigación o instrucción de la causa, supongan una amenaza al éxito de la misma derivada del contacto de la persona detenida o presa con el propio defensor.

Y tampoco admite dudas que la resolución en que se decida posponer el disfrute de la facultad de comunicación con el Letrado -ya proceda del órgano judicial, ya del Ministerio Fiscal- habrá de indicar puntualmente¹²⁵⁰ esas excepcionales razones motivadoras del retraso, al efecto de posibilitar a la parte su impugnación.

En este punto, sin embargo, conviene señalar que, tras una inicial perplejidad, doctrina¹²⁵¹ y jurisprudencia coinciden en afirmar que, aun cuando la decisión de impedir la comunicación con el defensor no es impugnabile por sí sola, de resultar su

¹²⁴⁸ RIVIEZZO, C., "Custodia cautelare ...", op. cit., págs. 29 y 30.

¹²⁴⁹ ILLUMINATTI, G., con SPANGHER, G., VOENA, GP., *Casi e questioni di diritto processuale*, Milano, 1995, pág. 235; RIVIEZZO, C., "Custodia cautelare...", op. cit., págs. 29 y 30.

¹²⁵⁰ Sin embargo, jurisprudencialmente viene admitiéndose que dicho acuerdo carezca de autonomía formal y se halle incluido en la misma orden de prisión provisional; nada obsta, pues, a que la motivación exigida, si existe, pueda ser extraída de esta compleja y única resolución judicial.

¹²⁵¹ GREVI, V., (et. alt.), "Commentario breve al nuovo Codice...", op. cit., pág. 104; ILLUMINATTI, G., con SPANGHER, G., VOENA, GP., "Casi e questioni di diritto processuale", op. cit., pág. 235 y de la misma opinión, PASCARELLO, en "Rev. Giustizia Penale", 1992, núm. III, pág. 96.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ilegitimidad, la medida y lo actuado a partir de la misma queda afectado de nulidad¹²⁵² merced a la inobservancia de las garantías que han de reconocerse a todo imputado o indagado¹²⁵³.

Entiende la doctrina mayoritaria, en efecto, que la ilegitimidad o invalidez por vicio de forma o de fondo de la decisión a la que se refiere el art. 104 CPPit que aquí se trata, comporta la violación del derecho que a aquél pertenece a la asistencia letrada¹²⁵⁴, vicio, que se comunica a los actos sucesivos y que, en su caso, se traduce en nulidad de la orden judicial de convalidación de la detención o del interrogatorio que se recibe sin el previo contacto entre el defensor y el indagado y, en definitiva, en la inmediata pérdida de eficacia y necesidad de levantamiento de la medida cautelar adoptada ex art. 302 CPPit¹²⁵⁵.

Asimismo, parece admitirse doctrinalmente que el derecho del inculpado a la inviolabilidad del secreto de su correspondencia pueda verse debilitado ante exigencias

¹²⁵² Consecuencia ésta a la que se refiere el art. 178 c) CPPit.

¹²⁵³ En opinión de CONSO y GREVI, no puede ponerse en duda que el aplazamiento de la atribución al inculpado del derecho a la comunicación con el Abogado defensor por resolución judicial o emitida por el Fiscal carente de motivación, determina la nulidad prevista en los art. 178 y 180 CPPit; y, lo mismo ha de entenderse al respecto de la decisión que impide el disfrute del derecho a la persona objeto de "arresto" o "fermo" en el sentido del art. 61 CPPit. Vid. "Commentario breve al nuovo Codice di Procedura Penale", op. cit., pág. 104. Sobre el particular, véase asimismo lo declarado por el "Tribunal de Cassazione" italiano, con anterioridad incluso a la entrada en vigor de la reforma procesal de 1995, en las sentencias de 21 de mayo de 1992, de 5 de mayo de 1992, de 11 de marzo de 1992, y de 19 de diciembre de 1990, entre otras.

¹²⁵⁴ En opinión de LATTANZI, no todas las violaciones del derecho del imputado a comunicar con el defensor son causa de nulidad, sino sólo aquellas que concretamente hayan causado menoscabo del derecho. Vid. "Codice di Procedura Penale", op. cit., pág. 262. En apoyo de su tesis, el autor cita la sentencia "Trib. Trapani, 11 nov. 1991", publicada en "Arch. proc. pen", 1992, pág. 253.

¹²⁵⁵ LATTANZI, G., "Codice di Procedura Penale...", op. cit., pág. 265; en este mismo sentido, y sobre la base de reiterada jurisprudencia, expresa GREVI que el retraso ilegítimo del coloquio del imputado con su Abogado defensor, y por ello, la violación de los art. 104, 1º y 2º del Código, comporta una violación del derecho defensa encuadrable en el art. 178 lett c) que invalida el interrogatorio prestado por aquél que ha sido privado del derecho a conversar y recibir consejo de su defensor. GREVI, V., (et. alt.), "Commentario breve al nuovo Codice...", op. cit., pág. 105. En este mismo sentido véase SANGUINETI, LMª., "Lezioni di Procedura Penale ...", op. cit., pág. 92.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

procesales relativas a la protección de la genuidad de las pruebas o necesidades de tutela del orden y la seguridad en el Establecimiento penitenciario en que el inculcado se halle recluido; pero, en cualquier caso, parece firme la idea de que la privación de libertad a partir de la adopción de una medida cautelar, no debe agravar el rigor ya inherente a la misma, a no ser que concurren excepcionales exigencias que, por lo que aquí interesa, justifiquen el aislamiento del sujeto que la padece y la privación así de todo contacto, tanto oral cuanto escrito, o proceda éste de una sanción impuesta por razones disciplinarias.

Como acertadamente señala ZAPPALÀ¹²⁵⁶, estas últimas medidas en absoluto pueden venir acordadas de forma automática e ilimitadamente; antes al contrario, las mismas podrán sólo ser dispuestas si, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, resultan necesarias, idóneas y proporcionadas; y, asimismo, con la exigencia de que la autoridad legitimada para el acuerdo expresamente señale en la orden que ha de emitir al efecto, la duración y extremos de la incomunicación a la que habrá de venir sujeta la persona presa.

Por lo que se refiere al posible control de la correspondencia del imputado, conviene tener presente que su decisión queda reservada, si a ello se procede con anterioridad a la emisión de la sentencia de primer grado, a un órgano investido de potestad jurisdiccional; órgano que puede asimismo acordar la fiscalización de las comunicaciones telefónicas que, en situaciones de urgencia, se autoriza al privado de libertad a mantener con familiares u otras personas.

En verdad, al igual que sucediera al respecto de la correspondencia escrita, el legislador penitenciario italiano, en un primer momento, previno la posibilidad de someter a control las comunicaciones del interno mantenidas vía telefónica. De este

¹²⁵⁶ ZAPPALÀ, G., *Censura della corrispondenza dei detenuti: profili di incostituzionalità*, "Rev. Rass. pen. crim.", 1987, pág. 525.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

modo, se abría paso a la posibilidad de escuchar y, en su caso, registrar toda conversación mantenida en virtud de una decisión de la autoridad jurisdiccional competente y dando aviso previo al interno a los sujetos afectados. Sin embargo, como quiera que en la práctica ese modo de proceder podía prestarse a abusos en perjuicio de la seguridad y orden del Establecimiento, se dispuso con posterioridad que las mismas fueran siempre escuchadas por el funcionario y, en su caso, registradas sin dar al interlocutor aviso previo de la escucha y el registro, aunque suponiendo que los intervinientes en la comunicación tendrían constancia de que sus conversaciones no gozaban de secreto¹²⁵⁷.

El actual estado de la cuestión, como se tendrá ocasión de constatar en el capítulo subsiguiente, difiere sustancialmente del aquí esbozado en la forma que en breve se expondrá.

1.3. LA NORMA PROCESAL PORTUGUESA.

El derecho a comunicar en privado con la persona del Abogado defensor se consagra en el proceso penal portugués como importante instrumento del derecho de defensa¹²⁵⁸. Así, formando parte del cuerpo de derechos de los que, salvo excepciones, goza todo imputado se halle o no detenido, junto a la facultad de recibir la asistencia de un defensor en todos los actos procesales en que intervenga, al mismo viene reconocida la facultad de comunicar con aquél en privado, antes y después de su primer interrogatorio¹²⁵⁹.

¹²⁵⁷ Vid. sobre el particular FESTA, R., con PADOMANI, C., y TODISCO, F., "Diritto penitenziario", op. cit., págs. 76 y 77.

¹²⁵⁸ MARQUES DA SILVA, G., "Curso de Processo Penal", op. cit., pág. 292.

¹²⁵⁹ Art. 61º.1 e) CPPPort.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Lo cierto es que, en un primer momento, el legislador procesal consideró que el derecho del imputado a comunicar privadamente con el Letrado, había de reconocerse sólo finalizado el primer interrogatorio judicial, para mayor garantía de eficacia de las investigaciones¹²⁶⁰; sin embargo, pronto quedó evidenciada la contradicción que supone, de un lado, asegurar la asistencia obligatoria del defensor en cada uno de los interrogatorios a los que el imputado-presos se somete durante el desarrollo de la instrucción, y de otro, frustrar dicha garantía a partir de la incomunicación que imposibilita la previa comunicación imputado-defensor, tan necesaria a tales efectos¹²⁶¹.

En realidad, la doctrina lusa vino mostrándose enormemente crítica con esta última regulación que entendía carente de eficacia, habida cuenta de la dificultad - cuando no imposibilidad misma- de obtener del imputado "declaraciones completas, inequívocas, sin precipitaciones y libres"; declaraciones para cuya obtención no es en absoluto garantía el impedimento a quien la presta de mantener comunicación con su Letrado en un momento anterior a su celebración¹²⁶².

Es más, la cuestión relativa al ajuste o no al Texto Fundamental portugués llegó a ser planteada ante el Tribunal Constitucional que, en resolución nº7/87, declaraba la inconstitucionalidad de la disposición procesal entonces vigente. El Tribunal entendió,

¹²⁶⁰ En este sentido, se expresaban los art. 274 de CPPPort de 1929, posteriormente modificado por Decreto-ley nº 185/72, y transformado en el art. 311, que sufre nueva alteración por Decreto-ley nº 377/ 77, de 6 septiembre; conforme a esta última redacción, el precepto disponía la imposibilidad de los presos de comunicar con persona alguna antes del primer interrogatorio si ello se mostrara indispensable para evitar perturbaciones en el proceso".

Asimismo, declaraba el segundo de sus párrafos que, mientras durara la instrucción preparatoria, el Juez podía prohibir la comunicación del imputado con ciertas personas, o condicionarla si ello fuera absolutamente necesario para evitar tentativas de perturbación de la instrucción del proceso".

¹²⁶¹ FIGUEREIDO DIAS, J., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 500.

¹²⁶² En este sentido, según señala SARDINHA, se pronunciaba un nutrido colectivo de Abogados, de los que a juicio del autor merecen mención BARCELAR, A., *A intervenção do advogado no processo criminal*, en Revista da Ordem dos Advogados, ano 32ª jul-dez de 1972, págs. 559 y 600, y GUEDES DA COSTA, O., *A incomunicabilidade do detido e o Advogado*, en "Para uma nova Justiça Penal", págs. 82 y 272, con quienes coincide en su opinión. Vid. "O terrorismo ...", op. cit., págs. 111 y 112.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

sencillamente, que la medida de imposibilidad de contacto contrariaba el art. 32. 3º de la Constitución y, en consecuencia, resultaba lesiva del elemental derecho de defensa técnica que en él se consagra.

Con la reforma de la Norma Fundamental portuguesa, el régimen de incomunicación del imputado en lo que respecta a la figura del Abogado defensor, se ve profundamente modificado. La medida, extiende su ámbito de aplicación a un grupo de personas entre las que éste último no puede entenderse incluido; es más, se ha de afirmar la inconstitucionalidad de toda interpretación de esos nuevos preceptos, en el sentido de considerar afectada por la incomunicación la relación que el inculcado mantenga con su Abogado.

La misma norma procesal, tras la reforma operada en 1979, declaraba de forma inequívoca -en el art. 211.3, entonces en vigor- que la sujeción del sometido a prisión preventiva a un régimen de incomunicación, no había de perjudicar sus comunicaciones con "las personas con relación a las cuales, y en los términos de la presente ley, tenga el derecho a comunicar personalmente" entre las que, evidentemente, se halla su Abogado defensor¹²⁶³. La celebración de las conversaciones entre ambos que se autorizan, deben rodearse de la máxima reserva; en realidad, las mismas han de tener lugar a la vista del funcionario encargado de la vigilancia pero en condiciones de no poder ser escuchadas¹²⁶⁴.

Asimismo, el precepto que la misma norma dedica al primer interrogatorio no judicial del imputado detenido, faculta al Ministerio Fiscal para determinar la prohibición del detenido de comunicar con persona alguna, a salvo su Abogado

¹²⁶³ Para un conocimiento en mayor profundidad del precepto aquí aludido, puede verse el comentario a su contenido realizado por SARDINHA, J., en su obra "O terrorismo e a restrição ...", op. cit., págs. 112 y 113.

¹²⁶⁴ Téngase presente que la regla que se contiene en el apartado 1º letra e), antes nombrada, viene excepcionada en el párrafo 2º del Art. 61º CPPPort.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

defensor, con carácter previo a su celebración, en los solos supuestos de terrorismo, criminalidad violenta o altamente organizada.

Esta prohibición que expresamente exceptiona las conversaciones con el Letrado y trae causa del recurso de inconstitucionalidad antes mentado¹²⁶⁵ constituye, en opinión de LOPES MAIA GONÇALVES, un auténtico régimen de excepcional aplicación a los casos delictivos taxativamente fijados, en respuesta a la comisión de ciertos hechos delictivos de gran repercusión, que lo hacen indispensable por razón del grave riesgo de perturbación del desarrollo de las actuaciones seguidas para su averiguación¹²⁶⁶.

De lo expuesto, en apariencia, se colige que la posible incomunicación del sujeto preso prevista en el ordenamiento procesal portugués, no entraña drásticas medidas de restricción al fundamental derecho de defensa del sujeto que la padece; sin embargo, aun cuando la norma procesal no refleja importantes límites a la garantía, lo cierto es que la misma puede verse limitada por razón de la adopción de ciertas medidas de injerencia en el desarrollo de los contactos del imputado, con fines investigadores a las que en el capítulo precedente se aludía, y algunas otras que se tendrá ocasión de señalar en breve.

1.4. LAS ESPECIALÍSIMAS MEDIDAS PREVISTAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN.

El legislador procesal alemán, en efecto, otorga protección privilegiada a los contactos del inculcado con su Abogado defensor frente a la eventual vigilancia estatal y, en definitiva, frente a toda injerencia de los órganos públicos intervinientes en el

¹²⁶⁵ Vid. Art. 143.4 CPPPort.

¹²⁶⁶ "Código de Processo Penal", op. cit., págs. 282 y 283.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

desarrollo de las investigaciones¹²⁶⁷; y, de antemano advierte que, al detenido o preso "sólo se deben imponer aquellas restricciones de las que precisen el objetivo de la detención preventiva o la ordenación en la entidad de cumplimiento"¹²⁶⁸.

La ordenanza procesal alemana determina en su § 148 (1) StPO que al inculcado ha de reconocerse, aun en el supuesto en que se halle encarcelado¹²⁶⁹, el derecho a mantener comunicación tanto oral cuanto escrita con su defensor, sin sujeción a control o limitación alguna, en aras de garantizar la efectividad del fundamental derecho de defensa¹²⁷⁰ de la que es clara manifestación el derecho a comunicar con el defensor, oralmente o por escrito¹²⁷¹.

El apartado 2º del mismo precepto, en cambio, abre paso a la posible introducción de límites en la esfera de ejercicio del derecho, para el caso en que haya de conocerse de las conductas delictivas sancionadas con penas de la máxima gravedad a las que se refiere el § 129 a) de la norma penal sustantiva (StGB).

En efecto, en el mismo § 148 (2) StPO se contiene la prohibición de todo intercambio entre ambos de escritos u otros objetos -a cuyo fin, han de establecerse los dispositivos oportunos- a no ser que el remitente consienta que los mismos sean presentados primeramente al Juez y fiscalizados por él. Y en las mismas condiciones y de concurrir idénticos presupuestos, esta última regla puede operar sobre las

¹²⁶⁷ JULIUS, KP., *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, Heidelberg, 1997, pág. 545; FEZER, G., *Juristischer Studienkurs*, München, 1995, pág. 49; KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 531.

¹²⁶⁸ Vid. § 119 (3) StPO.

¹²⁶⁹ Téngase presente que, como bien advierte JULIUS, el peligro frente a intromisiones estatales que pretende evitarse, si bien puede afectar al sujeto que permanece libre, se intensifica inevitablemente en los supuestos en que el imputado resulta privado de libertad con finalidad cautelar, "Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung", op. cit., pág. 545.

¹²⁷⁰ EDIT., HH., "Verkehr des Gefangenen mit der Aussenwelt ...", op. cit., pág. 382.

¹²⁷¹ LAUFHÜTTE, K., "Karlsruher Kommentar ...", op. cit., pág. 707.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

comunicaciones del inculcado con la persona que resulta ser su defensor en un proceso distinto¹²⁷² de aquél en cuyo marco la medida se acuerda.

Como de inmediato podrá constatarse, esta previsión del legislador germano viene referida a supuestos en que se teme la presencia de riesgos para las personas derivados de la acción de asociaciones o grupos terroristas; marco delictivo éste en el que puede tener lugar incluso la absoluta prohibición de las comunicaciones personales del sujeto preso¹²⁷³.

1.4.1. LA LIBERTAD DE LA COMUNICACIÓN CON EL DEFENSOR.

Es incuestionable que la especial protección conferida por el § 148. 1º a las comunicaciones imputado-defensor, se configura como presupuesto elemental de la efectividad del derecho de defensa¹²⁷⁴; la exigencia que en él se contiene, dirigida a permitir el desarrollo sin trabas de sus contactos, indudablemente se impone por razón de la necesidad de garantizar la mayor eficacia en el desarrollo de la función defensiva.

En verdad, la libertad que se protege pertenece a la esencia misma de la defensa, como esencial es a la relación entre ambos el elemento de la confianza¹²⁷⁵; ésta última, qué duda cabe, resulta amenazada por la sola posibilidad de que la declaración efectuada al defensor llegue a conocimiento de los órganos investigadores, en la medida

¹²⁷² Véase el § 148 (2) StPO en su apartado 2º.

¹²⁷³ Vid. § 31 y ss., de la EGGvG. Sobre el particular, véase, KISSEL, O., "Karlsruher Kommentar zur ...", op. cit., págs. 2075 y ss., en especial, pág. 2080, y del mismo autor, *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 2ª ed., München, 1994, págs. 1261 a 1294.

¹²⁷⁴ En este sentido, KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 531; LAUFHÜTTE, "Karlsruher Kommentar zur ...", op. cit., págs. 706 y 707, MÜLLER, M., con SAX, W., y PAULUS, R., *Müller Kommentar zur Strafprozessordnung*, Darmstad, 1997, pág. 60.

¹²⁷⁵ FEZER, G., "Juristischer Studienkurs", op. cit., pág. 40.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

en que su simple sospecha impediría aquella sinceridad "sin reservas" que el primero precisa para la efectiva prestación de la defensa¹²⁷⁶.

Sobre la base de lo expresado a nivel doctrinal se sostiene que la operatividad del precepto, presupone la existencia de una relación de defensa¹²⁷⁷, nacida de la designación por el imputado o la solicitud por el mismo de nombramiento de un Abogado, y la consiguiente aceptación por este último del mandato¹²⁷⁸; ello, sin distingo alguno en cuanto al estado de libertad o, contrariamente, de detención o prisión provisional en que se sitúe al primero¹²⁷⁹.

Es claro que, la comunicación que el imputado libre pretenda celebrar con su defensor no precisa de autorización alguna, pero requiere inexcusablemente ser protegida frente a todo control o injerencia; el legislador alemán, sin embargo, pretende que la situación del sometido a una medida cautelar privativa de libertad sea, en la medida de lo posible, pareja a aquella en la que queda el que la conserva¹²⁸⁰.

Según la propia norma procesal determina, al sujeto preso no habrá de imponerse mayores limitaciones que las que requiera la finalidad de la prisión¹²⁸¹, o el

¹²⁷⁶ FEZER, G., "Juristischer Studienkurs", op. cit., pág. 49.

¹²⁷⁷ En principio, pues, la medida se concibe para ser aplicada al contacto con el sujeto que asume la defensa, ya por su condición de Abogado, ya en condición distinta, según lo dispuesto por los § 137 y 139 StPO. Vid. SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und Gerichtverfassungsgesetz*, Göttingen, 1985, pág. 256. De la misma opinión, SAX, W., (et. alt.), "Kommentar zur Strafprozessordnung" op. cit., pág. 60.

¹²⁷⁸ En opinión de FEZER la misma protección merece la relación con el defensor nombrado por un tercero, si puede constatarse que el inculpado está de acuerdo con la designación efectuada. "Juristischer Studienkurs", op. cit., pág. 40.

¹²⁷⁹ LAUFHÜTTE, K., "Karlsruher Kommentar", op. cit., pág. 706.

¹²⁸⁰ No se olvide que, precisamente, es en el marco de las situaciones de privación de libertad donde la intensidad de las injerencias estatales alcanzan su mayor grado. JULIUS, KP., "Heidelberger Kommentar ...", op. cit., pág. 545.

¹²⁸¹ Vid. § 119 (3) StPO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

orden y la seguridad del Establecimiento de ejecución de penas; en consecuencia, lejos de obstaculizarlas, al mismo garantiza la posibilidad de celebrar entrevistas con el letrado, a partir de un generoso régimen de visitas¹²⁸² sobre las que prohíbe la vigilancia o escucha por parte de los funcionarios penitenciarios¹²⁸³.

En sus visitas al establecimiento, el Letrado podrá llevar consigo la documentación que precise hacer llegar a su patrocinado¹²⁸⁴, que no habrá de ser sometida a control o supervisión¹²⁸⁵; asimismo, resultaría ilegítimo el registro de elementos u objetos relacionados con la defensa que se hallaren en posesión del inculcado¹²⁸⁶.

¹²⁸² En opinión de la doctrina -que se comparte- al defensor han de ser autorizadas las visitas al Centro y la celebración de entrevistas con el sujeto preso no sometidas a la vigilancia estatal y sin limitación en cuanto a la duración y frecuencia, en la medida en que posibiliten las exigencias de orden y seguridad en el centro. Vid. KLEINKNECHT, T., y MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., págs. 532 y 533.

¹²⁸³ En atención a lo dispuesto por el § 36.1 UVollzO y el § 27. 2º StvollzG, en principio, ha de entenderse excluida toda inspección óptica y acústica del desarrollo de las comunicaciones orales entre el imputado preso y su defensor. Sobre el particular, véase JOESTER, E., con FEEST, J., y VOLCKRAT, B., *Reihe Alternativkommentar. Kommentar zur Strafvollzugsgesetz*, Luchterhand, 3ª ed., págs. 200 y 201; LAUBENTHAL, K., *Strafvollzug*, Berlin-Heidelberg, 1995, pág. 187.

¹²⁸⁴ En cuanto a la competencia para la autorización de visitas y permisos de comunicación con el defensor, ha de atenderse a lo dispuesto por los § 23 EGGVG, 119 (3) y 148 (2) 3º StPO. Sobre el particular, véase asimismo, CASSARDT, G., *Karlsruhe rechtsgrundlagen und Zuständigkeiten für Massnahmen im Vollzug der Untersuchungshaft*, "Rev. NSTZ", 1994, núm. 11, págs. 523 y 524.

¹²⁸⁵ Se apunta sin embargo por la doctrina, la imposibilidad para el defensor de entregar al inculcado documentos procedentes de un tercero sin una autorización especial por parte del Juez, aun en el caso en que éstos se hallaren relacionados con la defensa. KLEINKNECHT., T., MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 533; SCHMIDT, E., "Lehrkommentar zur Strafprozessordnung", op. cit., pág. 257.

¹²⁸⁶ Con relación a la aprehensión de ciertos objetos relacionados con la defensa, se plantea cierta duda que FEZER ha resuelto como sigue. De una parte, el secuestro de estos elementos en posesión del defensor viene impedido en virtud de lo previsto por el § 97.2º StPO; ahora bien, en atención a lo expresado en su apartado 3º, la incautación de los mismos podría tener lugar en el momento en que dejaran de hallarse en posesión o bajo custodia del defensor, o llegara a sospecharse la comisión por este último de un hecho delictivo.

Sucede, sin embargo que, por razón de lo dispuesto en el § 148 StPO, la previsión que se contiene en el anterior precepto opera limitadamente; ello por cuanto, según entiende el autor citado -y es opinión que parece extendida entre la doctrina-, la prevalencia de este otro a no ser que se presuma la participación del Abogado mismo en el hecho delictivo; supuesto éste, en cambio, cuya solución no

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La falta de mención expresa plantea sin embargo la duda al respecto de las comunicaciones orales mantenidas vía telefónica que divide a la doctrina; ciertos autores, sobre la base de la inexistencia de un auténtico derecho del sujeto preso o el defensor a hacer uso de los medios telefónicos del Centro, consideran que la protección del § 148.1º StPO no alcanza a esta modalidad de contacto¹²⁸⁷; muchos otros, sin embargo, no conciben cómo puede entenderse irrelevante que la comunicación telefónica sea objeto de control¹²⁸⁸.

En cualquier caso, si se tiene presente que la protección se confiere en garantía del fundamental derecho defensa, parece acertado considerar incluidas en la esfera de tutela del precepto a éstas últimas comunicaciones orales, en la medida en que las mismas son instrumentales y sirven, como el resto, al ejercicio de la actividad defensiva.

Exenta de control ha de permanecer, asimismo, la correspondencia - entendiendo por ella, la comunicación escrita que mantengan- que el letrado dirija al inculcado o la que, en sentido opuesto, éste remita a su Abogado defensor.

A la vista de lo expresado, es claro que la especial protección que se prevé, viene referida a las comunicaciones del inculcado con el letrado que asume la defensa y adquiere, en consecuencia, la calidad de defensor¹²⁸⁹; de ahí que la doctrina¹²⁹⁰ entienda

llega a expresarse. Vid. FEZER, G., "Juristischer Studienkurs", op., cit., pág. 51; LAUFHÜTTE, "Karlsruhe Kommentar", op. cit., pág. 708; MÜLLER y SAX, "Kommentar zur strafprozessordnung", Darmstad, 1966, pág. 510, y el mismo autor con SAX y PAULUS, "Kommentar zur Strafprozessordnung ...", op. cit., ed. 1997, pág. 59.

¹²⁸⁷ KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 533.

¹²⁸⁸ JULIUS, KP., "Heidelberger Kommentar ...", op. cit., pág. 545.

¹²⁸⁹ Vid. § 138.1º y 2º StPO, y asimismo, MÜLLER con SAX y PAULUS, "Kommentar zur Strafprozessordnung", op. cit., pág. 59; SCHMIDT, E., "Lehrkommentar zur Strafprozessordnung", op. cit., pág. 256.

¹²⁹⁰ JULIUS, KP., "Heidelberger Kommentar...", op. cit., pág. 545. El autor, ante la duda que se plantea, parece sostener que tan privilegiada tutela no alcanza a la comunicación con el Abogado al que se refiere el § 149 StPO; opinión opuesta manifiestan, entre otros, SCHMIDT, E., "Lehrkommentar zur Strafprozessordnung ...", op. cit., pág. 256; SAX (et. alt.), "Kommentar zur Strafprozessordnung ...", op. cit., pág. 60.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

excluida de la misma la relación del imputado con profesionales que presten su asesoramiento en materias distintas a la penal, como sucede con cuestiones de naturaleza estrictamente disciplinaria.

Con carácter excepcional, sin embargo, y siempre que concurren fundadas razones de peligro para la seguridad del Centro Penitenciario o la obstaculización del juicio, la norma procesal abre paso a la posibilidad de someter a cacheos las ropas o bolsas del Abogado que visita la prisión, incluso mediante la utilización de un detector de metales, que permita descubrir el porte de armas u otros objetos peligrosos¹²⁹¹.

En cualquier caso, los paquetes y cartas que los mismos intercambien deben identificarse desde un primer momento como "correo de defensa", sin ser sometidos a control por parte de las autoridades del Centro, a no ser que se constate que los mencionados documentos no sirven a la defensa en el marco del proceso¹²⁹².

En garantía, pues, de la efectividad del fundamental derecho de asistencia y defensa técnica, las comunicaciones mantenidas por el imputado con su Abogado defensor, ya sean orales, ya escritas, han de preservarse frente a intromisiones que entrañen la falta de respeto a la libertad y secreto en su desarrollo, indispensables al éxito de la defensa misma¹²⁹³; de ahí que el abuso de la privilegiada protección que a las mismas se confiere merezca, a juicio del legislador germano, ser duramente sancionado.

¹²⁹¹ Vid. los § 26 y 24. 3º StvollzG, sobre este punto, véase asimismo, JOESTER, E., con FEEST, J., y VOLCKRAT, B., "Kommentar zur Strafvollzugsgesetz", op. cit., pág. 198; KISSEL, OR., "Karlsruher Kommentar zur ...", op. cit., pág. 2080; LAUBENTHAL, K., "Strafvollzug", op. cit., pág. 380.

¹²⁹² En opinión de FEZER, el legislador presume relacionados con la actividad defensiva aquellos documentos que el letrado porta abiertamente; la sospecha de no serlo -y, en consecuencia, la falta de operatividad del la protección del § 148 StPO- surgiría, excepcionalmente, ante su ocultamiento o de llevar consigo objetos distintos de los habituales, sin especificar a los funcionarios del centro que se trata de elementos relativos a la defensa. Véase. FEZER, G., "Juristischer ...", op. cit., pág. 50.

¹²⁹³ La mayor eficacia de la defensa, sin embargo, exige además de la efectividad del derecho a mantener comunicación con el defensor, el que éste conozca el desarrollo de las actuaciones. SCHMITZ, R., "Das recht auf Akteneinsicht bei Anordnung ...", op. cit., págs. 319 y 324.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En efecto, como ya se tuvo ocasión de señalar, el legislador procesal germano prevé la posible aplicación de la grave medida de exclusión del proceso y la imposibilidad de ejercer la profesión en el mismo u otro procedimiento, al defensor -en principio de libre elección, aunque no exclusivamente- que se sirve de la comunicación con su patrocinado para fines ilícitos y en fraude de la garantía defensiva, en la que encuentra su razón de ser la inviolabilidad de la que se inviste a estos contactos de especial naturaleza.

Sucede asimismo que, durante el desarrollo del proceso que se instaura y en el que se debate acerca de la definitiva exclusión del defensor, el derecho que se contiene en el § 148 StPO puede quedar en suspenso, como medida cautelar y limitada al tiempo en que el proceso se resuelva y, así, excepcionada la inmunidad frente a todo límite que en otro caso se reconoce a la relación imputado defensor.

En la base de estas últimas previsiones, en verdad, parecen hallarse fines relacionados con la eficacia en la lucha frente a la criminalidad terrorista; finalidad ésta que, como en breve se tendrá ocasión de constatar, parece haber perseguido el legislador español con la sujeción del detenido o preso provisional al especial régimen de incomunicación, y más concretamente, con las limitaciones al derecho de defensa en que esta última se traduce.

Ello aconseja volver más tarde a esta medida -exclusiva de la norma procesal germana- para, si los hubiere, señalar los puntos de coincidencia con la previsión de la norma procesal española, y dedicar ahora toda atención a la previsión que, contenida en el § 148.2 StPO, excepciona la plena garantía del instrumental derecho a libre comunicación con el Abogado defensor.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

1.4.2. LA SUJECCIÓN A CONTROL DEL DESARROLLO DE LAS COMUNICACIONES.

Con anterioridad, y como medida que acompaña a la de definitiva exclusión del defensor del proceso consagrada por el § 138 StPO -susceptible de aplicación ante la concurrencia de las circunstancias y con observancia de las garantías en su momento apuntadas- se hacía alusión al supuesto único en que, abiertamente, la ordenanza procesal alemana prevé la suspensión del derecho del imputado a comunicar con su Abogado defensor¹²⁹⁴, que impide la celebración con el mismo de todo contacto¹²⁹⁵.

Pero, al margen de esta previsión y en lo que parece configurarse como instrumento en la lucha frente a determinada criminalidad, el legislador procesal germano arbitra un posible control independiente del desarrollo de las comunicaciones Abogado-cliente.

Es, en efecto, el mismo § 148 StPO en su párrafo segundo el que abre paso a la posibilidad de excepcionar la libertad y secreto de las comunicaciones del imputado con el Abogado encargado de su causa¹²⁹⁶, a partir de la fiscalización de su correspondencia o la puesta a disposición de la autoridad judicial de ciertos documentos, y la vigilancia de sus comunicaciones orales en el interior de la prisión mediante el uso de dispositivos

¹²⁹⁴ Art. 138 c (3) StPO.

¹²⁹⁵ No cabe duda a GÓMEZ COLOMER que la medida se configura como un valioso instrumento en la lucha contra el fenómeno delictivo del terrorismo, "La exclusión del Abogado defensor ...", op. cit., págs. 24 y 25. En realidad, el legislador alemán, antes que arbitrar un proceso específico para el conocimiento de estas concretas conductas delictivas, ha preferido incluir en la misma ordenanza procesal la solución a los no pocos problemas que plantea el fenómeno terrorista y, entre otras, la solución -de mayor o menor acierto- al que surge en el proceso por consecuencia del ejercicio, para fines ilícitos, del privilegio que concede el § 148.I StPO.

¹²⁹⁶ La norma alemana reserva la decisión de aplicar las medidas de control al Juez del *Amtsgericht* del lugar en que se hallare el Establecimiento penitenciario en que hubieren de desarrollarse dichos contactos; a este órgano judicial queda asimismo encomendada la fiscalización de su perfecto desenvolvimiento, habiendo de guardar discreción absoluta al respecto de los resultados que se obtengan; dicha autoridad, en caso alguno podrá participar o de algún modo relacionarse con el objeto de la investigación. En realidad, la ordenanza germana alude al que se entiende como "Tribunal Oficial" que no encuentra paralelo en nuestro sistema, pero que GÓMEZ COLOMER propone equiparar con los desaparecidos jueces de Distrito del modelo judicial español, "El proceso penal alemán ...", op. cit., pág. 566.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

tales como la colocación de un cristal de separación, que impedirá el contacto directo y el mutuo intercambio de documentación u objetos no autorizados.

A la vista de lo expresado, pronto podrá notarse que uno y otro de los modos de limitación previstos presuponen la privación de libertad -ya sea con finalidad cautelar, ya en orden al cumplimiento de una pena impuesta por sentencia- del sujeto que haya de padecerlos¹²⁹⁷; doble límite que, como de inmediato podrá constatarse, opera conjuntamente.

El dato que especialmente interesa resaltar es el relativo al ámbito de operatividad de la limitación prevista, y que se reduce al marco de los delitos expresados por el art. 129 a StGB relacionados con la asociación y actividad terrorista y criminalidad organizada; de ahí que las medidas de intervención que se prevén resulten de exclusiva aplicación sobre sujetos que se sospechen partícipes en la comisión de alguna de las conductas delictivas referidas.

Como en breve se conocerá, el posible control al que se refiere el art. 148.2º StPO viene orientado a impedir la continuidad de la acción delictiva del grupo o asociación terrorista a la que, se presume, pertenece el imputado y, en su caso, la participación en la misma del ahora preso, una vez abandone la prisión¹²⁹⁸.

1.4.2.1. El control de la comunicación escrita.

Como medida excepcional y de exclusivo acuerdo por parte de la autoridad jurisdiccional, prevé el § 148.2 (1) StPO la posibilidad de rechazar ciertos escritos dirigidos por el defensor al inculpado en prisión, a no ser que consienta su previa

¹²⁹⁷ BEULKE, W., "Überwachung des Fernsprechenausschlusses ...", op. cit., pág. 644.

¹²⁹⁸ KLEINKNECHT, T., y MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 534.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

remisión al Juez para su lectura; y lo mismo habrá de entenderse al respecto de aquellos documentos escritos que el imputado remita al primero¹²⁹⁹.

Ciertamente, sólo el Juez puede decidir la intervención de las comunicaciones escritas y conocer su contenido para autorizar o no la recepción a su destinatario; a este órgano judicial, si bien, se exige mantener el secreto acerca de lo conocido de este modo y, en principio, no revelar dicha información siquiera al Fiscal en sus contactos relacionados con el desarrollo de la instrucción.

Ésta, que ha de ser la regla general, sin embargo se excepciona en el supuesto en que, por razón de lo conocido en virtud de la limitación, corresponda la aplicación de lo previsto en el § 138.1º y 2º StGB; en ese caso, la misma autoridad judicial habrá de dar publicidad a dichos datos y retener los escritos en los que se contengan y le hubieren sido entregados.

A la vista de lo anterior, a nadie escapará que la finalidad perseguida con la limitación no es otra que la evitación de la comisión, por parte de miembros integrantes de un grupo terrorista o asociación armada, de futuros actos punibles planeados desde el interior de la prisión haciendo uso fraudulento del derecho que les asiste a la libertad de las comunicaciones¹³⁰⁰.

En cualquier caso, como con anterioridad se señalaba, a esta primera medida de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones escritas entre el imputado y su defensor, acompaña cierta previsión referida a las que celebran de forma oral con ocasión de las visitas de este último.

¹²⁹⁹ Véase el § 148 a StPO.

¹³⁰⁰ FEZER, G., "Juristischer Studienkurs", op. cit., pág. 51.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

1.4.2.2. Especial vigilancia de las entrevistas celebradas en prisión.

En el derecho alemán, la decisión judicial de intervenir las comunicaciones escritas del inculpado y su Abogado defensor, se sigue de la adopción de ciertas cautelas en el desarrollo de las que ambos sostengan oralmente.

La limitación que ha de afectar a esta otra forma de comunicación, en realidad, se traduce en la celebración de las mismas en especiales condiciones a las que se refiere el § 148.2 en su apartado (3) de la StPO.

En esencia, la medida arbitrada por el legislador germano consiste en impedir el contacto directo imputado-defensor mediante el empleo de un cristal de separación entre los comunicantes dirigido a evitar el intercambio de escritos u otros objetos, que supondría la frustración de la primera medida acordada.

Lo cierto es que la utilización de un dispositivo de este tipo, no conseguirá evitar el conocimiento por uno u otro de los intervinientes en la comunicación del contenido de cualquier escrito que su interlocutor le exhiba a través del cristal; pero, indudablemente, impedirá la introducción y disposición por el recluso de armas u otros objetos prohibidos que en otro caso podría hacerle llegar su Abogado.

El desarrollo, sin trabas, de la comunicación que el precepto garantiza en su primer apartado, determina la exclusión de toda medida de observación o escucha y, en consecuencia, el levantamiento del secreto indispensable en el desarrollo con eficacia de la actividad defensiva; al efecto, pues, habrá de habilitarse una sala que reúna las debidas condiciones de insonorización que impida la audición de las conversaciones por el funcionario encargado de la custodia, y donde no se permita un control visual adicional al que representa la mera presencia del funcionario que interviene¹³⁰¹.

¹³⁰¹ KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 534.

1.4.2.3. Excepcionales medidas de absoluta incomunicación.

Como ya se adelantara, la existencia de peligro fundado para la vida o la integridad física o libertad de una persona, derivado de la actuación de una asociación o grupo terrorista¹³⁰², resulta determinante de la aplicación de ciertas previsiones contenidas en la *Kontaktsperrengesetz*¹³⁰³, de aplicación sobre aquellos sujetos privados de libertad¹³⁰⁴ por razón de su presunta pertenencia a la organización delictiva o participación en la acción criminal desarrollada por la misma.

A estas medida, según expresa el § 31 de la norma que se trata, podrán sólo quedar sujetos aquellos internos condenados por sentencia firme, como autores o partícipes en uno de los hechos delictivos de asociación criminal a los que se refiere el § 129 StGB, o aquéllos contra los que pese la prisión como sospechosos de su comisión e, incluso, los privados de libertad por delitos distintos, pero conexos o de algún modo relacionados con la comisión de los delitos de terrorismo a los que se refiere el citado precepto penal sustantivo¹³⁰⁵.

¹³⁰² La apreciación de la concurrencia del riesgo que trata de evitarse corresponde, primeramente, a las autoridades gubernativas y, concretamente, al Gobierno o Autoridad superior del Land que se señale, o al Ministro Federal de Justicia en el supuesto en que la prohibición de contactos hubiera de afectar a más de un Land. Ahora bien, la constatación del peligro y la consiguiente decisión de aplicar las medidas precisas para interrumpir la relación por las autoridades nombradas, habrá de ser confirmada judicialmente con anterioridad al transcurso de un plazo máximo de dos semanas de duración, habiendo de ser levantada en caso contrario. La convalidación o, en su caso, el levantamiento de las medidas inicialmente acordadas, se encomienda a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior del Land o a la Sala del Tribunal Supremo Federal, de haber sido éstas decididas por el Ministro Federal de Justicia. (§ 33 StVollzG). KISSEL, OR., "Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar", op. cit., pág. 1274.

¹³⁰³ La Ley de fecha de 30 septiembre de 1977, incorpora un cuerpo de preceptos a la Ley de Introducción a la Ley Orgánica de los Tribunales, concretamente los § 31 a 38 EGGvG. Sobre el particular, véase MÜLLER, M., (et. alt.), "Kommentar zur Strafprozessordnung", op. cit., pág. 63; KISSEL, O., "Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar", op. cit., págs. 1261 a 1294.

¹³⁰⁴ La medida afectará a internos concretos, si de este modo pudiera neutralizarse el peligro, o a grupos de internos que se hallen en las mismas condiciones. Vid. § 31 EEGvG.

¹³⁰⁵ A este respecto, véase lo dispuesto en el art. 2º de la Ley de 1977. Sobre el particular véase asimismo, KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 1554.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En atención, pues, al grave riesgo que se genera, y para su evitación, se determina como principal medida el impedimento o la interrupción de todo contacto de dichos internos con el mundo exterior al establecimiento en el que se hallen custodiados, incluida la comunicación oral o escrita que precise mantener con su Abogado defensor; medida ésta que se acompaña de la adopción de algunas otras que se proyectan sobre los procesos penales en los que se hallaren implicados, coincidentes en su afectación al elemental derecho de defensa del imputado preso.

En efecto, acordado el bloqueo de contactos y durante el tiempo por el que se mantenga¹³⁰⁶, pueden ser acordadas las medidas previstas en el § 34 EEGvE, que inciden sobre las distintas manifestaciones de la más básica garantía de defensa, que se sujeta a restricciones realmente intensas.

En particular -y al margen de la designación de Abogado defensor a quien hasta el momento careciera de él- viene al imputado preso impedida la asistencia a interrogatorios o aquellos actos de investigación en los que, en otras circunstancias, tendría derecho a estar presente; y, asimismo, queda en suspenso el ejercicio de la facultad a la que se refiere el § 147 (3) de la norma procesal, y relativo al examen de las actas o el conocimiento por el defensor de las actuaciones e informes periciales, si ello entraña grave riesgo a la finalidad perseguida con el régimen de incomunicación al que se sujeta¹³⁰⁷.

¹³⁰⁶ Téngase presente que el impedimento de la relación y el conjunto de medidas que se prevén son de carácter temporal; su duración ha de limitarse al tiempo en que permanezcan los presupuestos atendidos en orden a su acuerdo y, en principio, nunca más allá de los 30 días desde aquél en que se decidiera.

Ahora bien, en absoluto se excluye la posibilidad de prorrogar dicho plazo una vez finalizado, mediante el nuevo acuerdo de la medida convalidada por la autoridad judicial, si persistieren las condiciones que aconsejaban su aplicación. (§ 36 EEGVE). Sobre el particular, véase KISSEL, O., "Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar", op. cit., pág. 1290.

¹³⁰⁷ § 34 (3) párrafo 2 EEGVE.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En efecto, el imputado no podrá someterse a interrogatorios ante el Juez en presencia de su Abogado defensor -que en otro caso hubiera visto reconocido su derecho a asistir-, quien será sólo informado por el Juez acerca del resultado de su celebración; y, esto último, a no ser que se entienda que la publicidad de la diligencia y revelación de su contenido pueda causar perjuicio a la finalidad pretendida con la prohibición del contacto que se acuerda¹³⁰⁸.

También sin la presencia del defensor se desarrollarán las vistas destinadas a revisar el mantenimiento o finalización de la prisión provisional, en lo que resulta una restricción evidentísima de las garantías defensivas¹³⁰⁹; en compensación a su gravedad, sin embargo, una vez se levanten las medidas a las que se refiere el § 33 EGGvG, y a instancia del sujeto afectado, puede celebrarse nuevamente la vista en que haya de decidirse acerca de la continuidad de la prisión, hallándose en este caso presente su Abogado¹³¹⁰.

Merece señalarse, por último, la medida restrictiva que igualmente se prevé, consistente en la imposibilidad para el defensor de examinar cuantos escritos el imputado dirija al Tribunal o a la Fiscalía haciendo uso del derecho que le asiste en este sentido.

A la vista de lo expuesto, no se oculta la intensidad, altísima, de las distintas medidas en que se traduce el régimen de incomunicación al que viene sujeto el interno o internos a los que se sospeche, o así declare una sentencia de condena, relacionados con una asociación terrorista, por su repercusión enorme sobre la más elemental de las

¹³⁰⁸ § 34 EEGvE, en su apartado (3). Vid. KISSEL, O., "Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar", op. cit., págs. 1281 y 1282.

¹³⁰⁹ Sobre esta cuestión y la importancia del conocimiento de las actuaciones para luchar frente al acuerdo y mantenimiento de la prisión provisional, véase SCHMITZ, R., "Das Recht auf Akteneinsicht ...", op. cit., pág. 320.

¹³¹⁰ § 34 (4) StPO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

garantías procesales, cual es la defensa, en su doble manifestación de autodefensa y defensa técnica.

Ello confirma nuestra impresión inicial acerca de la consideración de la respuesta del legislador alemán en la lucha contra el terrorismo, como la más severa quizás de cuantas ofrecen los Estados europeos golpeados por el citado fenómeno delictivo; en realidad, todos ellos coinciden en su estrategia de combatir legislativamente el ataque de dicha criminalidad a través de medidas que, si bien con intensidad diferente, entrañan un menoscabo de las más básicas garantías del Estado de Derecho.

Como de inmediato se conocerá, el legislador español ha acometido esta lucha sirviéndose de medidas que, en apariencia, no revisten la gravedad de las contenidas en la norma germana pero que, como aquéllas, inciden directamente sobre el fundamental derecho de asistencia y defensa técnica que todo imputado ha de ver garantizado; ello, precisamente, a partir de la limitación del derecho instrumental a la efectividad de ese otro más amplio a la libre comunicación con el Abogado defensor, desde el momento en que resulte privado de libertad con finalidad cautelar y por todo el tiempo en que permanezca en prisión.

Evidenciada, pues, la necesidad de garantizar al imputado preso el derecho a la libre comunicación con su defensor, y una vez se ha constatado que su reconocimiento en cada uno de los distintos modelos procesales europeos analizados se acompaña de la previsión de eventuales limitaciones en su esfera de ejercicio, todo interés se centra ahora en conocer el alcance del reconocimiento a partir de la introducción de parecidos límites en la esfera de ejercicio del derecho previstas en la norma procesal española.

Antes, sin embargo, parece oportuna una mínima aproximación a la medida cautelar de prisión provisional, examinando en primer término su régimen ordinario de cumplimiento para más tarde analizar en profundidad el régimen de incomunicación que

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

puede excepcionalmente acordarse, en refuerzo de la finalidad cautelar perseguida con la medida de prisión provisional misma.

2. PRIVACIÓN DE LIBERTAD CON FINALIDAD CAUTELAR Y DERECHO A COMUNICAR.

Es incuestionable que el bien-interés de la libertad, por su inherencia a la propia dignidad humana, "debe ser tutelado aún en el imputado, con las garantías que exige el valor individual y social de ese mismo bien que viene inmediatamente después -ya que no puede equipararse- al de la vida¹³¹¹", como tampoco puede ponerse en duda que el proceso, aun cuando nace como instrumento de aplicación del *ius puniendi estatal*, ha de servir al propio tiempo a la salvaguarda del derecho fundamental y valor supremo del ordenamiento que la libertad representa¹³¹².

Ahora bien, el equilibrio de intereses aparentemente opuestos subyacentes al proceso, queda expuesto a un mayor riesgo desde el momento en que, durante la tramitación de la causa, viene adoptada sobre el sujeto una medida cautelar de carácter personal; amenaza que puede tornarse en verdadera agresión si, con fines precautorios y aunque provisionalmente, la persona resulta sometida a prisión.

Ciertamente, a los efectos de evitar su sustracción a la acción de la Justicia, puede el individuo ser objeto de la medida cautelar de detención -de menor intensidad que el resto, aunque sea sólo por su interinidad máxima- y así ver limitada su libertad de movimientos; ello, en el supuesto en que sobre el mismo pese la sospecha de

¹³¹¹ MANZINI, V., "Derecho Procesal Penal", Tomo III, op. cit., pág. 840.

¹³¹² RUIZ VADILLO, E., *El Proceso Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, en "Estudios de Derecho Procesal", op. cit., pág. 37, donde se hace eco de palabras de GIMENO SENDRA. Asimismo puede verse la STC 3/1992, de 13 de Enero.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

participación en un hecho delictivo y siempre que en atención a la gravedad del mismo resulte proporcionado el sacrificio del más elemental de los derechos de la persona¹³¹³.

La detención es entendida por GIMENO SENDRA como medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que puede adoptar el órgano jurisdiccional, la Policía Judicial o cualquier particular, limitativa del derecho a la libertad deambulatoria, con el principal objeto de poner a la persona a disposición de la Autoridad Judicial o, si se encontrara en dicha situación, de resolver sobre la misma, restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos interina¹³¹⁴.

La medida se configura, pues, como acto aseguratorio del proceso, consistente en privar anticipada y temporalmente de libertad a las personas en las que concurren circunstancias que hagan presumir, razonablemente, que debe ser adoptada; y, por su carácter excepcional, la misma ha de entrañar el menor límite posible a los derechos fundamentales del sujeto que la padece¹³¹⁵.

En realidad, el debate en torno a la materia relativa a la privación cautelar de libertad viene siempre presidido por el signo de la contradicción; y, si no son pocas las críticas formuladas a algunos de los aspectos de la detención, la polémica es intensísima respecto de la medida de prisión provisional, que desde sus orígenes arrastra la mayor oposición de la doctrina.

¹³¹³ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *La detención*, Madrid, 1987, pág. 15.

¹³¹⁴ GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 484, en la misma línea de lo expresado con VIVES ANTÓN, T., en "La detención", op. cit., pág. 60. En este sentido, véase asimismo MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1996, pág. 151 y RODRÍGUEZ DEVESA, JM^a., *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 1996, pág. 307.

¹³¹⁵ IBAÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, M., *Curso de Derecho Procesal*, Madrid, 1969, pág. 195.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En efecto, la persona vinculada al proceso puede, en aras de la protección de sus fines más inmediatos¹³¹⁶, padecer la privación de su libertad en un tiempo -y es éste el punto que desconcierta- en el que, precisamente, ha de gozar del favor de la presunción de inocencia.

Ello justifica el enorme recelo de los autores¹³¹⁷ hacia esta institución considerada por todos como un mal, para algunos necesario¹³¹⁸ y a juicio de buen número de ellos irremplazable¹³¹⁹; esto último, según se alega, habida cuenta de que la misma es consecuencia de la no instantaneidad del proceso y de la necesidad de asegurar la efectividad de la futura sentencia¹³²⁰.

Ahora bien, según ha manifestado el TC, la prisión provisional, a pesar de su evidente confrontación, no resulta incompatible con el constitucional derecho a ser presumido inocente si se concibe "como medida cautelar excepcional, de aplicación

¹³¹⁶ En la doctrina germana consideran que corresponde al propio Estado la satisfacción de esta doble finalidad, entre otros, ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 168 y GÖSSEL, KH., "Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 66.

¹³¹⁷ Con mayor contundencia que el resto, formula su crítica a la medida CARRARA, F., *L'immoralità del carcere preventivo*, en *Opusculi di Diritto Criminale*, IV, 1874, pág. 300; el autor llega a considerar la prisión provisional como un "tirocinio de perversión moral", un mal que no admite justificación. (Una traducción de este estudio publica QUINTANAR DÍEZ en "Cuadernos de Política Criminal", 1999, núm. 67, pág. 9). En la misma línea de opinión se sitúa RAMAJOLI, S., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, págs. 555 a 561. En la doctrina española, no vacila PICATOSTE BOBILLO en considerar la prisión provisional como ilegítima e inadmisibles en atención, según sus palabras, "a la insobornabilidad de la presunción de inocencia". Vid. *La prisión provisional en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en "Seminario sobre detención y prisión provisional", Santiago de Compostela, 1995, pág. 25.

¹³¹⁸ De esta opinión, entre otros, ROBERT, P., *Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire*, Paris, 1992, págs. 10 y 11.

¹³¹⁹ En opinión de MAISTRE DU CHAMBON, la prisión provisional se presenta como una incongruencia procesal ciertamente indispensable pero, en cualquier caso, una incongruencia. "La procédure pénale bilan des réformes depuis 1993", (et. alt.), op. cit., pág. 67.

¹³²⁰ AGUILERA DE PAZ, E., "Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", op. cit., pág. 190.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

subsidiaria, provisional y proporcionada a fines legítimos¹³²¹" que el máximo intérprete constitucional magníficamente ha resumido en "la necesidad de conjurar ciertos riesgos, relevantes para el proceso y la ejecución del fallo"¹³²².

Asimismo, en atención a la exigencia de proporcionalidad que se impone -por cuanto la misma entraña la limitación del derecho de más alto rango- es claro que su acuerdo ha de obedecer a un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y que tenga presente las concretas circunstancias del caso; como con acierto se ha señalado, "una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría carácter punitivo en cuanto al exceso"¹³²³.

De lo anterior se concluye que la prisión provisional puede hallar justificación tan sólo en la medida en que resulte indispensable para asegurar el sometimiento del

¹³²¹ STC 128/1995, de 26 de julio; ideas expresadas con anterioridad por RAMOS MÉNDEZ, F., "El Proceso Penal. Lectura Constitucional", op. cit., pág. 281.

¹³²² Véase la STC 128/1995, de 26 de julio; precisamente, sobre la base de este pronunciamiento, puede con la doctrina mayoritaria afirmarse que la prisión provisional ha de orientarse al fin único de asegurar el sometimiento de la persona al proceso y evitar la destrucción de fuentes y medios de prueba, de tal suerte que, cualquiera otra finalidad ajena a la estrictamente cautelar que pudiera serle atribuida -aseguramiento de la colectividad frente a la persona del infractor, cuando no la calma de la alarma social que la comisión del ilícito penal hubiere generado- ausentes, en cualquier caso, de la norma procesal, en absoluto pueden entenderse legítimas desde el punto de vista constitucional, por su radical oposición a la garantía de presunción de inocencia. En este sentido se han manifestado, entre otros, ASECIO MELLADO, JM^a., *La Prisión Provisional*, Madrid, 1987, págs. 32 a 41 e, igualmente, en *Presupuestos de la Prisión Provisional, Seminario sobre Detención y Prisión Provisional*, Santiago de Compostela, 1995, págs. 103 a 117; BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Valencia, 1987, págs. 22 y 23; FERNÁNDEZ ENTRALGO, L., *La prisión provisional*, "Rev. General del Derecho", pág. 9; MORENO CATENA, V., "La prisión ...", op. cit., págs. 343 y 344; ORTELLS RAMOS, M., *Para una sistematización de las medidas cautelares*, "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia", 1978, núm.5, págs. 448 a 461; RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, Barcelona, 1993, págs. 278 y 281.

En opinión de GIMENO SENDRA, sin embargo, la finalidad de evitar la ocultación o manipulación de fuentes y medios de prueba, difícilmente responde a la naturaleza cautelar que de la medida se predica y, en consecuencia, "no debiera incluirse como motivo de la prisión provisional". *La prisión provisional y el derecho a la libertad*, "Rev. La Ley", 1996, núm. 4187, pág. 4.

¹³²³ RAMOS MÉNDEZ, F., "El Proceso Penal ...", op. cit., pág. 282; en el mismo sentido, ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal*, Barcelona, 1991, pág. 118.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

imputado a disposición de la autoridad judicial y el perfecto desenvolvimiento del proceso¹³²⁴, en garantía del cumplimiento de la futura pena que pueda venir impuesta¹³²⁵.

Pero, aun en ese caso, la privación de libertad en que la medida consiste, por su repercusión sobre ese bien superior¹³²⁶ y en virtud, precisamente, de su infungibilidad, genera efectos tan graves como si fuera definitiva¹³²⁷; rigor éste, en atención al cual, el acuerdo de la medida ha de quedar supeditado a la estricta necesidad y subsidiariedad de su aplicación que, según ha manifestado el alto TC, se traducen tanto en la exclusión de la medida si resulta ineficaz, cuanto en la admisión, en su lugar, de una distinta que, siendo eficaz, resulte de menor intensidad coactiva, igualmente gobernada por los principios de provisionalidad y proporcionalidad¹³²⁸.

No obstante la claridad con que se muestra la necesidad de mitigar las consecuencias que de la prisión del aún inocente se derivan¹³²⁹, lo cierto es que la norma procesal penal carece de un catálogo suficiente de medidas cautelares sustitutivas¹³³⁰ de

¹³²⁴ MAISTRE DU CHAMBON, P., "La procédure pénale ...", op. cit., pág. 68.

¹³²⁵ ASECIO MELLADO, JM^a., "La prisión provisional", op. cit., pág. 31; MORENO CATENA, V., con MUÑOZ CONDE, F., "La prisión provisional ...", op. cit., pág. 340; RAMOS MÉNDEZ, F., "El Proceso Penal...", op. cit., pág. 278.

¹³²⁶ "Por más que se insista en las diferencias que las separan por razón de su respectiva naturaleza y fines" como bien advertía CARNELUTTI, "la prisión preventiva y punitiva se resuelven en un privación de libertad". Vid. *Lezioni sul processo penale*, cit. por MORENO CATENA, V., *En torno a la prisión provisional*, *Rev. Der. Proc. Ib.*, 1981, núm. 4, pág. 640.

¹³²⁷ STC 3/1992, de 13 de enero, en línea con la misma STC 11/1985, FJ 6º; asimismo, la exigencia se reitera en STC 128/1995; STC 86/1995; STC 8/1990; 27/1989; STC 37/1986.

¹³²⁸ Vid. STC 71/1994 de, 3 de marzo.

¹³²⁹ El mismo CARRARA advertía de los posibles y muy negativos efectos de la prisión sobre la persona, entre otros, la desmoralización del preso, su envejecimiento y desconfianza. Vid. "La inmoralidad de la prisión ...", (trad. QUINTANAR DÍEZ), op. cit., pág. 9.

¹³³⁰ La materia es profundamente tratada por BARONA VILAR en su obra *Prisión Provisional y medidas alternativas*, Valencia, 1987.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

esta última por su misma eficacia y menor onerosidad¹³³¹. Este vacío puede en parte llenarse con el posible acuerdo de la libertad provisional -que, al parecer, ocupa un espacio intermedio entre prisión y libertad- y, más recientemente, con las nuevas medidas incorporadas a la LECrim por la LO 14/1999, de 9 de junio¹³³².

Es cierto que, en ocasiones, la absoluta privación de libertad como cautela resulta excesiva en la misma medida en que la plena garantía del derecho es, a los fines del proceso, ineficaz o insuficiente; en ese caso, no obstante la concurrencia de circunstancias que permiten la prisión, la misma norma procesal incita al acuerdo de soluciones menos intensas¹³³³.

Ahora bien, junto a la posible sustitución de dicha medida cautelar o la atenuación de su rigor a partir de un suavizado régimen de cumplimiento, el mismo legislador procesal prevé como contrapunto un régimen de ejecución de la misma que, aunque breve en el tiempo, hace más duras las condiciones de vida en el interior del Establecimiento en que la misma ha de cumplirse¹³³⁴. Así pues, de entenderse preciso el aseguramiento del imputado a disposición de la autoridad judicial, puede el mismo ser

¹³³¹ En torno a la idea de acortar la prisión provisional a través de una más temprana defensa y a la necesidad de buscar alternativas a la misma -a la vista de las inconveniencias que se derivan del número y duración excesiva de encarcelamientos de inculpados por delito- gira el proyecto que comenta SCHÖCH, H., *Kurze Untersuchungshaft durch frühe Strafverteidigung?*, "Rev. StV", 1997, núm. 6, págs. 323 y ss.

¹³³² La citada norma incorpora a la LECrim el art. 544 bis, que contiene la previsión de distintas medidas cautelares de carácter personal, susceptibles de acuerdo en los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del CP; medidas que entrañan una restricción del derecho a la libertad de movimientos pero distintas de la libertad y prisión provisional y alternativas a estas últimas.

¹³³³ En este punto, resultan interesantísimas las reflexiones de VÁZQUEZ SOTELO acerca de la discrecionalidad judicial que envuelve la apreciación de la concurrencia de los presupuestos que señalan los arts. 503 y 504 LECrim, en orden al acuerdo de la prisión provisional o la decisión, alternativamente, de la libertad provisional; discrecionalidad que a su juicio no existe allá donde cabe impugnación jurisdiccional de la decisión inicialmente adoptada. Vid. *Discrecionalidad y Derecho procesal*, "Rev. Justicia", 1995, núms. III y IV, págs. 56 y 61.

¹³³⁴ En este sentido se ha pronunciado el mismo TC en su STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

sometido a la medida cautelar de prisión provisional en régimen de incomunicación cuyo contenido de inmediato se conocerá¹³³⁵.

Lo cierto es que un mínimo acercamiento a las previsiones que contiene la LECrim al respecto de las posibilidades de comunicación con el Abogado defensor reconocidas a todo detenido o preso, descubre cierta intención del legislador de no restringir su libertad más allá de lo indispensable para asegurar su persona e impedir la frustración de la instrucción de la causa; sin embargo, como en breve se tendrá ocasión de constatar, esta máxima se contradice con ciertas previsiones del mismo legislador procesal.

2.1. DISTINTAS MODALIDADES DE CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR ADOPTADA.

Como se adelantaba, la norma procesal expresamente declara que la libertad del sujeto pasivo de la medida cautelar no ha de sufrir más límite que el estrictamente imprescindible para la satisfacción de la finalidad cautelar que con ella se pretende, esto es, asegurar su persona e impedir las comunicaciones que pudieran perjudicar la instrucción de la causa¹³³⁶; de ahí que pueda convenirse tanto el menor sacrificio del derecho a través del acuerdo de la prisión provisional atenuada, cuanto el incremento de su rigor mediante su aplicación en forma incomunicada, esto último, ante la necesidad de conjurar ciertos riesgos que amenacen el perfecto desarrollo de la instrucción y el propio éxito del proceso.

¹³³⁵ En consecuencia, habrá de atenderse a los arts. 504 bis y 539 de la LECRIM, en la medida en que precisan las exigencias a observar en orden al acuerdo la privación cautelar de libertad del sujeto imputado.

¹³³⁶ Véase el art. 520.2 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Así las cosas, resulta posible la distinción de una triple modalidad de cumplimiento de la medida cautelar privativa de libertad, que interesa examinar al efecto de averiguar la incidencia de ese distinto régimen de cumplimiento sobre el derecho a la comunicación con el Abogado defensor, objeto de estudio.

2.1.1. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN FORMA ATENUADA.

Es mérito del legislador procesal de 1931 el atender a la necesidad, o cuanto menos conveniencia, de suavizar en determinadas circunstancias la gravedad de las condiciones de la prisión provisional del imputado¹³³⁷, en lo que configura una específica modalidad de cumplimiento de la medida cautelar.

En efecto, con remisión a dos preceptos del entonces vigente Código de Justicia militar¹³³⁸, cuyo texto no llegó nunca a ser incorporado al articulado de la norma procesal penal, se abría paso a la posibilidad de acordar la "prisión atenuada" del sometido al proceso y, sólo más tarde¹³³⁹, con ocasión de la reforma del art. 505.2 por ley de 1980, la referencia a la misma es ya expresa en la LECrim. La norma procesal posibilita la adopción de la medida en esta forma si, por razones de enfermedad, el internamiento del imputado en prisión entrañare un grave riesgo.

¹³³⁷ Apunta sin embargo ASECIO MELLADO, como origen de la prisión atenuada, la institución a la que alude FAIRÉN de "dar casa por cárcel" del proceso penal aragonés de Manifestación y, asimismo, en "Las Leyes de las Partidas" (FAIRÉN GUILLÉN, V., *La reforma procesal penal: reintroducción del "Recurso de Manifestación"*, "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia", 1976, pág. 350). En particular, es la Séptima de estas Partidas (Título I, Ley XXIX, Ley VI) la que parece contener un régimen de privación de libertad atenuado al señalar que el acusado perteneciente a una determinada clase social, podía no ser ingresado en prisión sino entregado a otros caballeros para que lo guardaran. Vid. ASECIO MELLADO, JM^a., "La prisión provisional", op. cit., pág. 199.

¹³³⁸ Arts. 472 y 473 CJM de 1890.

¹³³⁹ Ley 16/1980, de 22 de abril.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Aunque la previsión de la norma republicana era más amplia¹³⁴⁰, la decisión de cumplimiento de la medida en este modo queda en la LECrim condicionada a la apreciación por el órgano jurisdiccional que ha de acordar la prisión de especiales circunstancias que afectan a la salud del imputado; circunstancias éstas no precisadas, cuya suficiencia queda a reserva de la exclusiva discreción de la autoridad judicial.

En cualquier caso, no falta razón a quienes opinan que, aun cuando es cierto que deben concurrir determinadas circunstancias bajo las cuales el cumplimiento de la medida en el modo ordinario resulta desproporcionado, no lo es menos que "el juicio que ha de formar el juzgador, debe partir de considerar inexistente el peligro contra el que trata de prevenir la prisión"¹³⁴¹.

Pero mayor parece el vacío existente en cuanto al régimen que ha de revestir el cumplimiento de la medida en cuestión; en este punto, la doctrina se cuestiona -y mayoritariamente afirma- la vigencia de las previsiones normativas de 1931, habida cuenta de que la nueva norma procesal no llegó nunca a abrogarla¹³⁴².

¹³⁴⁰ ASECIO MELLADO, JM^a., "La prisión provisional ...", op. cit., pág. 291; BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Barcelona, 1988, pág. 111; MORENO CATENA, V., con MUÑOZ CONDE, F., "La prisión ...", op. cit., pág. 388. Distinta es la opinión de MATTES, H., *La prisión preventiva en España*, Madrid, 1975, págs. 37 y 38.

¹³⁴¹ PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, E y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, F., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1978, pág. 266; de la misma opinión, BARONA VILAR, S., "La prisión...", op. cit., pág. 111.

Precisamente, el incremento de las posibilidades de sustracción del imputado a la acción de la Justicia es uno -y quizás el principal- de los argumentos esgrimidos en contra del acuerdo de esta modalidad de prisión atenuada; riesgo que, sin duda alguna, se desvanece en virtud de la situación de enfermedad en que, conforme a una interpretación restrictiva del precepto, ha de concurrir en el imputado, Vid. FILIPPI, L., *La libertà provvisoria secondo la legge sull'ordine pubblico*, "Riv. it. dir. e proc. pen.", 1977, pág. 172. De la misma opinión, ASECIO MELLADO, JM^a., "La prisión provisional...", op. cit., pág. 200.

¹³⁴² Entre otros, puede verse ASECIO MELLADO, JM^a., "La prisión...", op. cit., pág. 202, quien comparte la opinión de MUÑOZ CONDE, F., y MORENO CATENA, V., "La prisión...", op. cit., pág. 202.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En efecto, en opinión de cierto sector doctrinal, se ha de acudir a la mencionada norma para, de un lado, conocer el concreto modo en que ha de mitigarse la privación cautelar de libertad¹³⁴³ y, de otro, encontrar sustento jurídico a la ampliación de las posibilidades de acuerdo de la medida en forma atenuada, prescindiendo de la atención a las exclusivas razones de enfermedad expresadas por la norma procesal.

Este último criterio parece asimismo encontrar refrendo en la jurisprudencia sentada, principalmente, por la Audiencia Nacional¹³⁴⁴; este Tribunal, en alguna ocasión, ha decidido la atenuación de la prisión provisional del procesado y su transformación en un arresto domiciliario, bajo específicas condiciones de restricción del fundamental derecho a la libertad.

En verdad, la parquedad de la regulación que se contiene en la LECrim, contrasta con la dedicación que la misma medida -o para ser más rigurosos, una medida análoga- recibe del legislador procesal militar, ámbito en el que adquiere una entidad suficiente para entenderla, incluso, como medida cautelar de carácter personal, singular y alternativa a la prisión preventiva¹³⁴⁵.

El hecho de que la medida procesal que se analiza se traduzca en un arresto en el propio domicilio, invita a la duda¹³⁴⁶ acerca de si la misma ha de entenderse, en el

¹³⁴³ En opinión de HERCE QUEMADA, en efecto, la falta de toda indicación en el art. 505 de la LECrim acerca del modo de cumplimiento de la prisión atenuada, obliga a una remisión en bloque a lo dispuesto por el antiguo 473 del CJM. "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 211.

¹³⁴⁴ Véase, en particular, la SAN de 8 de enero de 1986.

¹³⁴⁵ La sola expresión de razones de enfermedad, en opinión de ARAGONESES MARTÍNEZ, hace excesivamente reducido el ámbito de aplicación de la medida cautelar, cuando en realidad, en ella parece hallarse la medida que puede suplantar a la dura, y en no pocas ocasiones, injusta privación absoluta de libertad como cautela. Vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, S., (et. alter), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1996, pág. 405. Como acertadamente afirma BARONA VILAR, la prisión atenuada constituye una magnífica alternativa a la prisión preventiva, en la medida en que permite la consecución de sus mismos fines, si bien, con un coste infinitamente menor. BARONA VILAR, S., "Prisión Provisional...", op. cit., pág. 112. Asimismo puede verse la STC de 29 de enero de 1996.

¹³⁴⁶ Un simple vistazo al que resulta ser su específico régimen de cumplimiento conduce a cuestionarse si la atenuación de las condiciones de la prisión sirve a la configuración, en la norma procesal penal

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ámbito de la jurisdicción penal ordinaria, como una modalidad extraordinaria de prisión provisional -la que se conoce como prisión atenuada- o, prescindiendo de su *nomen iuris*, como medida cautelar diversa e independiente de la anterior.

En opinión de la mayor parte de la doctrina¹³⁴⁷, en verdad, la norma procesal común nunca concibió la prisión atenuada como una solución ecléctica al dilema libertad-prisión que en ocasiones se plantea¹³⁴⁸; de ahí que la misma haya sido entendida, no como sustitutiva de la prisión provisional, sino más bien una de las posibles formas de cumplimiento, diversa y de menor intensidad, obviamente, que la prisión ordinaria y, por supuesto, incómunicaada.

A juicio de MATTES, sin embargo, la medida constituye una "situación independiente" en la que se halla el procesado sospechoso de haber cometido un delito¹³⁴⁹; esto último parece evidenciarse tras un ligero vistazo a las previsiones

castrense, de una medida cautelar autónoma y distinta de la prisión provisional y, más allá, habida cuenta de la flexibilidad de los presupuestos exigidos para su acuerdo, a considerar la posibilidad de entenderla como alternativa o sustitutiva de la prisión preventiva o rigurosa, siendo como es, diversa de la libertad provisional. En busca de respuestas a esta última cuestión, se reflexiona con mayor detenimiento en LÓPEZ YAGÜES, V., *En torno a la privación cautelar de libertad. Especial referencia al ámbito jurisdiccional militar*, "Rev. La Ley", 1998, núm. 1, págs. 1809 a 1820 (diario núm. 4462, 21 de enero de 1998, pág. 1 y ss.).

¹³⁴⁷ Vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, S., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 405; ASECIO MELLADO, JM^a., "La prisión...", op. cit., pág. 199; GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El Proceso Penal*, Oviedo, 1996, pág. 184; GÓMEZ ORBANEJA, E., con HERCE QUEMADA, V., *El Proceso Penal*, 10^a ed., 1987, pág. 212; LORCA NAVARRETE, AM^a., "Comentarios...", op. cit., pág. 281; MORENO CATENA, V., (con GIMENO SENDRA, V. y CORTÉS DOMINGUEZ, V.), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1996, pág. 531, el mismo autor, con MUÑOZ CONDE, F., "La reforma ...", op. cit., pág. 387; ORTELLS RAMOS, M., con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., y MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional*, Barcelona, 1996, pág. 459. Del todo ilustrativas son las palabras de BARONA VILAR cuando señala que la medida "es prisión provisional misma, solo que con atenuación de las condiciones normales bajo las cuales debería cumplirse la prisión provisional". Vid. "Prisión provisional ...", op. cit., pág. 113.

¹³⁴⁸ BARONA VILAR, S., "Prisión provisional ...", op. cit., págs. 112 y 113.

¹³⁴⁹ "La prisión ...", op. cit., pág. 112.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

contenidas en distintos ordenamientos procesales cercanos al nuestro¹³⁵⁰, en los que la medida -o más exactamente, la que parece ser su equivalente- ha llegado a alcanzar realidad práctica¹³⁵¹, en un intento de eliminar la siempre delicada disyuntiva entre la prisión y la puesta en libertad del sujeto pasivo del proceso¹³⁵².

En cualquier caso, es claro que la diversidad y mayor benignidad de la prisión atenuada respecto de la ordinaria reside en la evitación del ingreso de la persona en un

¹³⁵⁰ El Code du procédure francés, formando parte del denominado "contrôle judiciaire", reconoce la medida en que podría identificarse nuestra prisión atenuada, por el modo en que limita la libertad personal del sujeto que la padece.

En efecto, la vigilancia domiciliaria prevista en el art. 138 CPPfr, en esencia, consiste en la prohibición al individuo de abandonar el domicilio o el lugar de residencia que el propio Juez determine, para fines distintos de los que se señalen; excepcionalmente, y bajo ciertas condiciones, sin embargo, la persona puede abandonar el lugar de cumplimiento para dar continuidad a su actividad profesional.

Asimismo, el derecho procesal italiano contempla la posibilidad de acordar sobre el sujeto pasivo del proceso el "arresto domiciliario", bajo asidua vigilancia que evite toda maquinación o actuación sobre las pruebas, derivada de la comunicación con otras personas tanto en el interior como en el exterior del domicilio; concretamente, la medida prevista en el art. 284 del CPPit constituye, en opinión de ZAPPALÁ, un *status detentionis* equiparable a la "custodia cautelare", nuestra prisión provisional, con TRANCHINA, G., GALATI, A., y SIRACUSANO, D., *Diritto Processuale Penale*, vol. 1º, Milano, 1996, pág. 456.

Por su parte, la ordenanza procesal alemana, en el art. 116 StPO, expresa la orden de no abandonar el domicilio sin vigilancia, de estimarse peligro de fuga, como medida menos grave de las que puede llegar a acordarse con el propósito de eliminar dicho riesgo; medida ésta última que, junto a una segunda consistente en la obligación de presentación en días señalados ante el Juez, autoridad de ejecución, o autoridad por ellos designada, GÓMEZ COLOMER identifica con la prisión atenuada de la norma española o, según sus propias palabras, con la medida de "semilibertad o libertad vigilada". En cualquier caso, según advierte el autor citado, la medida no es tratada en la ordenanza procesal alemana del mismo modo en que lo hace nuestra LECrim, siendo también distinta -según parece deducirse de lo expresado en los arts. 116a, 123 y 124 StPO- de la que el legislador español entiende como "libertad provisional". Vid. "El Proceso Penal alemán...", op. cit., págs. 111 y 112.

¹³⁵¹ En este punto, la legislación procesal francesa ocupa una posición aventajada, a partir de la previsión de medidas como el "contrôle judiciaire", y la "garde a vue", alternativas a la prisión provisional, que habrían de servir de referente al legislador español. Para un conocimiento de alguno de los principales aspectos de estas últimas puede verse HUET, JM., (et. alt.), "La procédure pénale bilan des réformes depuis 1993", op. cit., pág. 25 y ss.

¹³⁵² Sobre el particular, véase BARONA VILAR, S., *Medidas alternativas a la prisión provisional*, en "Seminario sobre Detención y Prisión provisional", Santiago de Compostela, 1995, págs. 151 y ss.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Establecimiento Penitenciario y, en consecuencia, la previsión de su cumplimiento en un lugar y condiciones distintas¹³⁵³.

La atenuación de la prisión consiste, pues, en el mantenimiento del afectado en su propio domicilio, aunque sometido a la vigilancia que a juicio del Juez instructor resulte conveniente¹³⁵⁴; ello, sin embargo, no obsta al reconocimiento al sujeto que la padece de ciertas facultades en lo que a la libertad de movimientos se refiere¹³⁵⁵, reveladoras de la singularidad de un régimen de cumplimiento¹³⁵⁶ que, a nuestro entender, ofrece mayores ventajas que inconvenientes.

La parquedad con la que la norma procesal se refiere a esta primera modalidad de prisión provisional, no ha de impedir que, una vez se averigüe el modo en que a la misma ha de darse ejecución, se reflexione mínimamente en torno al derecho del que en esta situación ha de disfrutar el inculcado a la libertad de las comunicaciones con su defensor.

¹³⁵³ Ello, ya sea en un Centro Hospitalario, sea en el propio domicilio si de este modo es posible recibir la asistencia médica precisa. El arresto domiciliario, necesariamente, será la fórmula a adoptar en el supuesto en que la atenuación de la prisión venga acordada por razones ajenas a las estrictamente sanitarias.

¹³⁵⁴ IBAÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, A., "Curso de Derecho Procesal", op. cit., pág. 202.

¹³⁵⁵ La limitación del derecho a la libertad en que la medida consiste disminuye de forma sustancial desde el momento en que, previa autorización del Juez o Tribunal, puede el sujeto pasivo de la misma abandonar el lugar de cumplimiento con fines diversos.

¹³⁵⁶ A falta de toda referencia en la LECrim al respecto del régimen de cumplimiento de la modalidad de prisión atenuada, acudir a lo dispuesto por la Ley Procesal militar suministra ciertas pautas a las que puede atenderse.

En el punto que en particular se trataba, la norma procesal castrense permite al sometido a esta peculiar medida cautelar las salidas que exija el mantenimiento de su actividad profesional y, así, acudir a su lugar de trabajo o prestar aquellos servicios que tuviere encomendados, con la obligación de estar de vuelta en el lugar de internamiento una vez finalizada la actividad laboral; pero, igualmente, posibilita el abandonarlo con fines religiosos o médicos en el caso en que dicha asistencia no pudiera serle prestada en el lugar fijado para el cumplimiento.

Pero, es más, una fórmula del todo elástica abre paso a la posibilidad de autorizar las salidas del sujeto por cualquier otra causa que, a juicio de la autoridad judicial, resulte justificada. Véase al respecto el art. 227 LPM.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

El cumplimiento de la medida, especialmente si tiene lugar en el propio domicilio, mantiene al sujeto alejado de todo contacto ajeno a su entorno personal o a un reducido núcleo de personas que, puede presumirse, disminuye el riesgo de ver frustrado el éxito de la instrucción que se persigue; sin embargo, no es menos cierto que la posibilidad de abandonarlo con el fin de atender a sus obligaciones laborales amplía el cuadro de posibles interlocutores.

Sea como fuere, habida cuenta de que su situación es distinta a la de "incomunicación" a la que podría asimismo venir sujeto¹³⁵⁷, al imputado no podrá impedirle la relación con su Abogado defensor como en ese otro caso resultaría posible. En consecuencia, el sometido a prisión atenuada habrá de ver garantizado el derecho a mantener con aquél contacto permanente y reservado.

Esto último, sin embargo, admitiría cierta matización de afirmarse la posibilidad de ver limitadas las comunicaciones del imputado con el Letrado, inconcebible a nuestro juicio, según lo expresado en el capítulo que precede. Pero, dejando a salvo esta excepción, y otras que no se nombran, puede el imputado ver intervenidas sus comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas¹³⁵⁸ con una pluralidad de personas y de forma inintencionada o con carácter absolutamente extraordinario, la comunicación con su defensor, con lo que ello tiene de repercusión sobre la efectividad del derecho de defensa y asistencia letrada; intervención de la que se derivaría el efecto que ya se conoce de imposible empleo de sus resultados a los fines del proceso.

¹³⁵⁷ Vid. Art. 523 LECrim, interpretado a *sensu contrario*.

¹³⁵⁸ Vid. Art. 579 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.1.2. EL RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO ORDINARIO: LA PRISIÓN PROVISIONAL COMUNICADA.

El régimen general de cumplimiento de la prisión provisional, en efecto, se asienta sobre la base del respeto de las comunicaciones del interno; a éste último se reconoce el derecho a mantener el contacto con una pluralidad de personas ajenas al Establecimiento y, por lo que aquí interesa, con aquélla que presta sus servicios como Abogado.

Desde un primer momento, se ha de tenerse presente que la presunción de inocencia que al imputado favorece hace preciso, y el legislador así lo declara, el cumplimiento de la medida en la forma menos perjudicial a la efectividad de los derechos e intereses de aquél que la padece; no en vano, la norma procesal rechaza todo límite a la libertad del individuo que exceda de lo absolutamente imprescindible al éxito del fin cautelar que se persigue¹³⁵⁹.

Es por ello que el sujeto detenido o preso habrá de mantenerse en el disfrute de sus más elementales derechos y, en cualquier caso, al mismo asisten todos los que relaciona el art. 520 de la LECrim -entendido por algunos como estatuto jurídico mínimo de todo imputado-, del que forma parte y es objeto de especial garantía¹³⁶⁰ el fundamental derecho a recibir asistencia letrada ya en las primeras diligencias policiales o judiciales que se practican.

Este derecho, como en páginas precedentes se señalaba, se descompone en la triple facultad de llevar a cabo el nombramiento de Abogado -ya de libre elección, ya de oficio-, la de contar con su presencia durante el desarrollo de la diligencia de

¹³⁵⁹ Cfr. art. 522 LECrim, según el cual, resultan sólo admisibles aquellos límites "indispensables para impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa".

¹³⁶⁰ Nótese que el precepto nombrado, tras la relación de cuantas facultades le quedan reconocidas, dedica el resto de sus párrafos a asegurar la efectividad del derecho a la asistencia letrada que primeramente consagraba.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

investigación a la que se someta y, finalizada ésta, la facultad de mantener con aquél entrevista reservada¹³⁶¹. Dicha facultad de comunicación con el defensor encuentra asimismo reconocimiento en el art. 384 LECrim, al hacer coincidir el surgimiento para el imputado de la facultad de recibir de su letrado asesoramiento y defensa¹³⁶² con la emisión en su contra de la orden judicial de procesamiento¹³⁶³.

El legislador procesal tiene bien presente la necesidad de preservar la relación que se establece entre el imputado y su defensor y, en consecuencia, prohíbe impedirle a no ser que el primero resulte sometido a incomunicación¹³⁶⁴; y, sólo en la medida en que supongan "perjuicio al aseguramiento y éxito de la instrucción sumarial"¹³⁶⁵, podrá el privado de libertad ver limitada la facultad de valerse de correspondencia y otros medios de comunicación.

Por su parte, la Ley Orgánica General Penitenciaria reconoce a la persona que ingresa en prisión, aunque provisionalmente y con fines cautelares, el derecho a comunicar con una pluralidad de individuos que se hallan en el exterior y, muy particularmente, con Abogados y Procuradores¹³⁶⁶; comunicaciones que, como en breve se conocerá, pueden tener lugar de forma oral o escrita y, con mayor excepcionalidad, vía telefónica. En desarrollo de sus preceptos, la norma reglamentaria -aprobada por RD

¹³⁶¹ Art. 520. 6 LECrim.

¹³⁶² Lo cierto es que este expreso reconocimiento carece en el momento actual de sentido, desde el momento en que la norma procesal adelanta al instante en que la imputación no judicial tiene lugar, el nacimiento de las mencionadas facultades.

¹³⁶³ Sin embargo, desde el momento en que la norma procesal adelanta el nacimiento del derecho de defensa al mismo instante en que la imputación se entienda de cualquier otro modo manifestada, el expreso reconocimiento del derecho en el citado precepto resulta, en cierto modo, superfluo.

¹³⁶⁴ Vid. Art. 523, *in fine*.

¹³⁶⁵ Art. 524 LECrim.

¹³⁶⁶ Art. 51.2 LOGP, en relación con el art. 51.1 y 51. 5 del mismo Texto.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

190/1996, de 9 de febrero- detalla la forma y condiciones de celebración de cada una de ellas¹³⁶⁷.

En definitiva, puede afirmarse con IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO que la persona sometida a prisión provisional comunicada no ha de padecer más restricción en su esfera de derechos que las referentes a la pérdida de libertad y las reglamentarias del Establecimiento en que se halle; razón ésta por la que resulta ciertamente interesante el análisis de la materia relativa a las comunicaciones del privado de libertad con finalidad cautelar, a la luz del conjunto de Textos normativos que acaban de nombrarse y, por su mayor concreción, el particularizado tratamiento de las disposiciones que al respecto se contienen en la norma reglamentaria.

Pero, aun cuando éste podría ser un espacio adecuado para llevar este estudio a cabo, se ha entendido conveniente su realización en el capítulo que sucede donde, con la dedicación que merece, se pretende examinar la posibilidad que se abre a todo interno de mantener comunicación con su Abogado defensor o aquel otro llamado para asuntos penales y, en particular, al sujeto que se halla en prisión dando cumplimiento a la pena que le viene impuesta por sentencia.

Como de inmediato se tendrá ocasión de constatar, el régimen de comunicaciones que se contiene en la LOGP y su reglamento de desarrollo, no resulta sólo de aplicación al condenado por sentencia -que debiera ser su primer y parece que único destinatario- sino, igualmente, al privado de libertad por razón de su sometimiento a una medida cautelar. Este último viene sujeto al régimen general que se establece en el supuesto en que la privación de libertad en que la medida cautelar consiste, haya de

¹³⁶⁷ En el capítulo que sucede podrá pronto evidenciarse que, en la nueva norma reglamentaria encuentra refrendo legal la exigencia del acuerdo de intervenir dicha comunicación por parte de la autoridad, no administrativa sino jurisdiccional, que hasta la fecha había contado sólo con el apoyo -que no es poco de nuestros Tribunales (Vid. el art. 47 RP de 1996, frente a los antiguos arts. 99 y 100 del RP de 1981. En este punto, conviene atender a lo expresado por la STC 183/1994 por lo revolucionario y acertado de sus planteamientos.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

cumplirse en forma comunicada¹³⁶⁸ y no así en el caso en que, en atención a las circunstancias concurrentes, fuera decidida su incomunicación y, de este modo y aunque por breve tiempo, su aislamiento del mundo exterior al Establecimiento Penitenciario.

Esto último recuerda que, como se señalaba, del mismo modo en que se reconoce al imputado preso el derecho a la relación con el Abogado encargado de su causa, dicha facultad puede verse impedida o restringida ante el surgimiento de serios riesgos de frustración de los fines, en principio procesales, perseguidos con su internamiento en prisión¹³⁶⁹.

2.1.3. LA PRISIÓN PROVISIONAL INCOMUNICADA.

La trilogía anunciada se cierra con la posibilidad de acuerdo de la medida cautelar de detención o prisión provisional en forma incomunicada; modalidad de cumplimiento ésta que, por su repercusión sobre la efectividad del derecho a la asistencia y defensa técnica que a nuestro estudio interesa, merece ser examinada con todo detenimiento. Como de inmediato se conocerá, por el tiempo en que la situación de incomunicación se mantenga, la relación del imputado con su Abogado defensor puede, incluso, verse impedida.

Es cierto que, en ocasiones, la privación de libertad no basta para dar satisfacción a la finalidad cautelar que se pretende. La concurrencia de excepcionales circunstancias susceptibles de frustrar el éxito de la instrucción sumarial, y para refuerzo de la finalidad de aseguramiento que se pretende, el sujeto detenido o preso puede

¹³⁶⁸ E incluso, excepcionalísimamente, en forma atenuada.

¹³⁶⁹ La remisión para su examen global, del análisis de los límites susceptibles de ser introducidos en la esfera del derecho del privado de libertad a la libre comunicación con su defensor al quinto de los capítulos de este estudio no obsta a que en estas páginas se de idea del alcance del derecho a la comunicación, en particular con el Abogado defensor, que el legislador español reconoce a presos y penados; puede adelantarse que, el mencionado derecho no llega a alcanzar en las situaciones de privación de libertad -sea con finalidad cautelar, sea como medida ejecutiva- efectividad plena.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

resultar incomunicado y, en consecuencia, sometido a un más riguroso régimen de cumplimiento de la medida adoptada¹³⁷⁰.

La norma procesal penal dedica los arts. 506 y ss. al diseño, aunque mínimo, de este concreto régimen de prisión provisional incomunicada¹³⁷¹, siendo los arts. 523, 524 y 527 LECrim los destinados a detallar los efectos que su aplicación genera sobre el estatuto jurídico del sujeto preso.

El sometido a incomunicación, como de inmediato podrá evidenciarse, ve poderosamente restringidos un buen número de sus derechos y, particularmente, aquéllos que le permiten la comunicación, sea oral o escrita, con el exterior del Establecimiento; límites que, por su poderosa incidencia sobre las más elemental de las garantías procesales, la defensa, despiertan un enorme interés por el examen de los distintos aspectos caracterizadores de esta excepcionalísima modalidad de cumplimiento de la medida cautelar privativa de libertad.

2.1.3.1. Concepto y caracteres básicos.

En este punto, parece conveniente partir de la idea de considerar la incomunicación como una excepcional y, sin duda ninguna, agravada modalidad de

¹³⁷⁰ En opinión de buena parte de la doctrina, sin embargo, las extraordinarias condiciones de cumplimiento a las que se alude, no sólo resultan vejatorias, sino además inútiles a la consecución del objetivo perseguido con su acuerdo; la incomunicación, como bien advierte FERNÁNDEZ BOIXIADER, "hace más penosa la situación procesal del imputado". Vid. "El Abogado ante el sumario", op. cit., pág. 369.

¹³⁷¹ Preceptos que encuentran su antecedente y, con las oportunas modificaciones, se corresponden con los arts. 299 a 304 de la ley procesal de 1872, y los arts. 554 a 559 de la Compilación general reformada de Enjuiciamiento criminal.

La presencia en la Ley procesal de las normas referidas al tratamiento del régimen al que viene sujeto el privado de libertad con finalidad cautelar, es elogiado por PRIETO-CASTRO y GUTTIÉRREZ DE CABIEDES, a cuyo juicio, la fórmula empleada es muestra del interés del legislador en continuar velando por los derechos del sometido a prisión. De ahí que frente a las denuncias de su inconveniencia, se alega como argumento que el Reglamento Penitenciario se limita a reiterar disposiciones que recibieron su valor, precisamente, por encontrarse incluidas en un código procesal penal. Vid. "Derecho Procesal", op. cit., pág. 273.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

cumplimiento de la detención o prisión provisional¹³⁷². Desde esta premisa, la misma puede entenderse como la medida procesal adoptada jurisdiccionalmente sobre la persona que resulta privada de libertad con finalidad cautelar, en atención a la concurrencia de especiales circunstancias, y que entraña la restricción en mayor grado, temporalmente, de la esfera de derechos del detenido o preso¹³⁷³.

En verdad, como de forma expresa ha declarado el máximo intérprete constitucional, "la incomunicación es algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de la situación de incomunicación para los derechos de los ciudadanos"¹³⁷⁴. Su acuerdo, sin embargo, resulta en ocasiones preciso para la tutela de ciertas garantías constitucionales que merecen igualmente protección.

En este sentido, y a pesar del rigor de sus palabras, acertaba SERRA¹³⁷⁵ al afirmar la necesidad de impedir la libertad, y no sólo física, del imputado a los efectos de evitar obstáculos a la reconstrucción de los hechos delictivos, motivados por la

¹³⁷² Vid. ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4º y la STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º.

¹³⁷³ Conviene en este punto la distinción entre la medida que ahora se analiza y la de privación de comunicaciones orales o escritas, a partir de la decisión de la sanción de aislamiento -reclusión en celdas de castigo, por razón de la comisión de faltas consideradas graves o muy graves en el reglamento penitenciario- que, según se ha expresado, en parte exceden y en parte no alcanzan la verdadera esencia de la incomunicación.

Como con acierto señalara FERNÁNDEZ BOIXIADIER, el alcance de una u otras difiere, primeramente, por cuanto mientras en éste último supuesto las comunicaciones escritas quedan totalmente prohibidas, en la situación de incomunicación se hallan sólo sometidas a censura del Juez de instrucción; pero, de otro lado, resulta inferior el alcance de las anteriores, en el sentido de imposibilitar la prohibición de visitas del Abogado, habida cuenta del superior rango de la norma procesal, que se expresa en términos imperativos -dispone el art. 523 LECrim que "la relación (...) no podrá impedirse mientras estuviere en comunicación"-, que no puede ser derogada por los aludidos preceptos reglamentarios.

¹³⁷⁴ Vid. la citada STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3ª. Cfr. 199/1987, de 16 de diciembre, en la línea de las anteriores SsTC 11/1981, 243/1982, 2/1987.

¹³⁷⁵ "Estudios de Derecho Procesal", op. cit., pág. 712.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

desaparición o alteración fraudulenta de los indicios desde los que ha de partirse en la investigación criminal.

Parece, en efecto, temerse una eventual creación por el imputado de pistas falsas que induzcan a error al investigador o la comunicación con terceras personas y posibles copartícipes que, directa o indirectamente, contribuyan a la ocultación de pruebas y faciliten su huida; razones éstas por las que, tan pronto puede resultar precisa la privación provisional de libertad, cuanto la evitación de todo contacto con sujetos ajenos al establecimiento penitenciario.

El legislador, consciente de lo anterior, ha previsto la posibilidad de que el órgano jurisdiccional decida la incomunicación del sujeto detenido o preso, que puede sólo mantener por breve tiempo, ante el surgimiento de amenazas al perfecto desarrollo y éxito de la instrucción sumarial. Son, pues, las notas de jurisdiccionalidad y excepcionalidad en el acuerdo, así como la provisionalidad de la medida, sus caracteres más esenciales, que a continuación se analizan.

2.1.3.2. Necesaria observancia de la nota de jurisdiccionalidad en el acuerdo.

En consonancia con su naturaleza de medida cautelar de carácter personal y, precisamente, por entrañar la limitación de derechos y garantías constitucionales del más alto valor, la incomunicación del detenido o preso provisional es decisión que se reserva a un órgano investido de potestad jurisdiccional¹³⁷⁶. Corresponde, pues, a la autoridad judicial encargada de la instrucción y que acuerda la privación de libertad del sujeto imputado decidir el cumplimiento de la medida en régimen de incomunicación.

¹³⁷⁶ La competencia para el acuerdo de la medida corresponde, pues, al Juez que conozca de la causa y, en particular, a aquél encargado de la investigación e instrucción sumarial. Vid. BARONA VILAR, S., "Prisión provisional y medidas alternativas...", op. cit., pág. 104; SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Incomunicación de detenidos...", op. cit., pág. 159.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Es, en efecto, el Juez instructor quien resuelve impedir al sometido a detención o prisión todo contacto con el mundo externo al establecimiento que le acoge y, en su caso, la relación con el Abogado defensor; y es también este órgano jurisdiccional el que, de entenderlo preciso, decide cuándo y en qué grado ha de limitarse el derecho del privado de libertad a mantener comunicación escrita con el exterior de la prisión¹³⁷⁷.

Esta regla, sin embargo, encuentra su excepción en lo dispuesto por el art. 520.2 bis de la LECrim en los supuestos de detención o prisión de presuntos partícipes en la comisión de delitos relacionados con el fenómeno terrorista; marco delictivo éste en el que, por excepcionales razones de urgencia y ante la necesidad de asegurar la eficacia y el perfecto desarrollo de las investigaciones, halla justificación una primera intervención de la autoridad gubernativa.

En efecto, según se desprende de lo expresado en dicho precepto, una autoridad distinta de la judicial puede decidir la incomunicación del detenido o preso relacionado con la comisión de los delitos a los que alude el art. 384 bis del ya derogado CP y ahora tipificados por los arts. 570 y 571 del nuevo Código. Su decisión, sin embargo, precisa ser convalidada judicialmente, y es por ello que el legislador exige a la autoridad gubernativa la inmediata solicitud al Juez de la confirmación de la medida¹³⁷⁸.

En este punto, la norma procesal es expresa al declarar que, desde el momento de la detención, podrá el sujeto quedar incomunicado, sin perjuicio del derecho de

¹³⁷⁷ De este modo queda efectivamente limitado el régimen de visitas y comunicaciones escritas que afectan al conjunto de detenidos y presos, del mismo modo en que se ve alterado el que correspondería al penado o sometido a una medida de seguridad. GIMENO SENDRA, V., con VIVES-ANTÓN, T., "La detención", op. cit., pág. 180.

¹³⁷⁸ Como bien señala DE QUEROL Y LOMBARDERO, la solicitud de convalidación de la incomunicación del detenido o preso -y la prolongación del plazo de privación de libertad en que la medida se traduce- ha de contener exposición de las "circunstancias del hecho y del autor y la causa que legalmente la justifique" a los efectos de proporcionar al Juez elementos de juicio suficientes para resolver en el más breve plazo acerca de lo solicitado y, como principal dato, la presunción de la naturaleza terrorista de la actividad delictiva objeto de investigación. Vid. *Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo*, en "La Reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión. Comentarios a la legislación penal", Tomo XI, Madrid, 1990. pág. 464.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

defensa que le asiste y de cuanto se establece en los art. 520 y 527 de la LECrim; ello, como se adelantaba, siempre que de modo simultáneo sea formulada la mencionada solicitud de convalidación¹³⁷⁹ y mientras ésta se decide.

En cualquier caso, como explícitamente señala el TC en su sentencia 127/2000, de 16 de mayo, "la decisión definitiva sobre la incomunicación de detenidos por razón de terrorismo, es siempre una decisión judicial, sin perjuicio de que, en aras de la efectividad de la medida, la petición de incomunicación por parte de la autoridad gubernativa (...) suponga la incomunicación provisional del detenido hasta que el Juez se pronuncie"¹³⁸⁰.

La restricción de derechos en que la medida se traduce hace preciso que la resolución judicial emitida al efecto exteriorice las razones que la fundamentan; en consecuencia, la misma ha de contener los elementos que acrediten la ponderación por el órgano jurisdiccional de los bienes e intereses en juego y de los fines constitucionalmente legítimos que se persiguen y en atención a los cuales la medida de incomunicación resulta necesaria, idónea y proporcionada¹³⁸¹.

En este punto, es el mismo TC el que advierte del especial rigor con que ha de exigirse la mencionada fundamentación; exigencia ésta que no descarta el Tribunal pueda verse satisfecha a partir de la técnica de remisión¹³⁸² a los razonamientos

¹³⁷⁹ Véase al respecto el art. 520 bis LECrim.

¹³⁸⁰ Vid. STS (Sala 2ª) de 24 de noviembre de 1998. Por lo que respecta al contenido de la solicitud de convalidación de la medida, admitía el TC -en su STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º- como razones bastantes en las que fundamentar este excepcional régimen, la presencia de abundantísimos datos en las actuaciones, fruto de detenciones anteriores, acerca de "la relación de las personas detenidas con distintas labores en favor de la banda ETA".

¹³⁸¹ Vid. SsTC 61/1998, de 17 de marzo, 49/1999, de 5 de abril y 127/1999, de 16 de mayo.

¹³⁸² Esto último, en la línea de anteriores pronunciamientos entre los que merecen especial mención las SsTC 239/1999, de 20 de diciembre, 171/1999, de 27 de septiembre, 139/1999, de 22 de julio, 49/1999, de 5 de abril y, asimismo, la 123/1997 de 1 de julio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

expuestos por las autoridades policiales en la solicitud de convalidación de la detención incomunicada practicada en esta excepcional forma¹³⁸³.

Lo cierto es que la excepcionalidad que caracteriza a este específico modo de dar cumplimiento a la medida cautelar es doble¹³⁸⁴; la detención o prisión provisional incomunicada, en realidad, ha de ser excepción de la ya de por sí excepcional privación de libertad, característica que se manifiesta en la reserva de su aplicación en supuestos en que concurren extraordinarias circunstancias y, en cualquier caso, con la menor duración y extensión posibles¹³⁸⁵.

2.1.3.3. La interinidad del estado de incomunicación.

Como se adelantaba, elemento caracterizador esencial del régimen de cumplimiento de la medida que se examina es asimismo su provisionalidad, característica ésta, que en cierto modo compensa la enorme intensidad de sus efectos. La medida, en acertada opinión de BARONA, no ha de ser sino un estado transitorio dentro de la situación de prisión provisional del imputado¹³⁸⁶.

Por su parte, la norma procesal es expresa al señalar¹³⁸⁷ que la incomunicación del detenido o preso podrá sólo durar lo "absolutamente indispensable para evacuar las

¹³⁸³ Véase la citada STC 127/2000, de 16 de mayo, en su FJ 3º.

¹³⁸⁴ Art. 508 LECrim. Según el mismo precepto establece, al procesado habrá de ser instruido de la parte dispositiva del auto motivado en que la nueva incomunicación se decreta; sin embargo, no sin razón se ha criticado que al mismo no haya de darse, en cambio, conocimiento de su fundamentación.

Esto último, no puede sino sorprender si se tiene presente que dicha resolución puede ser recurrida en reforma, tanto personalmente por el sometido a prisión, cuanto por su representante. Vid. IBAÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, A., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1969, pág. 201.

¹³⁸⁵ BARONA VILAR, S., "Prisión provisional y medidas alternativas", op. cit., pág. 103; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Detención, incomunicación y Derecho de defensa. Comentario a la Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre*, "Rev. Actualidad Penal", 1988, núm. 1, pág. 524.

¹³⁸⁶ "Prisión provisional y medidas alternativas", op. cit., pág. 103.

¹³⁸⁷ Vid. Art. 507 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, sin que por regla general pueda exceder de cinco días¹³⁸⁸". Parece, pues, que la duración de la medida ha de limitarse al tiempo preciso para recibir declaración a cuantas personas el inculpado haya invocado en sus manifestaciones ante el Juez instructor, al efecto de comprobar la veracidad de su testimonio¹³⁸⁹; en consecuencia, y según tenor literal de la LECrim, si "las citas hubieren de evacuarse fuera del territorio de la Península, o a larga distancia", este límite podría extenderse hasta tanto el Juez, prudencialmente, entendiera preciso para evitar la confabulación del imputado preso con algún sujeto en el exterior.

Ello no obstante, finalizada una primera incomunicación judicial, la propia LECrim abre a la autoridad judicial la posibilidad de incomunicar nuevamente al privado de libertad, si en atención a las circunstancias que rodean la causa, resultara a su juicio conveniente. Esta segunda, salvo excepciones, no podrá superar el plazo de tres días de duración¹³⁹⁰.

¹³⁸⁸ En sus comentarios a la LECrim, el mismo AGUILERA DE PAZ es consciente del "sinsentido" que supone entender en sus propios términos la dicción "indagatorias" que se contiene en el precepto, por cuanto la misma, en rigor, se recibe del sujeto procesado con exclusión, pues, de la persona simplemente detenida; por entender errónea esta última consideración, propone el autor abandonar el sentido limitado y que con arreglo al uso común y al tecnicismo forense haya de dársele, para entender la palabra referida a toda declaración procedente del, según sus palabras, "el presunto culpable" - presunto inocente, a nuestro entender- haya sido o no objeto de procesamiento. Vid. "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", op. cit., págs. 222 y 223.

¹³⁸⁹ Vid. Art. 396 LECrim.

¹³⁹⁰ El interrogatorio que se proyecta de las personas nombradas por el imputado en sus declaraciones, como acertadamente sostiene MATTES, resulta ser presupuesto básico de una primera incomunicación, sin embargo, parece muy cuestionable la consistencia de este argumento para el acuerdo de reiteradas y sucesivas incomunicaciones. Vid. "La prisión preventiva en España", op. cit., pág. 36.

Lo cierto es que la norma procesal se refiere genéricamente a la posibilidad de que el imputado vuelva a quedar incomunicado tras haber sido ya puesto en comunicación y, a continuación, señala un plazo máximo de 3 días de duración por el que puede mantenerse esa segunda y, a nuestro juicio, única nueva incomunicación posible. La onerosidad extrema del acuerdo de incomunicaciones sucesivas ilimitadas lleva a considerar más acertado entender que el sujeto preso puede quedar incomunicado en más de una ocasión, siempre que el mantenimiento en esta situación no exceda del total de 8 días máximo de duración.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.1.3.4. **Ámbito de aplicación.**

No es fácil, a primera vista, determinar el ámbito de aplicabilidad de la medida de incomunicación judicial que se analiza. La primera de las dudas que se plantea y conviene despejar a estos efectos, es la relativa a su consideración como medida de exclusiva aplicación al sujeto sometido a prisión provisional o igualmente susceptible de acuerdo sobre la persona sometida a detención; ello, para a continuación averiguar si existe o no un concreto marco de delitos en el que procede la incomunicación con exclusión de cualquier otro o el acuerdo de la medida puede entenderse legítimo, con independencia del supuesto delictivo de que se trate.

Lo cierto es que la falta de concreción de la norma procesal no impide dar respuesta al primero de los interrogantes formulados en el sentido de afirmar la posibilidad de acordar la incomunicación tanto de aquellos sujetos detenidos¹³⁹¹ cuanto presos¹³⁹², habida cuenta de las continuas referencias indiferenciadas del legislador al sujeto pasivo de una y otra medida cautelar¹³⁹³.

Pero idéntica conclusión se alcanza tan pronto se conoce que los efectos que derivan de la incomunicación, y a los que se refiere el art. 527 LECrim, operan en los momentos iniciales del proceso y con ocasión de la práctica de las primeras diligencias policiales y judiciales de investigación¹³⁹⁴. En verdad, como bien advierte AGUILERA

¹³⁹¹ Sobre el particular, véase la STC 196/1987, de 11 de diciembre y, asimismo, la STS (Sala 2ª) de 24 de noviembre de 1998.

¹³⁹² AGUILERA DE PAZ, E., "Comentarios a la Ley ...", op. cit., pág. 221; ASENSIO MELLADO, JMª, "La prisión provisional ...", op. cit., págs. 192 y 193; DE QUEROL Y LOMBARDERO, JF., "Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo", op. cit., pág. 460.

¹³⁹³ Véanse los arts. 506 y 520 y ss. de la LECrim. Esta solución, asimismo, viene avalada por lo dispuesto en el art. 19 del RP de 1996.

¹³⁹⁴ Vid. GIMENO SENDRA, V., y VIVES ANTÓN, T., "La detención", op. cit., pág. 170, en la que se examinan las posibilidades de restricción del derecho del sujeto detenido a comunicar con su Abogado defensor y otras personas, tanto en las dependencias de la Comisaría de Policía, cuanto en el Establecimiento Penitenciario .

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

DE PAZ¹³⁹⁵, la incomunicación del privado de libertad encuentra sentido y resulta eficaz en las primeras horas de detención, cuando la investigación comienza y su perfecto desarrollo y éxito queda expuesto a mayor riesgo.

En realidad, el legislador parece temer especialmente este peligro en supuestos delictivos relacionados con el fenómeno terrorista -únicos, como bien acierta el TC¹³⁹⁶ en señalar, en los que nuestra legislación admite de modo explícito la incomunicación del detenido que se presume partícipe- a los que parece asociar directamente el acuerdo de la medida cautelar privativa de libertad en esta forma. Esto último, adelanta en parte la respuesta a la segunda de las dudas planteadas al respecto de la mayor o menor amplitud del ámbito de aplicación de la medida.

Cierto es que el sujeto que se sospecha autor o relacionado con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas -al que el legislador procesal se refiere expresamente- se configura como principal destinatario de la previsión legislativa que aquí se analiza; sin embargo, nada parece impedir al órgano jurisdiccional¹³⁹⁷ la incomunicación del presunto partícipe en la comisión de un delito de los considerados comunes, en respuesta a la necesidad -también en estos otros presente- de asegurar el perfecto desarrollo de la instrucción sumarial¹³⁹⁸.

En cualquier caso, es presupuesto de la medida y habrá de reflejarse en la resolución que acuerde su aplicación, la presencia de indicios de los que se concluya la conexión del sometido a incomunicación con el delito investigado; no se olvide que,

¹³⁹⁵ "Comentarios a la ley ...", Tomo IV, op. cit., pág. 221.

¹³⁹⁶ STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º.

¹³⁹⁷ Recuérdese que, según se desprende de lo expresado en el art. 520.2º bis LECrim, en esos supuestos, las autoridades gubernativas pueden, inicialmente, someter a incomunicación al detenido. La medida, sin embargo, precisa ser judicialmente convalidada.

¹³⁹⁸ DE QUEROL Y LOMBARDERO, JF., "Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo", op. cit., pág. 460.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

como reiteradamente ha manifestado nuestro TC la relación entre "la causa justificativa de la limitación pretendida -la averiguación del delito- y el sujeto afectado por ésta -aquél de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él- es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad"¹³⁹⁹.

Es claro que la legitimidad del acuerdo de esta medida depende, entre otros factores, de la concurrencia de extraordinarias circunstancias que amenazan el éxito del fin cautelar perseguido con la privación de libertad; circunstancias que se entienden concurrentes en todo caso en que se trate de causas criminales por terrorismo, pero que pueden igualmente darse en el resto de supuestos delictivos. Cuestión distinta es, sin embargo, que en atención a la gravedad del delito que se sospeche cometido, la incomunicación del que se presume partícipe resulte desproporcionada e ilegítima¹⁴⁰⁰.

Esto último despierta todo interés por averiguar en qué condiciones la necesidad de reforzar la finalidad cautelar, en principio perseguida con la privación de libertad del imputado, legitima la sujeción del mismo a un extraordinario régimen de cumplimiento, que no hace sino agravar la ya de por sí grave limitación del más básico de los derechos de la persona.

2.1.3.5. Fundamento y fines perseguidos con su adopción.

Como se adelantaba, la especialidad de ciertas conductas delictivas por razón, tanto de los sujetos intervinientes, cuanto de las circunstancias concurrentes en su comisión, obliga a un mayor celo en el desarrollo de las diligencias de investigación que

¹³⁹⁹ Véanse, entre otras, las STC 196/1987, de 11 de diciembre, la STS (Sala 2ª) de 24 de noviembre de 1998, y la STC 127/2000, de 16 de mayo (FJ 3º), en la línea de lo expresado por las SsTC 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 8º) y 49/1999, de 4 de abril (FJ 8º), particularmente.

¹⁴⁰⁰ Como en breve se conocerá, según reiterada doctrina de nuestro TC, a la autoridad judicial que ha de decidir la incomunicación se exige la exteriorización de todos aquellos extremos que permitan constatar la previa ponderación por el mismo de la "existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo, y el carácter imprescindible de la misma". Vid. SsTC 127/2000, de 16 de mayo; STC 49/1999, de 5 de abril; 161/1997, de 2 de octubre.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

hubieran de practicarse. En estos supuestos, la privación de libertad del imputado ha de acompañarse de la prohibición de todo contacto de este último con el exterior, en lo que a juicio de la doctrina constituye "un estado transitorio" durante el desarrollo de la prisión, "penoso, pero indispensable en determinados casos para que la autoridad no vea burlados sus esfuerzos"¹⁴⁰¹.

En estas condiciones, según parece entender el legislador, crece el peligro de frustración de los fines cautelares inicialmente perseguidos con la medida privativa de libertad; se teme, en realidad, un incremento de las posibilidades de fuga del imputado o de deterioro, pérdida u ocultación de fuentes y medios de prueba¹⁴⁰² que procede de la sospecha -no declarada abiertamente pero fácilmente deducible- de la existencia de connivencia entre los comunicantes para el logro de esos objetivos.

Esto último revela que la medida responde a la necesidad de satisfacer una finalidad que se añade a la cautelar *strictu sensu* que preside el acuerdo de la prisión provisional¹⁴⁰³, esto es, la de aseguramiento de la fase preparatoria del juicio¹⁴⁰⁴ y, en

¹⁴⁰¹ AGUILERA DE PAZ, E., "Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal", op. cit., pág. 221. En esta misma línea de opinión se sitúa DE QUEROL Y LOMBARDEO, que pronto detecta en la incomunicación -en particular, de presuntos delincuentes terroristas- "el objeto acuciente de desbaratar de inmediato (...) posibles complotos delictivos en proyecto, y que puedan estar ya iniciados en el momento de las primeras investigaciones, previniendo y acaso evitando así los posibles estragos de atentados que se estén fraguando". Vid. "Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo", op. cit., págs. 437 y 440.

¹⁴⁰² ASECIO MELLADO, JM^a, "La prisión provisional...", op. cit., págs. 167 y 190; DE QUEROL Y LOMBARDEO, JF., "Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo", op. cit., pág. 460; SALIDO VALLE, C., "La detención incomunicada del menor de edad penal", "Rev. La Ley", Diario, núm. 4758, marzo de 1999, pág. 4.

¹⁴⁰³ En opinión de un amplio sector doctrinal, es claro que éste último fin participa de la naturaleza cautelar que preside o ha de presidir la privación provisional de libertad; entre otros, pueden verse ASECIO MELLADO, JM^a, "La prisión provisional ...", op. cit., págs. 35 y 36; FENECH, M., "El Proceso Penal", op. cit., pág. 147; MORENO CATENA, V., con MUÑOZ CONDE, F., *La prisión provisional en el ordenamiento jurídico español*, Santiago de Compostela, 1980, pág. 147; SALIDO VALLE, C., "La detención incomunicada del menor ...", op. cit., pág. 4.

ORTELLS RAMOS, sin embargo, aun cuando no se niega a admitirlo entre los fines a satisfacer con la medida, prefiere referirse a este último como "otro fin no cautelar" que se añade al que sí considera de tal naturaleza, cual es la evitación del peligro de fuga del presunto reo.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

consecuencia, del material que puede servir de prueba y es susceptible de fundamentar una ulterior sentencia de condena¹⁴⁰⁵.

En fechas recientes, el mismo TC¹⁴⁰⁶ ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la finalidad perseguida con la medida de incomunicación judicial prevista en la LECrim, al enfrentarse a la resolución de un recurso de amparo interpuesto por entender vulneradas las garantías constitucionales de un sujeto sometido a detención incomunicada¹⁴⁰⁷. El Tribunal, aprovecha la ocasión para pronunciarse acerca de los fines en los que puede hallar justificación la limitación de los derechos del individuo en que la incomunicación se traduce y que resultan ser de un doble orden.

En efecto, según expresa la resolución aquí aludida, la incomunicación del detenido sirve a una finalidad genérica de protección de los bienes constitucionales que reconocen los arts. 10.1 y 104.1 de la CE, esto es, la paz social y la seguridad ciudadana; pero, al propio tiempo, la medida se legitima en atención a un finalidad específica, cual

Asimismo, puede atenderse al respecto a lo dispuesto en la decimosexta de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Proceso Penal, de 1990, según la cual, "las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del procedimiento y estarán destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado y la adquisición y conservación de las pruebas".

¹⁴⁰⁴ No es ésta quizás la sede, y probablemente tampoco el espacio suficiente, para profundizar debidamente en la cuestión relativa a cuantos fines se persiguen con el acuerdo de la medida cautelar que se analiza, aunque, siguiendo a ROXIN, estos últimos parecen identificarse con la garantía de una adecuada averiguación de los hechos y la evitación de peligros de oscurecimiento o de ocultación del imputado, la alteración de pruebas y la influencia ejercida sobre sus fuentes. Vid. ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", 18^o ed., München, 1983; criterio que, entre nuestros autores, sostiene entre otros BARONA VILAR, S., "La prisión provisional...", op. cit., pág. 39. En este mismo sentido parece ir la línea seguida por nuestra jurisprudencia constitucional más reciente y, en particular, la STC 128/1995 y la posterior de 26 de julio de 1996.

¹⁴⁰⁵ La evitación, en definitiva, de todo obstáculo al perfecto desarrollo de la instrucción sumarial es la finalidad que se deduce de lo dispuesto por el mismo TC en su STC 183/1994, de 20 de junio, a cuyo análisis -aunque por motivos distintos- habrá de dedicarse buena parte de estas páginas.

¹⁴⁰⁶ 127/2000, de 16 de mayo.

¹⁴⁰⁷ Se trata, en efecto, del recurso de amparo núm. 3501/96 interpuesto frente a la resolución dictada por la Sala de lo Penal del TS en su sentencia de 17 de septiembre de 1996, y contra la anterior emitida por la Sala de lo Penal de la AN, con fecha de 20 de febrero del mismo año.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

es la intención de conjurar los peligros y evitar que "el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta, propicie que se sustraigan a la acción de la Justicia culpables o implicados en el delito investigado, o se destruyan u oculten pruebas de su comisión". La necesidad de la incomunicación para alcanzar esta finalidad, como igualmente señala, deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos y de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, y que hacen "imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto"¹⁴⁰⁸.

A nivel doctrinal, asimismo, se afirma como fin fundamental de la incomunicación de detenidos o presos la evitación de todo concierto del imputado con sus cómplices o testigos para desfigurar la verdad¹⁴⁰⁹, ante la conveniencia de impedir que por medio de la comunicación se alerte a otros sospechosos en perjuicio del perfecto desenvolvimiento de la instrucción sumarial¹⁴¹⁰.

La misma norma procesal, aunque no de modo explícito, señala como presupuesto básico para el acuerdo de la prisión provisional en forma incomunicada, la necesidad de evitar confabulaciones de los presuntos culpables entre sí o con personas extrañas¹⁴¹¹, parece que en un intento de eliminar todo obstáculo al perfecto

¹⁴⁰⁸ En este sentido se pronunciaba el TC en la STC 196/1987, de FJ 7º y en el Auto 155/1999 (FJ 4º), confirmado por lo expresado en la más reciente STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º.

¹⁴⁰⁹ En efecto, considera AGUILERA DE PAZ que la medida se dirige a evitar que el detenido o preso se confabule con aquellas personas que cite como testigos en sus dichos, a fin de dar entre todos un giro favorable a sus declaraciones, y poniendo además en juego "los medios más eficaces para sustraerse a la acción de la Justicia" o, aunque esto otro parece muy discutible, "defenderse de los cargos resultantes contra él, proporcionándose por estos medios elementos justificativos para su supuesta inocencia". "Comentarios a la LECrim...", op. cit., pág. 227.

¹⁴¹⁰ ALMAGRO NOSETE, J., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1996, pág. 129.

¹⁴¹¹ Véase el art. 507 LECrim. Asimismo, de los arts. 506 y 508 de la misma LECrim se deduce cierta intención de impedir toda alteración del resultado de las diligencias o del correcto desarrollo de la causa.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

desenvolvimiento de la investigación y así, de asegurar la fase preparatoria del juicio para¹⁴¹², en definitiva, posibilitar la realización de los fines del proceso¹⁴¹³.

Así pues, no falta razón a RODRÍGUEZ RAMOS¹⁴¹⁴ cuando afirma que la finalidad de la incomunicación se halla íntimamente vinculada al éxito de las investigaciones; si, según se desprende de lo expresado por el legislador, la medida aspira a posibilitar el dar curso a las citas o manifestaciones realizadas por el incomunicado en alguna de sus declaraciones, parece acertado afirmar que, como fin de primer orden, con ella se pretende facilitar la detención, en su caso, de nuevas personas relacionadas con el posible delito y con la asociación criminal o banda armada en la que se presume integrado el sujeto a incomunicación; pero, igualmente, en opinión del mismo autor, la medida persigue la consecución de pruebas -según sus propias palabras- "bien monumentales o relacionadas con el cuerpo del delito, bien documentales, periciales o testificales, evitando connivencias o cualquier modo de encubrimiento".

En cualquier caso, al reflexionar sobre los fines perseguidos por el legislador con la incomunicación de detenidos y presos, es inevitable recurrir al paradigmático supuesto de los delitos de terrorismo, no ya por ser éste el único al que la norma expresamente se refiere sino porque, como desafortunadamente la realidad demuestra, es claro reflejo de la singularidad de la acción delictiva, de la que se derivan los peligros reseñados en estas páginas y que el legislador procesal pretende neutralizar.

¹⁴¹² BARONA VILAR, S., "Prisión Provisional y ...", op. cit., pág. 103.

¹⁴¹³ De más cortas miras parece, sin embargo, el objetivo que IBAÑEZ y GARCÍA-VELASCO entiende perseguido con la incomunicación, al considerar la medida como una "cualificación de la prisión provisional, no aseguradora del proceso sino de la instrucción", toda vez que, a su juicio, la misma simplemente "aspira a permitir que se evacuen las citas o manifestaciones hechas o en las declaraciones realizadas por el incomunicado". Vid. "Curso de Derecho Procesal", op. cit., pág. 201.

¹⁴¹⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Detención, incomunicación y derecho de defensa ...", op. cit., pág. 524.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En este punto, el mismo TC¹⁴¹⁵ expresamente manifestaba que "la finalidad de conjurar ciertos peligros para la investigación" que puedan resultar del conocimiento del estado de la misma por personas ajenas a ella, (...) "resulta implícita a la incomunicación de detenidos por delitos de terrorismo", aunque "dichos riesgos son inherentes a toda investigación de las actividades delictivas cometidas por organizaciones criminales, máxime si están estructuradas de forma compleja".

Ahora bien, según afirma el Tribunal en la misma resolución aludida, la necesidad de acordar la incomunicación puede afirmarse en los delitos de terrorismo "de forma genérica, en términos de elevada probabilidad" y con independencia incluso de las circunstancias personales del sometido a incomunicación¹⁴¹⁶, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas.

Como señala GÓMEZ COLOMER, la sola atención a los efectos en que la medida se traduce -que, de inmediato se examinan- descubre cierta intención encubierta del legislador de evitar, en particular, que el contacto del imputado preso con su Abogado de confianza, y a quien se presume ideológicamente afín a su cliente, permita no sólo la frustración de la investigación e instrucción de la causa, sino la planificación o incluso comisión de nuevos delitos¹⁴¹⁷.

En conclusión a lo expuesto puede, pues, afirmarse que la decisión de incomunicar al detenido o preso responde a un intento de evitar la frustración del correcto desenvolvimiento de la instrucción sumarial y, así, del éxito del proceso en su conjunto, que se resulta expuesto a un mayor riesgo en determinados supuestos

¹⁴¹⁵ STC 127/2000, de 16 de mayo, en su FJ 3º.

¹⁴¹⁶ Aunque esto último, a nuestro juicio, sigue siendo muy cuestionable.

¹⁴¹⁷ GÓMEZ COLOMER, JL., "La exclusión del Abogado ...", op. cit., págs. 99 y 102.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

delictivos y, especialmente, en aquéllos relacionados con el terrorismo y la actuación de grupos o bandas armadas.

En cualquier caso, no puede ponerse en duda que la medida de incomunicación entraña una agravación de las condiciones de privación de libertad del sujeto imputado, por cuanto hace a éste último perder temporalmente el disfrute de alguno de sus más elementales derechos; en consecuencia, la medida puede sólo entenderse legítima si se concibe de aplicación extraordinaria y como *ultima ratio*, y de efectos no ilimitados¹⁴¹⁸ sino sujetos a las exigencias derivadas del sumario.

Así las cosas, conviene centrar toda atención en el análisis del contenido de la medida de incomunicación y los efectos que su aplicación genera para, con sentido crítico, proceder a su valoración; ofrecer, ya que el TC se ha pronunciado en favor de su ajuste a la Norma Fundamental, una impresión subjetiva acerca del encaje de éste, que se dibuja como uno de los modos de cumplimiento de la medida cautelar, en el cuadro de garantías que la Constitución reconoce al sujeto pasivo del proceso; como podrá sospecharse, interesa valorar críticamente las consecuencias que la incomunicación del detenido o preso genera, que directamente repercuten sobre la efectividad de su fundamental derecho de defensa.

2.1.3.6. Contenido y efectos de la incomunicación judicial.

Como en páginas precedentes se señalaba, la medida de incomunicación judicial se traduce, en esencia, en una sustancial modificación del régimen de derechos de los que, en circunstancias distintas, ha de gozar todo detenido o preso y, en especial,

¹⁴¹⁸ ALMAGRO NOSETE, J., Lecciones de Derecho Procesal ...", op. cit., pág. 129.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de aquellos derechos que le permiten el contacto con el mundo externo al Centro Penitenciario en el que se halla custodiado¹⁴¹⁹.

Este aislamiento al que viene sujeto el incomunicado, según parte de la doctrina sostiene¹⁴²⁰, no es absoluto; el sometido a incomunicación, en particular, conserva la facultad de asistir con las debidas precauciones a la práctica de ciertas diligencias - aquellas periciales en las que la propia LECrim le da intervención¹⁴²¹- y, según puede entenderse de lo expresado por la misma LECrim¹⁴²², la de mantener correspondencia con el exterior de la prisión en la medida en que resulte compatible con el éxito de la finalidad cautelar perseguida.

A estos efectos, el mismo legislador penitenciario exige a la máxima autoridad del Establecimiento que, durante el tiempo en que el imputado permanezca en incomunicación, adopte cuantas medidas resulten precisas para dar cumplimiento a las

¹⁴¹⁹ Entiende MATTES que la incomunicación ha de afectar exclusivamente a las relaciones del preso con distintas personas "prescindiendo de aquéllas que tengan que ver con él oficialmente"; pero, en absoluto, puede la medida tener por objeto la agravación, en otra forma, de la prisión. "La prisión preventiva en España", op. cit., pág. 35.

¹⁴²⁰ Vid. PRIETO CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, F., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 265. Aunque con especial referencia a la medida de incomunicación acordada sobre el menor de edad penal detenido, opina igualmente SALIDO VALLE que la misma ha de afectar tan sólo a la relación del individuo con quienes, efectivamente, puedan perjudicar los fines de la investigación, sin que en caso alguno haya de producirse un total aislamiento. "La incomunicación del menor detenido ...", op. cit., pág. 4; en la misma línea, y con relación a la incomunicación del presunto terrorista, véase DE QUEROL Y LOMBARDEO, JF., "Detención preventiva e incomunicación ...", op. cit., pág. 458.

¹⁴²¹ Vid. Art. 506 LECrim, in fine. Conviene en este punto señalar que, en opinión de ASENCIO MELLADO que se comparte, el término "diligencias periciales" empleado en el precepto ha de entenderse no limitado a aquéllas a las que se refiere el art. 456 LECrim, sino comprensivo de todas aquellos actos de investigación, bien testificales, bien inspecciones oculares, a cuya celebración, según puede concluirse de lo que la norma dispone, queda el procesado facultado a asistir. "La prisión provisional ...", op. cit., pág. 194.

¹⁴²² Véanse los arts. 524 y 520.2º de la LECrim, respectivamente. La idea expresada acerca del carácter no absoluto de la incomunicación que sufre el privado de libertad se ve confirmada a la vista de lo expresado por el art. 19 del RP cuando señala que, si la orden de incomunicación nada específica, "el Director del establecimiento penitenciario recabará la autorización del Juez de instrucción para que el interno incomunicado pueda disponer de aparatos de TV y de radio".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

normas que contienen las leyes procesales y a las especiales indicaciones que en cada caso formule la autoridad judicial¹⁴²³.

En realidad, el principal de los límites que se derivan de la incomunicación del imputado afecta a su derecho a mantener contactos con ciertas personas, entre las cuales y por lo que aquí interesa, no aparece excluido su Abogado defensor. El detenido o preso incomunicado resulta, pues, privado de la facultad de recibir visitas y de entablar cualquier modo de relación con personas distintas al Juez de instrucción y los funcionarios del Establecimiento en que se halla custodiado; y, es más, según puede deducirse de una interpretación *en contrario* del art. 523 LECrim, mientras se halla en situación de incomunicación, al imputado preso puede incluso ser impedida la relación con su defensor, con lo que ello entraña de menoscabo a la efectividad de su derecho a la defensa¹⁴²⁴.

Asimismo, queda reservada al órgano judicial encargado de la instrucción la potestad de autorizar aquellos medios de correspondencia y comunicación de los que puede el detenido o preso valerse¹⁴²⁵ que, a su juicio, no resulten perjudiciales al éxito de la misma; así, podrá el Juez permitir al incomunicado el disfrute de los libros y efectos que él mismo se proporcione y no ofrezcan inconveniente; y, si el incomunicado lo solicitara, habrá de facilitársele recado de escribir a distintas autoridades, previa adopción de las medidas precisas para evitar la frustración de los fines pretendidos¹⁴²⁶.

¹⁴²³ Vid. Art. 19.3º RP de 1996.

¹⁴²⁴ Ese es, precisamente, el efecto que en opinión de FERNÁNDEZ BOIXADIER genera la aplicación de la medida que, en consecuencia, merece la mayor de las críticas. Vid. "El Abogado ante el sumario", op. cit., pág. 370.

¹⁴²⁵ art. 524 LECrim.

¹⁴²⁶ Véanse los arts. 509 y 510 de la LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Con ese mismo propósito, asimismo, puede ser impedida al detenido o preso la recepción o entrega de cartas o papeles, si no es por conducto o con licencia del Juez instructor, quien podrá acceder a su contenido para, a la vista de lo que en ellos conste - y, en especial, del peligro que ello entrañe al logro del fin cautelar que se persigue - autorizar o negarles curso¹⁴²⁷.

Pero, en realidad, la mayor atención de este análisis ha de centrarse en el triple efecto que la incomunicación proyecta, de forma directísima, sobre el derecho a la asistencia y defensa técnica cuya titularidad ostenta el imputado preso desde el instante en que se adquiere esa condición; derecho que, aun cuando no es del todo ignorado, sí se ve poderosísimamente afectado en su esfera de ejercicio.

Ciertamente, la incomunicación implica un recorte en el régimen de derechos que asiste a todo detenido¹⁴²⁸; recorte que, según afirma el legislador, no alcanza a aquéllos que se contienen en el art. 520 LECrim, en cuyo disfrute ha de mantenerse, aunque con las modificaciones que el mismo precepto detalla. En apariencia, pues, conserva su derecho a la asistencia letrada, pero en el modo que resulta de la limitación que el art. 527 LECrim opera en su esfera de ejercicio.

La restricción del derecho a la que se viene aludiendo consiste, de un lado, en la privación al detenido o preso de la facultad de designar libremente Abogado; según expresamente dispone el art. 527 a) LECrim, el incomunicado habrá de recibir "en todo caso" la asistencia de un Letrado procedente del turno de oficio; de otro lado, el ejercicio del derecho viene poderosamente restringido a partir del impedimento a su titular de la facultad de mantener con su defensor la entrevista reservada¹⁴²⁹ que, en otras

¹⁴²⁷ Art. 511 LECrim.

¹⁴²⁸ Vid. Capítulo 4º, título VI de la LECrim.

¹⁴²⁹ Art. 527 c) LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

circunstancias¹⁴³⁰, puede celebrar al término de la diligencia de investigación a la que se someta y en la que el Letrado se hallaba presente¹⁴³¹.

A la vista, pues, de la intensísima incidencia sobre el elemental derecho a la asistencia y defensa técnica, no puede evitarse el surgimiento de serias dudas acerca del perfecto ajuste de la medida a los dictados de la Norma Constitucional, que consagra aquel derecho como fundamental de la persona y lo eleva al más alto rango del ordenamiento.

Ello, como no podría ser de otro modo, hace crecer el interés por averiguar si, aun cuando no se niegue la legitimidad en sí misma de la medida de incomunicación judicial, la restricción del derecho o derechos fundamentales en que se traduce, defrauda o no las exigencias derivadas del art. 53.2º CE y aquéllas que impone el respeto, ineludible, del principio de proporcionalidad.

Así pues, tras esta primera aproximación a la materia relativa al reconocimiento del derecho a la comunicación con Letrado en las situaciones de privación de libertad con finalidad cautelar, se ha entendido oportuno analizar el alcance de los efectos procedentes de esta vía de restricción; ello, con el propósito de obtener de su resultado un nuevo punto de mira desde el que hallar solución a la quiebra del elemental derecho de defensa que acaba provocando la decisión de incomunicar al detenido o preso cuando, contrariamente, habría de verse garantizado en todo estado y grado del proceso.

¹⁴³⁰ En efecto, en la generalidad de supuestos, el ejercicio de esta última facultad, según expresa el art. 520.6 c) LECrim, puede tener lugar al término de la práctica de la diligencia de investigación en la que el detenido hubiere intervenido e, incluso, en el caso en que la concreta diligencia de interrogatorio no llegue a tener lugar, creando la ficción de darla por celebrada.

¹⁴³¹ Asimismo, es efecto que deriva del acuerdo de la incomunicación judicial del detenido o preso -en el que, por lo limitado de nuestro objeto de estudio y a pesar de lo riguroso y criticable que resulta, no interesa profundizar-, la imposibilidad para el imputado de poner en conocimiento de la persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia. Vid. Art. 527 b) LECrim.

2.2. PRIMERA VALORACIÓN CRÍTICA ACERCA DEL CONCRETO RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA EN FORMA INCOMUNICADA.

En verdad, atender a los fines perseguidos con la medida de incomunicación judicial permite afirmar su legitimidad desde el punto de vista constitucional; sin embargo, ello parece cuestionarse a la vista de la intensidad de la limitación que la misma entraña sobre el régimen de derechos del sujeto que la padece.

Una primera crítica merece, en efecto, la indeterminación con que el legislador procesal se refiere al ámbito de aplicación subjetivo de la medida y, asimismo, del límite temporal dentro del cual puede mantenerse al sujeto incomunicado; téngase presente que, aun cuando la norma procesal establece un plazo máximo de duración de 5 y 8 días de duración, abre asimismo paso a la posibilidad de ampliarlo, pero sin precisar la extensión o el número de prórrogas acumulables de ese mismo periodo.

Ahora bien, mayor rechazo quizás provoca alguno de los aspectos de la misma relacionados con el que resulta ser su régimen de cumplimiento. En particular, son las previsiones contenidas en los arts. 523 y 527 de la LECrim, por razón de su repercusión sobre los más elementales derechos del sometido a detención o prisión provisional, las que impiden valorar positivamente una medida que, efectivamente, contribuye al refuerzo de la finalidad estrictamente cautelar a la que se orienta la privación de libertad en este estadio procesal.

Lo cierto es que alguna de las dudas de inconstitucionalidad que la medida de incomunicación plantea han obtenido expresa respuesta de nuestro TC por vez primera en la STC 196/1987, de 11 de diciembre¹⁴³², a la que inevitablemente ha de acudir. Sin

¹⁴³² Conclusión en la que el Tribunal se reafirma en resoluciones más recientes, tales como las SsTC 46 y 60/1998, y la de fecha 24 de enero de 1995, asumida por la Sala 2ª del TS, entre otras, en su sentencia de 24 de noviembre de 1998.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

embargo, la no del todo sólida fundamentación en la que parece apoyarse el fallo, ha dado pie a la doctrina a un replanteamiento de las mismas cuestiones para las que parecen hallarse soluciones opuestas; téngase presente que, no sólo la doctrina, sino una parte de los miembros del TC mostraron su desacuerdo a la que, por mayoría simple de votos, vino definitivamente impuesta en aquella resolución de 1987.

En cualquier caso, al valorar críticamente la decisión jurisprudencial a la que se alude, se hacía preciso partir de una doble premisa: de una parte, la adecuación constitucional de la medida de detención o prisión provisional incomunicada en sí misma considerada¹⁴³³, y de otra, la limitabilidad de los derechos que la Constitución reconoce como fundamentales de la persona¹⁴³⁴; derechos entre los que se incluye el elemental a la asistencia y defensa técnica sobre cuya posible restricción a continuación se reflexiona.

Una y otra afirmación, en opinión de un amplio sector doctrinal -que en absoluto coincide con el criterio expresado por el TC en su resolución de 1987 y en algunos otros pronunciamientos posteriores-, no admiten discusión. Según el mismo Tribunal declara, la disposición que se analiza es el modo de ejercicio del derecho elegido por el legislador, sin embargo, la opción no resulta ser, a juicio de todos, la más acertada. En opinión de un buen número de autores y de parte de los miembros del TC, el desarrollo del derecho constitucional a la asistencia letrada del detenido o preso que contiene nuestra LECrim no parece ajustarse a las exigencias que directamente derivan de la Primera Norma del ordenamiento.

¹⁴³³ SsTC 127/2000, de 16 de mayo, 196/1987, de 16 de diciembre y el ATC 155/1999, de 14 de junio.

¹⁴³⁴ Vid. infra, cap. 2º.

2.2.1. SOBRE LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA A LA VISTA DE LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS EN QUE SE TRADUCE.

El primero de los puntos de atención en este análisis no podía ser otro que la calidad de los derechos afectados por el régimen de incomunicación y la finalidad que, según parece, ha guiado al legislador en su formulación.

En verdad, aunque en absoluto se explicita, pronto se detecta cierta intención del legislador en la previsión de las medidas que aquí se analizan, que es la de su empleo en la lucha contra el fenómeno terrorista; ello hace obligado tener siempre a la vista lo dispuesto en el art. 55.2 de la Norma Constitucional, en el que se prevé la posibilidad de suspender individualizadamente los derechos fundamentales del ciudadano en las situaciones que el mismo señala.

Como se recordará, con ocasión de la investigación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, el propio Texto Constitucional abre paso a la suspensión de determinados derechos -entre los que se incluye el fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas que consagra el art. 18.3º CE- de sujetos concretos, sospechosos de su comisión, con la oportuna intervención judicial y el control parlamentario. La norma, sin embargo, silencia y parece dejar fuera el derecho a la asistencia letrada y defensa técnica sobre cuya efectividad, en definitiva, repercute la restricción del anterior cuando la falta de libertad o secreto de las comunicaciones afecta a las mantenidas con la persona del Abogado defensor.

En este sentido, no falta razón a LAMARCA PÉREZ¹⁴³⁵ cuando, al examinar el régimen de incomunicación de detenidos y presos -que, como bien advierte, siempre se

¹⁴³⁵ "Aspectos jurídicos del terrorismo", op. cit., pág. 409.

En contra, DE QUEROL Y LOMBARDERO, JF., "Detención preventiva e incomunicación ...", op. cit., pág. 452.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

asocia al delito de terrorismo- precisa que la limitación del derecho a la asistencia letrada en que la medida se traduce, no figura entre las especialidades procesales que la Constitución autoriza sobre la base de lo previsto por el art. 55.2 CE.

En opinión de esta autora, la incomunicación afecta a derechos y garantías que en caso alguno deben ser objeto de suspensión al amparo de la legislación antiterrorista; legislación que, a pesar de su derogación, no está del todo ausente del ordenamiento. A su juicio, y es también nuestra impresión, excluir absolutamente el derecho del incomunicado a la asistencia letrada hubiera resultado de muy dudosa constitucionalidad, y es por ello que el legislador ha optado por arbitrar un régimen más matizado.

Pero, a pesar de la sutileza, la enorme intensidad con que se procede a su restricción, provoca un resultado prácticamente idéntico sobre la efectividad del derecho que anima a la reflexión; resulta, pues, interesantísimo examinar y valorar críticamente la doble limitación del derecho al contacto con el defensor en que la incomunicación del detenido o preso se traduce y que repercute sobre la garantía del más básico de los derechos procesales, cual es la defensa.

Con este propósito, se hace obligada la atención a las previsiones contenidas, de un lado, en el art. 523 LECrim, que abre paso a la posibilidad de impedir la relación con el Letrado y, de otro, a la restricción que puede operarse sobre la correspondencia que ambos mantengan en virtud de lo expresado por el art. 524 LECrim. Conviene, en definitiva, analizar con detenimiento la transformación¹⁴³⁶ que la medida opera sobre el derecho a la asistencia letrada¹⁴³⁷ al impedir el ejercicio de la facultad prevista en el art. 520.6 c) LECrim.

¹⁴³⁶ Alteración cuyo alcance es precisado por el mismo legislador procesal en el art. 527 LECrim.

¹⁴³⁷ Derecho que, según lo expresado por el art. 17.3º de la Norma Fundamental, ha de garantizarse a todo detenido o preso.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.2.1.1. La posibilidad de impedir la relación con el defensor.

Como se recordará, la primera y quizás más intensa de las modificaciones que, por efecto de la incomunicación, afectan al régimen de derechos de todo detenido o preso -y, en particular, a su derecho a la asistencia letrada y defensa técnica- puede deducirse de una interpretación en contrario de lo dispuesto por el art. 523 de la LECrim.

Si, conforme expresa el precepto, "la relación con su Abogado no podrá impedirse mientras estuviere en comunicación", la duda que se plantea e interesa resolver es la relativa a la posibilidad de limitar o no el ejercicio del derecho que al privado de libertad asiste de mantener el contacto con su defensor -y, en ese caso, el alcance de dicha limitación- de hallarse en la situación opuesta.

Y, en efecto, parece que la medida de incomunicación del detenido o preso puede acompañarse de la imposibilidad para el mismo de valerse del ejercicio del derecho a comunicar con su defensor que poderosamente repercute sobre la efectividad de la defensa. La falta de relación imputado-defensor, qué duda cabe, obstaculiza la conducción con eficacia de dicha actividad defensiva.

De este modo, y aunque por breve tiempo, la LECrim opera una drástica restricción del que resulta ser el más elemental de los derechos procesales que, con el rango de fundamental, se reconocen al sujeto que recibe la imputación; esto último, sin embargo, choca frontalmente con la opinión de quienes señalan que "el derecho de defensa técnica y asistencia letrada, no puede ser intervenido en ningún caso o situación"¹⁴³⁸.

¹⁴³⁸ Son éstas palabras de CAVERO LATALLADE de las que se hace eco LAMARCA PÉREZ, C., "Aspectos jurídicos del terrorismo", op. cit., pág. 386.

Una opinión bien distinta es la que sostiene DE QUEROL Y LOMBARDEO, JF., "Detención preventiva e incomunicación ...", op. cit., pág. 460. A juicio del autor, es cierto que la incomunicación disminuye el derecho de defensa pero, según expresamente señala, "sucede lo que ya hemos dicho en cuanto a otros derechos, que tampoco el derecho de defensa es absoluto". *

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Desde posiciones menos extremas, y con el respaldo de la jurisprudencia emanada de nuestro máximo intérprete constitucional¹⁴³⁹, se ha venido afirmando la posibilidad de sacrificar los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, si dicho sacrificio se impone por razón de la necesidad de proteger un derecho o interés jurídico que, en el caso concreto, resulta preponderante; esto último, tras la debida ponderación de uno y otro de los intereses enfrentados, conforme a los parámetros que el principio de proporcionalidad suministra.

A la vista de la previsión contenida en ese art. 523 LECrim parece, pues, que el legislador entiende prevalente el interés del Estado en la persecución del delito a través del adecuado funcionamiento de las instituciones procesales, el correcto desarrollo y éxito del proceso a cuya satisfacción obedece la medida de incomunicación, frente al interés privado del sujeto pasivo del proceso¹⁴⁴⁰.

Se hace difícil admitir abiertamente la restricción del derecho a la asistencia letrada, siquiera en este concreto marco de supuestos delictivos y aun cuando se presuma que su pleno reconocimiento entraña un grave riesgo al adecuado desenvolvimiento de la instrucción sumarial. El enorme rigor que se advierte en la limitación de tan elemental derecho, ha de verse de algún modo atenuado, y ello parece conseguirse a partir de una interpretación ampliamente garantista de la fórmula empleada por el legislador en su previsión.

Así, debe advertirse en primer término que el precepto se halla expresado en términos potestativos, de suerte que el efecto limitador que se establece no parece que haya de operar de modo automático. En absoluto, pues, ha de entenderse que el mismo deba ser preceptivamente aplicado; antes al contrario, su aplicación ha de proceder tan

¹⁴³⁹ Vid. la STC 196/1987, de 11 de diciembre, formulada en esos términos.

¹⁴⁴⁰ GÓMEZ COLOMER, JL., "La exclusión del Abogado defensor ...", op. cit., pág. 80; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales", op. cit., pág. 245.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

sólo si, a juicio de la autoridad judicial que decide el cumplimiento de la medida cautelar en esta forma, ello resulta conveniente en orden a la satisfacción de los fines de aseguramiento que se pretenden.

Es más, el impedimento a la relación con el defensor durante el tiempo de incomunicación que puede acordarse, ha de entenderse limitado a la privación de la facultad del imputado de mantener contactos directos con el Letrado¹⁴⁴¹ "en todo caso designado de oficio" y en no suponer la absoluta privación de toda vía de comunicación; de no ser así, difícilmente podría salvarse la constitucionalidad de la medida frente a las dudas que en este sentido pesan, quizás no sobre la medida de incomunicación judicial, pero sí sobre los que resultan ser sus efectos¹⁴⁴².

Abunda en favor de esta última conclusión la evidencia de que, de haber pretendido algo distinto, el legislador habría optado por señalar como regla la prohibición de mantener la relación con el Abogado durante el tiempo en que el imputado permanezca en incomunicación, e incluir las excepciones a la misma que entendiera oportunas¹⁴⁴³.

En principio, pues, nada parece oponerse a la presencia del Abogado junto al sujeto incomunicado que resulte autorizado por la norma procesal a asistir "con las debidas precauciones" a la práctica de las diligencias periciales en las que su personación no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación¹⁴⁴⁴.

Asimismo, conviene tener presente que sólo el Juez instructor queda facultado para decidir la limitación, y en qué grado, de la correspondencia entre el privado de

¹⁴⁴¹ Véase el art. 523 LECrim en relación con el art. 527 c) LECrim.

¹⁴⁴² Vid. STEDH de 21 de febrero de 1975, "asunto GOLDER".

¹⁴⁴³ Aunque esto último, a nuestro juicio, no habría de quedar exento de crítica.

¹⁴⁴⁴ Véase el art. 506 LECrim, *in fine*.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

libertad y su defensor, a la vista del riesgo o amenaza a la instrucción que dicha relación, según su criterio, genere¹⁴⁴⁵; en lo demás, según puede concluirse, ese vínculo no habría de verse afectado a salvo lo dispuesto, y no es poco, por el art. 527 LECrim, cuya previsión repercute de forma directísima sobre cada una de las facultades en que su derecho a la asistencia y defensa técnica se manifiesta.

Es, pues, momento de analizar el precepto en el que se contienen tres distintas medidas de naturaleza procesal¹⁴⁴⁶, cuya operatividad origina una sustancial modificación del estatuto jurídico del privado de libertad con fines cautelares y, en particular, de las medidas que se contienen en las letras a) y c) del precepto antes aludido, en lo que no puede sino entenderse como ataque a una de las más básicas garantías del sistema.

¹⁴⁴⁵ Véanse los arts. 511 y 524 de la LECrim.

¹⁴⁴⁶ El segundo de los apartados del art. 527 LECrim que se señala, impide al detenido o preso incomunicado el derecho que en otro caso le concede el art. 520.2 d) LECrim, de poner en conocimiento del familiar o de la persona que desee, el hecho de la detención o el lugar de custodia en que se halle en cada momento; y a los extranjeros, según el mismo precepto señala, el derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país. Ello, en opinión de ASENSIO MELLADO, parece representar una violación del derecho al respeto de la vida familiar que consagra el art. 8º CEDH, de rigor desproporcionado si no es que, en atención a las excepcionales circunstancias que se den cita en el supuesto concreto, ello resulte indispensable para neutralizar el peligro a los fines procesales que se tema. Pero, "en todo caso", según criterio del Consejo de Europa que comparte el autor y en el que se coincide, "debe haber alguna posibilidad de poner en conocimiento de la familia el hecho de la detención". Vid. "Prisión provisional ...", op. cit., pág. 176.

Con relación al sometimiento a incomunicación de un detenido o preso menor de edad, es aún más cierto que la previsión contenida en el art. 527 b) LECrim, como bien advierte SALIDO VALLE, ha de operar sólo en circunstancias muy extraordinarias. En opinión del autor, que se comparte, "dada la especial protección que al detenido menor debe ofrecer el ordenamiento jurídico, la comunicación a quien ejerce la patria potestad o guarda de hecho, debiera quedar subsistente", a no ser que se aprecien datos suficientes para presumir que con esa comunicación van a verse afectados negativamente los fines de la investigación. "La incomunicación del detenido menor de edad penal...", op. cit., pág. 5. En realidad, a pesar de los términos en que viene expresada, esta medida no ha de entenderse sino excepción de la que debiera ser igualmente excepcional aplicación de la medida al menor, por razón de la entidad del bien que la misma sacrifica.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.2.1.2. La designación, en todo caso, de un Abogado de oficio.

En efecto, conforme al tenor literal del art. 527 LECrim, el detenido o preso no podrá, mientras se halle incomunicado, disfrutar de los derechos expresados en ese capítulo IV¹⁴⁴⁷, con excepción de los que recoge el art. 520 del mismo Texto, aunque con algunas modificaciones; de las distintas que se prevén, por su incidencia sobre el derecho a la asistencia y defensa técnica, ha interesado primeramente examinar -y, posteriormente, valorar su legitimidad desde el punto de vista constitucional- la señalada en el apartado a) de los que se compone el precepto.

En realidad, aun cuando ahora se traten de forma individualizada, ésta y la medida dispuesta por el art. 527 c) LECrim se hallan íntimamente relacionadas hasta el punto de operar de forma conjunta; en consecuencia, los argumentos que a continuación se esgrimen para fundamentar la crítica a la declarada "constitucionalidad" de esta previsión, sirven en su mayor parte de base a la crítica de la segunda de las nombradas y que en breve se analiza.

"En todo caso", según determina el aludido art. 527 a) LECrim, "el Abogado habrá de ser designado de oficio" en lo que supone una limitación clarísima del derecho a la asistencia letrada; el derecho queda restringido a partir de la imposibilidad de ejercitar la que se dibuja como primera de sus manifestaciones; téngase presente que, mientras dure la incomunicación, el detenido o preso queda privado de la facultad de elegir libremente al letrado que ha de prestarle asistencia y que ejercita en su nombre la defensa.

Este límite a la facultad de libre designación que ha de reconocerse a todo imputado sometido a detención o prisión provisional, es interpretado por GÓMEZ COLOMER como medida encubierta de exclusión del defensor de elección que, por la

¹⁴⁴⁷ Integrado en el Título VI y bajo el título "Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

similitud de sus efectos, equivale a la que abiertamente prevé la ordenanza procesal alemana; en realidad, se comparta o no el criterio del autor en este punto, sí parecen acertadas algunas de sus observaciones y la afirmación de la inconstitucionalidad de la medida¹⁴⁴⁸, opinión en la que coincide la mayor parte de la doctrina y es casi unánime entre los profesionales de la Abogacía y que contraría el sentido del pronunciamiento de nuestro TC antes expuesto.

En verdad, una personal valoración acerca del ajuste constitucional de la primera de las modificaciones que se operan sobre los derechos del detenido, cuando ya el máximo intérprete de la Norma Fundamental se ha pronunciado de modo expreso, parece a primera vista carente de sentido; sin embargo, comprobar la disparidad de opiniones de los propios miembros del Tribunal -como demuestra la apretadísima mayoría de la que resultó el sentido del fallo-, así como la riqueza argumentativa de los distintos votos particulares formulados en contra de la decisión definitiva, incitan a un replanteamiento de la cuestión, en la sospecha de que debiera haber sido otro el criterio finalmente impuesto.

La medida que prevé el art. 527 a) LECrim, a juicio del TC¹⁴⁴⁹, ha de entenderse como una de las formas elegidas por el legislador en el ejercicio de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada del detenido o preso¹⁴⁵⁰; sin embargo, en esta labor de desarrollo, parece el legislador haber defraudado las exigencia que le impone el art. 53.2º CE de respeto de aquello que constituye contenido esencial del derecho.

¹⁴⁴⁸ GÓMEZ COLOMER, JL., "La exclusión del Abogado defensor de elección ...", op. cit., pág. 123.

¹⁴⁴⁹ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre.

¹⁴⁵⁰ En ese mismo sentido se ha pronunciado el TC con posterioridad en las SsTC 46 y 60/1988, de 8 de marzo, FJ 3º, y la STC 24 de enero de 1995.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.2.1.2.1. La cuestión relativa al respeto de la esencia del derecho a la asistencia letrada.

En su fallo, el Tribunal, ciertamente, parte de la distinción entre la situación en que se halla el detenido de aquella en la que ha de colocarse al sujeto que recibe la acusación. La imputación manifestada a partir de la adopción de aquella medida cautelar y la acusación, no son sino dos momentos procesales distintos que, en opinión de sólo parte, aunque mayoritaria, de los miembros del TC, hace distinta la misión que al Letrado corresponde en uno u otro instante.

En este sentido, considera el TC que el papel a desempeñar por el Abogado en las primeras diligencias de investigación en que interviene, no es sino el de mero garante de los derechos constitucionales del detenido; lejos de ejercitar la defensa, el letrado cumple la función a la que alude el art. 17.3º con la mera presencia en el centro de detención y en el desarrollo de las primeras diligencias de investigación a las que el imputado se someta; formulada la acusación, en cambio, debe garantizarse al privado de libertad el derecho a la asistencia y defensa técnica que le confiere el art. 24.2º del mismo Texto Constitucional.

Es por ello que, según expresa, el elemento de la confianza que ha de caracterizar la relación Abogado-cliente resulta en esas primeras diligencias policiales irrelevante; la verdadera esencia del derecho, a juicio del Tribunal, se halla "no en la modalidad de designación sino en la efectividad de la asistencia" que igualmente asegura la intervención de un Abogado de oficio¹⁴⁵¹.

¹⁴⁵¹ Véase, la STC 196/1987 y, más concretamente, el párrafo VI de su FJ 5º y, asimismo, lo expresado en las más recientes SsTC de 28 de febrero de 1994 y de 24 de enero de 1995, así como lo expresado por el TS (Sala 2ª), en su sentencia de 24 de noviembre de 1998.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La libre elección del letrado, en el decir de nuestro TC, "forma parte del contenido normal, no esencial, del derecho a la asistencia letrada"¹⁴⁵², declaración a la que, precisamente, se dirige la primera de nuestras críticas.

Como en las páginas iniciales de este estudio se apuntaba, la doctrina, mayoritariamente, parece considerar los actos del defensor como actos de defensa¹⁴⁵³; la detención, en realidad, no es sino una de las formas en las que la imputación se manifiesta y el momento en que nace para aquél la posibilidad de ejercitar la defensa, sea por sí mismo, sea a través de la persona de su Abogado.

Es claro que si existe imputación ha de existir defensa, de tal suerte que la actuación del letrado no puede quedar reducida a la mera presencia; con su actividad, en un principio de asesoramiento, ha de contribuir eficazmente al desarrollo de la defensa que en esos instantes comienza¹⁴⁵⁴ y cuyas incidencias trascienden y pueden resultar determinantes del éxito definitivo de la misma, que refleje la sentencia.

Y lo cierto es que, a estos afectos, no parece indiferente la personalidad del sujeto que interviene; es más, la delicada situación en que por efecto de la detención se halla - y en el que tiene lugar su interrogatorio, que se reconoce como primer medio de defensa¹⁴⁵⁵ - hace al imputado precisar con mayor fuerza el apoyo y consejo de un letrado que goce de su confianza¹⁴⁵⁶; menospreciar esta garantía, alegando -como hace el TC- la

¹⁴⁵² *idem.*

¹⁴⁵³ RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Detención, incomunicación y derecho ...", op. cit., pág. 524.

¹⁴⁵⁴ A mayor abundamiento, la norma procesal convierte al Letrado que presta su asistencia en las primeras horas de detención en defensor de la parte que habrá de continuar prestando sus servicios, salvo revocación o renuncia, a lo largo del proceso y hasta su finalización. Vid. Art. 788. 2º LECrim.

¹⁴⁵⁵ Como en páginas anteriores se ha sostenido, ésta es sin duda la naturaleza que se ha de reconocer a la declaraciones del imputado, aun cuando no se excluya su utilidad a los efectos de la averiguación del delito. Vide infra. cap. 1º.

¹⁴⁵⁶ GONZÁLEZ CUÉLLAR, A., "Los derechos del detenido ...", op. cit., pág. 152.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

brevidad del plazo en que imperativamente ha de asistir al incomunicado el letrado de oficio resulta, a nuestro juicio, inadmisibile.

Lo cierto es que el propio Tribunal es consciente de la importancia que, en el ejercicio del derecho a la defensa técnica, adquiere la confianza que al imputado inspiren las condiciones profesionales y humanas del letrado, como pone de manifiesto en multitud de resoluciones; sin embargo, opina el TC, dicho elemento es sólo relevante al respecto de la defensa de un "acusado" y a la vista de la complejidad de los problemas sustantivos y procesales que en ese estadio se plantean, no así en las situaciones de detención o primeras diligencias del proceso.

Distinta es la opinión, a la que nos sumamos, expresada por la minoría de magistrados disidentes en los votos particulares formulados al fallo¹⁴⁵⁷, en los que puede apreciarse la coincidencia en afirmar la necesidad de que el sujeto detenido reciba, en ese durísimo trance, el apoyo moral y técnico de un Abogado en quien confíe plenamente y en cuyas manos deposita su defensa.

A este respecto, generalizando y en términos que parecen demasiado tajantes - por lo que no convencen- manifestaba RODRÍGUEZ RAMOS¹⁴⁵⁸ que únicamente el Abogado de confianza prepara con el celo que corresponde las pruebas de descargo que entienda pertinentes, al margen de la declaración del asistido -entendemos que, en lo que a contenido y tiempo empleado en su práctica- a quien no puede resultar indiferente el tener que depositar, necesariamente, su confianza en el letrado que le sea designado y por turno corresponda.

¹⁴⁵⁷ Véase el párrafo III del voto particular redactado por los magistrados DE LA VEGA BENAYAS y DÍEZ PICAZO, y los apartados III-VI, del formulado por BEGUÉ CANTÓN, LATORRE SEGURA, LEGUINA VILLA.

¹⁴⁵⁸ "Detención, incomunicación y derecho ...", op. cit., págs. 524 y 528.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En nuestra opinión, la facultad de libre designación no puede sino formar parte del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada¹⁴⁵⁹ que consagra el art. 17.3º CE -idéntico al derecho de asistencia y defensa técnica reconocido por el art. 24.2º del Texto Fundamental- y debe ser preservado por el legislador ordinario; entender algo distinto ha llevado al Tribunal a afirmar -a nuestro juicio erróneamente- la constitucionalidad del art. 527 a) LECrim, a partir de una argumentación que en absoluto contenta a la doctrina científica por constituir, según su propia voz, una desproporcionada y dura ofensa a la clase profesional de la Abogacía, por las razones que a continuación se exponen.

2.2.1.2.2. Dudas en torno a la proporcionalidad de la medida arbitrada por el art. 527 a) LECrim.

En verdad, a pesar de lo manifestado por el TC, la medida parece no sólo defraudar la exigencia constitucional de respeto del contenido esencial del derecho, sino desatender la ineludible observancia del principio de proporcionalidad.

No puede ponerse en duda que la incomunicación del detenido o preso persigue la legítima finalidad de impedir la frustración de la investigación e instrucción sumarial que, en atención a las circunstancias concurrentes¹⁴⁶⁰, se teme amenazada; y es por ello

¹⁴⁵⁹ Es acertada la observación de LLOBEL MUEDRA cuando señala que, de no considerar la garantía como parte del contenido esencial el derecho que se trata, podría igualmente afirmarse que el detenido en situación de comunicación no vería mermada la efectividad de su derecho si la norma procesal previniera que también a ellos fuese nombrado un Abogado de oficio, lo cual, carece absolutamente de sentido. Vid. *La modificación de los arts. 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 14/1983, de 12 de diciembre*, "Rev. La Ley", 1984, núm. 2, pág. 1112.

¹⁴⁶⁰ Sin embargo, la doctrina cuestiona la legitimidad del sacrificio, aunque parcial, de un derecho fundamental como el que se trata en favor de valores abstractos como "seguridad ciudadana" o aplicación del ius puniendi; se impone, en cualquier caso, la exigencia de estricta necesidad y comedimiento en el sacrificio. Véase, por todos, MORENO CATENA, V., "La defensa en el proceso penal", págs. 80 y 81.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que pretende envolver las actuaciones de la máxima reserva en el propósito de evitar todo oscurecimiento, ocultación o menoscabo de fuentes o elementos de prueba¹⁴⁶¹.

Ahora bien, la rotundidad de la fórmula empleada por el legislador en la previsión de este riguroso efecto, hacen sospechar una más concreta intencionalidad que difícilmente encaja con la vocación de generalidad que a la misma se ha atribuido y por la que viene aplicándose de forma automática.

En efecto, la norma procesal se pronuncia en términos absolutos cuando manifiesta que "en todo caso", el Abogado del incomunicado será designado de oficio, en lo que la doctrina interpreta como una aparente presunción legal de confabulación o connivencia delictiva entre ambos; el legislador, ciertamente, parece sospechar que, "en todo caso" el letrado actuará fraudulentamente incumpliendo sus deberes deontológicos y utilizando de forma desviada las posibilidades que el art. 520 de la LECrim le ofrece¹⁴⁶²; algo que conduce a GÓMEZ COLOMER a la detección de una clara finalidad antiterrorista para la que, en realidad, dicha limitación fue concebida¹⁴⁶³.

¹⁴⁶¹ Sirve, pues, a esa finalidad estrictamente cautelar de la detención o prisión provisional, como medidas limitativas de derechos que, según declara la 16ª de las Reglas Mínimas de NU para el Proceso Penal de 1990, "tienen por objeto asegurar los fines del procedimiento y estarán destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado y la adquisición y conservación de las pruebas".

¹⁴⁶² Desde el seno del mismo Consejo General de la Abogacía, fue expresada una enérgica repulsa hacia el art. 527 LECrim; precepto que, en palabras del entonces presidente PEDROL RIOS, "habría de ser extirpado del ordenamiento, por cuanto se presta a una interpretación errónea, que lanza sobre la abogacía la intolerable e indiscriminada sospecha de quebrantar la incomunicación cuando actúan como letrados designados".

Como bien expresa, "en absoluto resulta lícita la sospecha de que todo Abogado actuará deliberadamente en contra de la eficacia de la incomunicación y en perjuicio de la averiguación de la verdad". Véanse sus declaraciones recogidas bajo el título *Por qué los incomunicados no pueden tener derecho a designar Abogado*, en el diario ABC, de 24 de abril de 1987.

¹⁴⁶³ GÓMEZ COLOMER, JL., "La exclusión del Abogado defensor ...", op. cit., págs. 101 y 102; el autor se hace eco de la opinión de CAVERO LATAILLADE -vid. op. cit., págs. 102, 146 y 147- que igualmente comparte BARONA VILAR, S., "La prisión provisional ...", op. cit., págs. 102 y ss.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Como en alguna ocasión la doctrina ha señalado¹⁴⁶⁴, el legislador tiene presente el riesgo que representa el reconocer a quien se imputa la comisión de delitos relacionados con el terrorismo, la libertad de elección del Abogado, ante la sospecha - tantas veces confirmada en la práctica- de que el mismo dirigirá su actuación a entorpecer la labor de investigación a través de la alteración u ocultación de elementos de prueba o, a facilitar la fuga del imputado o sus posibles cómplices, cuando no a la comisión de nuevos hechos delictivos en connivencia con el imputado en prisión¹⁴⁶⁵.

Esta última es la razón por la que se aboga en la doctrina por la aplicabilidad de la medida que se analiza, exclusivamente, en supuestos de pertenencia del imputado a bandas terroristas o armadas y, en definitiva, a "organizaciones criminales más o menos estables, y más o menos extensas", que cuentan con el servicio de "Abogados ideológica o interesadamente vinculados a la misma"¹⁴⁶⁶.

Así pues, a pesar de la aparente automaticidad que se deduce de la literalidad del precepto, resulta inadmisibles considerar la medida de preceptiva aplicación por el Juez¹⁴⁶⁷, sin atención al caso concreto ni margen alguno de apreciación en torno a su

¹⁴⁶⁴ Entre otros, advierten el temor del legislador de que, más que en la confianza, la relación del privado de libertad con su defensor se base en la afinidad ideológica, GIMENO SENDRA, V., "Nuevas perspectivas ...", op. cit., pág. 1259 y GÓMEZ COLOMER, JL., "La exclusión del Abogado ...", op. cit., pág. 119.

¹⁴⁶⁵ Un ejemplo paradigmático de la realidad retratada puede hallarse en el conocido como asunto GOROSTIZA en el que pudo apreciarse una presunta connivencia entre el procesado por delito de terrorismo y su Abogado defensor para la comisión de nuevas acciones delictivas, deducida de una intervención de sus conversaciones en prisión. La ilegitimidad en la obtención de la fuente de prueba, sin embargo, impidió su utilización y conversión en el proceso en auténtica prueba sobre la que fundamentar una sentencia de condena. SAN de 20 de diciembre de 1993.

¹⁴⁶⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Detención, incomunicación y derecho ...", op. cit., pág. 524.

¹⁴⁶⁷ La nota de jurisdiccionalidad permanece, en efecto, salvaguardada; tratándose, como todo apunta a considerar, de una específica modalidad de cumplimiento de la medida cautelar, la decisión de incomunicar al sujeto -sea *ab initio*, sea *a posteriori* al convalidar una inicial intervención gubernativa- y, en consecuencia, la de dotar de operatividad a los efectos que la misma genera, corresponde al mismo Juez de instrucción que acuerda la detención o prisión provisional.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

necesidad o conveniencia. En caso alguno ha de perderse de vista que la designación de Abogado de oficio que viene impuesta, entraña la limitación de un derecho fundamental y precisa la observancia del principio de proporcionalidad, del que no pueden derivarse reglas genéricas¹⁴⁶⁸.

En consecuencia, ha de rechazarse toda tesis que defienda una general e imperativa aplicación de la disposición en todo supuesto de incomunicación, o en esos casos, para un mismo y determinado tipo de delitos¹⁴⁶⁹; una interpretación en este último sentido, inevitablemente, perpetúa como regla una situación que, por razón de su gravedad, debe entenderse excepcional¹⁴⁷⁰.

En cualquier caso, la falta de idoneidad de la medida, a nuestro juicio clara, para la consecución de la finalidad que con ella se pretende, impide entender satisfecho el canon de proporcionalidad que a la misma se exige. En verdad, como en alguna ocasión la doctrina ha señalado, se trata de una "medida vejatoria, que no conduce a conseguir el objetivo" que se afirma perseguido con su acuerdo¹⁴⁷¹.

Considerar que la intervención de un Abogado designado de oficio consigue "en todo caso" neutralizar el peligro que amenaza al éxito de la instrucción sumarial, en verdad, resulta un argumento un tanto ingenuo; es más, su lectura en sentido inverso da

¹⁴⁶⁸ PEDRAZ PENALVA, E., y ORTEGA BENITO, V., "El principio de proporcionalidad ...", op. cit., pág. 77.

¹⁴⁶⁹ ASECIO MELLADO, JM^a., *La reforma de la legislación antiterrorista y proceso penal*, "Rev. Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje", 1989, supl. núm. 2, pág. 553.

¹⁴⁷⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad ...", op. cit., págs. 174 y 175; Cfr. BARONA VILAR, S., "La prisión provisional...", op. cit., pág. 102. En opinión acertadísima de RODRÍGUEZ RAMOS, una previsión legislativa como la que se trata, "prevista para casos excepcionales, no puede generalizarse hasta el punto de anular preceptivamente la vigencia de la norma general". Vid. "Detención, incomunicación y derecho ...", op. cit., pág. 528.

¹⁴⁷¹ FERNÁNDEZ BOIXADER, N., "El Abogado ante el sumario ...", op. cit., pág. 369.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

pie a la configuración de una presunción acerca de la inexistencia de confabulación delictiva entre el imputado y el Letrado designado de oficio, igualmente criticable.

El legislador deposita toda su confianza en la designación colegial del Abogado, por entender que de este modo puede evitar cualquier relación de connivencia con el cliente susceptible de frustrar los fines cautelares que se persiguen¹⁴⁷². Sin embargo, parece ignorar la evidencia de que, finalizada la incomunicación, el detenido o preso podrá hacer uso de la facultad, hasta ese instante negada, de designar Abogado de confianza mientras el problema quizás subsiste. Al igual que sucede con el de libre elección, el Abogado de oficio puede hallarse en condiciones de obstaculizar el perfecto desenvolvimiento de la instrucción y, en consecuencia, habría a este otro de trasladarse aquella injusta presunción de confabulación o connivencia delictiva¹⁴⁷³.

En definitiva, se aprecia en la medida la ausencia de la nota de necesidad -si no absoluta imprescindible- que viene impuesta por el respeto de la exigencia de proporcionalidad a la que ha de responder, fundamentalmente, por razón de la presencia en el apartado c) del mismo precepto, de una segunda medida de idéntica, si no mayor efectividad y contundencia, que resta toda utilidad a esta primera.

Como de inmediato se conocerá, la norma procesal impide al incomunicado el contacto con el defensor del que puedan derivarse riesgos a la investigación e instrucción de la causa; riesgos cuya amenaza no puede sólo presumirse en los supuestos de intervención del Letrado de libre elección, ni por la misma razón, considerarse totalmente ausentes en el caso en que este último venga designado de oficio.

En verdad, de muy poco sirve impedir la libre elección del Abogado al que confiar el ejercicio de la defensa cuando, si se presume que de la relación con el mismo

¹⁴⁷² MORENO CATENA, V., "La defensa en el proceso penal ...", op. cit., pág. 73.

¹⁴⁷³ GÓMEZ COLOMER, JL., "La exclusión del Abogado defensor de elección...", op. cit., pág. 119.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

se derivan peligros, puede el Juez impedir -porque el legislador así lo dispone- el mantenimiento de contactos reservados entre ambos.

2.2.1.2.3. La aparente inconstitucionalidad de la medida desde su consideración como medida de exclusión del Abogado.

Al valorar críticamente la previsión contenida en el art. 527 a) LECrim, resultaba interesante traer a colación ciertas conclusiones alcanzadas por GÓMEZ COLOMER tras un profundísimo análisis de la disposición que en él se contiene y que, en su opinión, supone una "medida de exclusión del defensor de elección".

El autor, que entiende la medida aplicable únicamente al sujeto incomunicado por razón de su presunta participación en un delito de terrorismo, afirma que la misma, al tiempo que un límite excesivo al derecho a la asistencia letrada que a aquél corresponde¹⁴⁷⁴, constituye para el Letrado una sanción de todo punto inconstitucional. La medida, en la que detecta claras connotaciones punitivas, según advierte, no respeta las exigencias de tipicidad, procedimiento y prueba para su imposición que impone la Norma Fundamental¹⁴⁷⁵; ello, a diferencia de cuanto sucede en la ordenanza procesal alemana que detenidamente examina.

Resultado de su análisis es la constatación de que, en su previsión de una medida parangonable a la que prevé nuestra LECrim¹⁴⁷⁶, el legislador germano no olvida arbitrar el procedimiento que ha de seguirse para la definitiva imposición de la medida y las consecuencias que de ello se derivan tanto para el Abogado excluido, cuanto para el privado de libertad y titular de la defensa¹⁴⁷⁷. La norma procesal española, en cambio, no

¹⁴⁷⁴ Consagrado en los arts. 17.3º y 24.2º de la Norma Fundamental.

¹⁴⁷⁵ Vid. Arts. 25.1º y 24.1º y 2º CE, respectivamente.

¹⁴⁷⁶ Vid. § 138 a StPO.

¹⁴⁷⁷ Véase el § 138 c y § 138 d StPO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

hace mención de garantía alguna previa a la aplicación de una medida que, a pesar de sus diferencias, conduce a un resultado tan grave, si no más, como aquel al que se llega a partir de la exclusión del defensor de elección arbitrada por la ordenanza procesal alemana sobre el pleno disfrute del derecho a la asistencia letrada¹⁴⁷⁸.

Siguiendo al autor citado, puede afirmarse que la singular configuración que se contiene en la LECrim de una medida poderosamente restrictiva del más básico de los derechos del imputado y de claro tinte sancionatorio, merece toda crítica y refuerza cuantos argumentos se esgrimen en favor de su expulsión del ordenamiento¹⁴⁷⁹.

2.2.1.3. La privación de la facultad de mantener comunicación reservada.

El segundo gran efecto derivado de la incomunicación del detenido o preso, de directísima repercusión sobre el fundamental derecho a la asistencia letrada que en todo caso le asiste, no es sino la imposibilidad de servirse de la facultad que le concede el art. 520.6 c) LECrim, de mantener con el defensor comunicación reservada una vez finalizada la diligencia de investigación a la que el primero se somete y que el Letrado presencia.

Lo cierto es que, a diferencia de lo que sucede al respecto de la medida arbitrada por el art. 527 a) LECrim, el TC no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la adecuación de esta otra previsión a las garantías impuestas por la Norma

¹⁴⁷⁸ En el ánimo de no extralimitar el objeto de este estudio, había de prescindirse de profundizar en algunas de las afirmaciones aquí expresadas, y remitir al lector a la lectura de la obra que GÓMEZ COLOMER dedica a la materia a la que se alude y donde expone éstas y otras muchas interesantes conclusiones, cual es *La exclusión del Abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1988, págs. 23 a 60 y 139 a 146, especialmente.

¹⁴⁷⁹ Compartimos en este punto el enorme rechazo que provoca, entre otros muchos a GIMENO SENDRA, lo dispuesto y hasta el momento no rectificado por el legislador procesal en ese art. 527 a) LECrim en la redacción dada por LO 14/1983, de 12 de diciembre. Vid. *Nuevas perspectivas de la legislación procesal antiterrorista*, en *Documentación Jurídica*, Vol. 2º, (monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal), Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, págs. 1259 y 1260.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Fundamental; sin embargo, si se atiende a cuanto expresa en su STC 73/1983, de 30 de julio, no parece el Tribunal albergar duda alguna acerca de su perfecta constitucionalidad.

Ello no obstante, el criterio expresado por el intérprete constitucional en la citada resolución, al parecer, contrasta con la opinión de parte de la doctrina, a cuyo juicio, la medida constituye una restricción del derecho a la defensa técnica de muy dudosa legitimidad o, en palabras de algún autor más decidido, una medida "abiertamente inconstitucional desde un punto de vista tanto formal, cuanto material"¹⁴⁸⁰.

En efecto, a nivel doctrinal se sostiene que la previsión legislativa contenida en el art. 527 c) LECrim resulta inconstitucional desde un punto de vista material, por cuanto su aplicación entraña la imposibilidad para el privado de libertad de recibir asesoramiento y defensa del Abogado al que, por otra parte -y es garantía que igualmente falla por razón de lo dispuesto en el apartado a) del precepto- ha de unir un estrecho vínculo basado en la confianza.

Asimismo, en rechazo de la medida se esgrime como argumento de carácter formal el hecho de que la misma se traduzca en la limitación de un derecho elemental y básico, cual es el derecho fundamental a la asistencia letrada y defensa técnica que, en opinión de muchos, no admite restricción¹⁴⁸¹.

En cualquier caso, valorar con sentido crítico el límite previsto por la norma procesal, obliga a tener desde un primer momento presente que la libertad del imputado no ha de ser restringida si no es por exigencias derivadas de la instrucción sumarial, y

¹⁴⁸⁰ En este sentido, GÓMEZ COLOMER, JL., "La exclusión del Abogado defensor...", op. cit., pág. 96.

¹⁴⁸¹ En este sentido se pronunciaba CAVERO LAITALLADE -citado por GÓMEZ COLOMER -"La exclusión del Abogado ...", op. cit., págs. 96, 139 y 140- que, en este punto, coincide en gran medida con el anterior. En opinión del primer autor, "ni directa ni indirectamente el derecho de defensa, en cualquiera de sus sentidos, amplio, concreto, autodefensa, defensa técnica etc, puede quedar limitado por la legislación terrorista (...)". En este sentido, véase asimismo, LAMARCA PÉREZ, C., "Aspectos jurídicos del terrorismo ...", op. cit., pág. 409.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

"sólo en los límites indispensables para impedir las comunicaciones que puedan perjudicarla" o asegurar su persona; de ahí que, de resultar incomunicado, el detenido o preso pueda, y no necesariamente deba, verse privado del contacto directo con el Abogado defensor¹⁴⁸².

A la vista de lo anterior, interesa hacer notar que sólo en las modalidades de detención o prisión provisional incomunicada puede tener lugar la limitación del derecho a comunicar con el defensor; limitación cuyo alcance no habría de exceder de la previsión contenida en el art. 527 c) LECrim que ahora se analiza. En este punto, en realidad, convendría cierta distinción entre la facultad que asiste al privado de libertad a comunicar con su Abogado en dependencias policiales y en el Establecimiento Penitenciario en que se halle custodiado, habida cuenta de la interacción en este segundo caso de las disposiciones de la LOGP y su reglamento de desarrollo, de aplicación a todo individuo desde su ingreso en prisión.

Esta circunstancia, sin embargo, en absoluto varía el juicio que en nuestra opinión merecen medidas, como las que aquí se debaten, que operan por la sola razón de la incomunicación del detenido o preso y que se traducen en la imposición a éste último, necesariamente, de un Abogado de oficio y a continuación, la imposibilidad para el mismo de mantener con aquél libre comunicación.

En realidad, la presunta inconstitucionalidad de esta última previsión legislativa se funda en argumentos prácticamente idénticos a los esgrimidos al respecto de la primera de las medidas examinadas, y que se resumen en la falta de respeto por el legislador del que parece ser el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa, al que afectan, y en la inobservancia de la exigencia de proporcionalidad en el sentido que antes se exponía.

¹⁴⁸² Ello, merced a lo dispuesto por el art. 523 LECrim, interpretado *a sensu* contrario.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Lo cierto es que no puede sino entenderse como manifestación esencial del derecho fundamental a la asistencia y defensa técnica, la facultad de mantener comunicación reservada con el Abogado que ha de prestarla, en el más breve plazo y de forma inmediata a la finalización -ya que la norma no la permite con carácter previo- de la diligencia de interrogatorio a la que puede el privado de libertad someterse y en la que el Letrado debe hallarse presente; impedir dicha comunicación, indudablemente, implica una limitación que parece alcanzar al núcleo del derecho, hasta el punto de anularlo o hacerlo irreconocible.

A nadie escapa que, faltando el contacto y de este modo el intercambio de confidencias, no puede entenderse recibida por el imputado detenido o preso la asistencia técnica que precisa ya en ese estadio procesal, si no antes; de ahí que se abogue por la conveniencia de que la entrevista entre el Abogado y su cliente preceda a la diligencia de interrogatorio a que éste último se somete.

El letrado, por su parte, carente de la valiosísima información que el imputado ha de suministrarle para proyectar con ciertas garantías de éxito su estrategia, difícilmente puede desarrollar con eficacia la defensa que se le encomienda; objetivo éste para cuya consecución no es intrascendente el tiempo -breve, según entiende el TC, aunque a nuestro juicio excesivo- que, por ser mantenida la incomunicación, quede impedida la relación entre ambos.

La crítica no es más favorable al respecto de la observancia por el legislador de la exigencia de proporcionalidad que se impone para la legítima aplicación de dicho límite. En el ánimo de evitar reiteraciones innecesarias, baste una reafirmación en las distintas críticas anteriormente formuladas a propósito del examen de la medida prevista en el art. 527 a) LECrim con la que, como es obvio, comparte la persecución de la legítima finalidad de evitar todo obstáculo al perfecto desenvolvimiento de la instrucción sumarial y al éxito, en definitiva, del proceso mismo.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Así pues, en torno a este otro efecto limitador, igualmente se plantean ciertas dudas de legitimidad desde el punto de vista constitucional por razón de su directa repercusión sobre el fundamental derecho de defensa; ello, como también antes sucedía, a pesar de su orientación a la consecución de un fin lícito, cual es la satisfacción del *ius puniendi* estatal, pero al parecer, sin que su acuerdo obedezca a una estricta necesidad y comedimiento en el sacrificio de bienes implicados¹⁴⁸³.

Al igual que en aquella ocasión se señalaba, la restricción que se contiene en este art. 527 c) LECrim, no ha de entenderse como efecto de inmediata operatividad en todo supuesto de incomunicación, que deba el Juez acordar preceptivamente y sin atención alguna a las circunstancias que concurren en el caso concreto. Contrariamente, este último habrá de ponderar su conveniencia a la vista del riesgo que presuma derivado del contacto del imputado con el exterior y para su evitación, que ha motivado la decisión de incomunicar al detenido o preso.

Es más, la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos, a nuestro juicio, no necesariamente implica la legitimidad del acuerdo de tan drástica medida; en verdad, aun cuando resulte precisa la restricción de las comunicaciones del imputado, puede no serlo la de aquéllas que mantenga con su Abogado defensor; defensor que viene designado de oficio por entender el legislador que de este modo puede ser neutralizado el peligro que se teme de confabulación entre los comunicantes.

Así pues, a no ser que se presuma, fundadamente, una actitud fraudulenta y en perjuicio de la instrucción por parte de los interlocutores, poco o ningún sentido tiene impedir al imputado la entrevista reservada con su Abogado defensor, cualquiera que sea la naturaleza del delito que se sospecha cometido.

¹⁴⁸³ RODRIGUEZ RAMOS, L., "Detención, incomunicación y derecho ...", op. cit., pág. 524.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En conclusión a lo expuesto puede afirmarse que sólo en el caso de peligrar los fines cautelares perseguidos, podría hallar legitimidad la limitación que, de ser decidida, habrá de mantenerse sólo por el tiempo que resulte indispensable. La posibilidad de comunicar ha de abrirse, pues, tan pronto desaparezcan las circunstancias atendidas en orden a su acuerdo y, en cualquier caso, agotado el plazo de duración fijado por el Juez para la intervención de la comunicación del detenido o preso.

Así las cosas, aunque es cierto que privar a imputado y defensor de todo contacto pueda resultar una medida eficaz e idónea para, si resultara preciso, evitar la frustración de los fines investigadores y precautorios, no lo es menos que resulta muy dudosa su proporcionalidad, a la vista de la intensísima restricción que la misma opera de un derecho fundamental como el de defensa, configurado como una de las más básicas garantías del sistema.

No puede del todo entenderse, pues, cómo el legislador si, según hace ver, confía en que la designación de un Abogado procedente del turno de oficio consigue neutralizar aquel temido riesgo, considera además necesario impedir, con ese mismo alcance general, la relación entre ambos; si, realmente, de las circunstancias que rodean el caso puede evidenciarse cierta connivencia delictiva entre los que han de comunicar, habría de procederse directamente sobre el Abogado que se sospecha infiel, sin privar por ello al imputado -así como a este otro desde el momento en que se dirija en su contra la imputación de un delito concreto- de la facultad de recibir asistencia letrada.

Pero, inevitablemente, éste es el efecto que se genera si el régimen de incomunicación al que el privado de libertad se sujeta, alcanza a los contactos que ha de mantener con quien, precisamente, ha de prestarle dicha asistencia; la relación entre ambos, como se ha podido constatar, constituye un instrumento único al eficaz desarrollo de la actividad defensiva de cara a la salvaguarda de los derechos e intereses del sometido al proceso.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Un segundo efecto, merecedor de la misma crítica, es la indefensión que se deriva del juego de los arts. 523 y 527 LECrim sobre la materia relativa al régimen de recursos. En este punto, acertaba SERRA al señalar que la facultad de impugnar ciertas resoluciones que afecten a la situación del sujeto pasivo del proceso queda impedida si, por ser muy breves los plazos de interposición y precisar la firma del Letrado, llega a perderse en el plazo de incomunicación -sean cinco, sean ocho o más los días de duración- la oportunidad de valerse de los recursos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance¹⁴⁸⁴.

De todo lo hasta el momento expuesto, puede colegirse que

la legitimidad del sacrificio de los derechos fundamentales del imputado a los efectos de la investigación e instrucción y, en definitiva, a la realización de los fines del proceso, no parece que comprenda el de aquellos que pueden considerarse fundamentos básicos del derecho de defensa.

En consecuencia, acierta a nuestro juicio GIMENO SENDRA¹⁴⁸⁵ cuando aboga por la conveniencia del arbitrio de medidas y posibles sanciones penales o disciplinarias a adoptar frente al Abogado infractor -cualidad que puede darse tanto en el de confianza, cuanto en el nombrado de oficio-, pero con el más íntegro respeto del derecho que consagra el art. 6.3º c) del CEDH, y en el orden interno, los arts. 17.3º y 24.2º de la Suprema Norma de nuestro ordenamiento.

En otro caso, como bien advierte este autor, se corre el doble riesgo de convertir a la Abogacía en "una exclusiva institución de Derecho público, que podría

¹⁴⁸⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Estudios de Derecho Procesal ...", op. cit., pág. 714.

¹⁴⁸⁵ GIMENO SENDRA, V., "Nuevas perspectivas de la legislación procesal ...", op. cit., pág. 1260.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

hacer dejación de su principal función, cual es hacer valer en el proceso la libertad de su patrocinado", y al proceso, en mero "procedimiento autocompositivo del Estado"¹⁴⁸⁶.

Como en breve se tendrá ocasión de constatar, la intención subyacente a la regulación de tan extraordinaria modalidad de detención o prisión provisional -y de la que ya advierte este triple efecto limitador en que la incomunicación se traduce- emerge y se hace manifiesta en la norma penitenciaria cuando, en el art. 51 LOGP que de inmediato se examina, abre paso a la posibilidad de limitar el derecho a comunicar, en particular con Abogados, que reconoce a todo privado de libertad, ya sea con finalidad cautelar, ya sea con fines punitivos.

3. APROXIMACIÓN A LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA COMUNICACIÓN DEL DETENIDO O PRESO CON SU ABOGADO DEFENSOR EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA: LA DETECCIÓN DE CIERTAS DISONANCIAS.

Como se adelantaba, al margen de la restricción que se deriva de la incomunicación del sujeto detenido o preso, el derecho que a éste asiste a comunicar con el defensor durante el tiempo de privación de libertad, puede verse limitado en virtud de lo dispuesto por el art. 51 de la LOGP.

El precepto, en el que se contiene el régimen de comunicaciones de todo interno con el exterior de la prisión, en párrafo separado y con expresa referencia a las que se mantienen con Abogados y procuradores en prisión, abre paso a la posibilidad de suspender o intervenir el derecho al contacto con dichos profesionales de quien no se halla incomunicado. El legislador supedita, sin embargo, esta limitación del derecho a

¹⁴⁸⁶ idem, pág. 1259.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

comunicar con Letrados a la concurrencia de una doble condición, que se resume en la necesidad de su acuerdo por orden de la autoridad judicial y en el sólo marco de los delitos de terrorismo¹⁴⁸⁷.

No obstante esta expresa referencia, lo cierto es que la disposición penitenciaria aludida -el art. 51.2º LOGP- venía planteando serios problemas de interpretación, derivados del empleo por el legislador de una muy inapropiada técnica legislativa.

Como en su momento se tratará de evidenciar, tras el anuncio del derecho de todo interno a comunicar con distintas personas procedentes del exterior¹⁴⁸⁸, la norma penitenciaria se refiere expresamente a la muy singular comunicación con Abogados, al precisar las condiciones en que pueden éstas ser limitadas; ello sucede, sin embargo, cuando en el quinto y último de sus Apartados, el mismo artículo hace mención de las posibilidades de limitación de, según su tenor literal, "todas las comunicaciones a las que se refiere el precepto" cuya decisión, a diferencia de lo expresado al respecto de las anteriores, confía a la máxima autoridad penitenciaria.

Esto último, en verdad, ha generado durante años cierta confusión que hacía obligada una labor de interpretación integradora por parte de nuestros jueces, pero que parece haber resuelto definitivamente el reglamento penitenciario en vigor desde 1996; el nuevo Texto, según reza el RD 190/1996, de 19 de febrero por el que se aprueba, ha pretendido incorporar la importante exégesis jurisprudencial de la LOGP sentada, básicamente, por el Tribunal Constitucional, que impone la consideración de un diferente régimen jurídico al que sujetar las comunicaciones con el profesional de la Abogacía que aquí interesan, en las que advierte una muy distinta naturaleza.

El legislador, en efecto, parece decidido a diferenciar el que ha de entenderse régimen general, de aplicación al común de las comunicaciones del sujeto, de aquel otro

¹⁴⁸⁷ Art. 51.2º LOGP.

¹⁴⁸⁸ Vid. art. 51.1º LOGP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

especial al que, según puede deducirse, han de sujetarse las celebradas con el Abogado defensor o el llamado para asuntos penales¹⁴⁸⁹.

Sin embargo, no es éste el único extremo de la disposición penitenciaria que preocupa; al margen de los inconvenientes planteados por razón de su defectuosa forma, en esta última previsión legislativa se detectan importantes disonancias derivadas de su aplicación indiferenciada -y, por la esta razón, contraria a las proclamas de la misma norma penitenciaria- a sujetos sometidos a prisión provisional y a los privados de libertad en virtud de sentencia.

En verdad, afirmar la necesidad de hacer coincidir al máximo el cuadro de derechos que, por ser inherentes a toda persona, ha de ser reconocido al interno que se halle en una u otra condición¹⁴⁹⁰, no implica admitir la identidad del régimen penitenciario al que ambos han de ver ajustada su vida en prisión¹⁴⁹¹; si ello es claro, no lo es menos que el marco normativo en el que pueda hallar justificación una eventual injerencia en las comunicaciones autorizadas a mantener con su Abogado defensor o el "llamado para asuntos penales" ha de ser también diferenciado, como lo es la finalidad cuya persecución, en uno u otro caso, podría legitimar el acuerdo de toda medida que implique la restricción del derecho a comunicar.

Como a lo largo de estas páginas se ha intentado ocasión de evidenciar y podrá en las siguientes confirmarse, la intervención de las comunicaciones del imputado preso puede solo fundarse en las necesidades y exigencias que derivan de la instrucción

¹⁴⁸⁹ Esta delicada cuestión, que indudablemente merece ser tratada en profundidad, habrá de ser objeto de detenido análisis en el espacio que se reserva a las posibilidades de comunicación del interno en prisión, y es por ello que en estas páginas conviene dirigir la atención a los que pueden ser configurados como puntos de partida en dicho análisis.

¹⁴⁹⁰ PRADEL, J., "La condition juridique du detenu", op. cit., pág. 16.

¹⁴⁹¹ En opinión de GARCIN, que compartimos, el preso provisional ha de gozar de un status privilegiado respecto del interno y, en consecuencia, recibir visitas y corresponder más ampliamente. "L'essentiel procédure pénale ...", op. cit., pág. 112.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

sumarial, a cuya apreciación es completamente ajena la Administración Penitenciaria y, en consecuencia, toda autoridad distinta de la jurisdiccional a la que corresponde la dirección y desarrollo de esta fase procesal preparatoria¹⁴⁹²; ello, sin embargo, parece hallarse en colisión con alguna de las previsiones de la LOGP al respecto de las posibilidades de limitación del derecho del interno a comunicar con el exterior y, muy particularmente, con la persona del Abogado defensor, en atención a fines que declara de seguridad, orden e interés del tratamiento¹⁴⁹³.

Ante esta eventualidad, incluso en el caso de que la persona ostente al propio tiempo la doble condición de imputado y condenado por consecuencia de la comisión de un ilícito penal, parece acertado afirmar la prevalencia de los dictados de la norma procesal, por razón de la necesidad de salvaguardar las exigencias de plenitud de la defensa¹⁴⁹⁴, siempre en justo equilibrio con el deber de investigación y de descubrimiento del delito con el que ha de armonizarse¹⁴⁹⁵.

Si se afirma como principio inspirador del cumplimiento de la medida cautelar que se acuerda el que la libertad del imputado -entendida en su más amplio sentido- "no podrá restringirse más allá de lo indispensable"¹⁴⁹⁶, no puede sino sostenerse que el derecho del imputado en prisión a comunicar con su Abogado defensor, en principio, debe entenderse absoluto. La limitación de este último, no puede hallar legitimidad más

¹⁴⁹² En este sentido, véase la STC 183/1994 de

¹⁴⁹³ Véase el art. 51.5º de la LOGP.

¹⁴⁹⁴ CORSO, P., *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, en "Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario", op. cit., pág. 190.

¹⁴⁹⁵ Véase la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

¹⁴⁹⁶ Asiste plenamente la razón a GIARDA cuando afirma que la regulación de las relaciones del sujeto que viene ingresado en prisión con el mundo exterior al establecimiento que le acoge, es una de aquellas que con mayor fuerza precisan de una "solución de compromiso, entre el respeto de la presunción de no culpabilidad y la concreta eficacia de la coerción personal". Vid. "Il regime carcerario dell'imputato ...", en "Diritti del detenuti ...", op. cit., pág. 265.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que en excepcionalísimos supuestos y ante el peligro y la necesidad de salvaguardar el fin o fines cautelares inicialmente perseguidos.

Precisamente, con la intención de examinar con detenimiento las condiciones en que halla legitimidad la limitación del derecho a la comunicación con el defensor de detenidos y presos, frente a las más amplias posibilidades de injerencia que, en apariencia, admite el derecho del sujeto condenado, a continuación se aborda la materia relativa al régimen de comunicaciones y visitas que la LOGP autoriza mantener a todo interno, con independencia de su condición.

Pronto podrá comprobarse que, aun cuando la privación de libertad con finalidad cautelar ha de realizarse en términos distintos al modo en que ha de darse cumplimiento a la pena de esta misma naturaleza¹⁴⁹⁷, parece idéntico el régimen al que, por una u otra causa, se sujeta el privado de libertad. Esta realidad, parece por sí sola razón bastante para denunciar e instar a la modificación de dicha disposición legal¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁷ ROBERT, P., "Entre 'ordre et la liberté ...", op. cit., págs. 11 y 12.

¹⁴⁹⁸ Vid. GIMENO SENDRA, V., con VIVES ANTÓN, T., "La detención...", op. cit., pág. 180.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

4. EN TORNO A LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A COMUNICAR CON EL DEFENSOR EN SITUACIONES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD CON FINALIDAD CAUTELAR.

4.1. INCOMUNICACIÓN Y RESTRICCIONES DEL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA TÉCNICA.

Como se ha tenido ocasión de constatar, hallándose en situación de comunicación, no puede al detenido o preso impedirse la relación con su Abogado defensor. El privado de libertad ha de gozar del derecho a comunicar con distintas personas procedentes del exterior y, muy particularmente, con su Abogado defensor, a no ser que venga sometido al régimen de detención o prisión provisional incomunicada y sólo por el tiempo durante el que éste se mantenga.

El art. 523 LECrim que se examinaba, efectivamente, consagra un derecho de carácter procesal y de configuración legal¹⁴⁹⁹ a la relación con el defensor que, según ha podido constatarse, consiente ser limitado únicamente en el caso en que su pleno ejercicio suponga una amenaza al secreto o éxito del sumario. Sólo en ese supuesto, y si por razón de las especiales circunstancias del delito que se investiga -en lo que parece una alusión encubierta a los delitos relacionados con el terrorismo y la criminalidad organizada- entiende el Juez conveniente la incomunicación de quien se sospecha su autor, puede operarse un recorte en el cuadro de derechos que corresponden a todo imputado preso.

¹⁴⁹⁹ GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Los Procesos Penales", op. cit., Tomo IV, pág. 248.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En esencia, la medida entraña una limitación de las facultades de comunicación orales, escritas -y, por qué no, las celebradas por cualquiera otra vía posible¹⁵⁰⁰- con personas ajenas a la prisión y, por lo que aquí interesa, con aquéllas a quien encomienda su representación y defensa.

El legislador procesal, sin embargo, no explicita la finalidad a la que dicha limitación se orienta; tampoco lo hace la norma penitenciaria en el apartado que dedica a las posibilidades de comunicación con Abogados, aunque alude a razones de seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento¹⁵⁰¹ respecto del conjunto de comunicaciones que se celebran.

Ahora bien, la limitación de estas comunicaciones de especial naturaleza, por su incardinación en el marco del derecho defensa, no parece hallar legitimidad en atención a los fines penitenciariamente previstos. La restricción del derecho que reconoce el art. 523 LECrim al sometido a lo que no es sino una medida cautelar distinta de la pena, como norma especial, no puede ser ignorado por lo dispuesto en la norma penitenciaria, de suerte que sólo encuentra legitimidad en la necesidad de dar satisfacción a una finalidad de esa misma naturaleza.

En consecuencia, y según abiertamente ha declarado el TC, el derecho del detenido o preso a la libre comunicación con el defensor, instrumental al más amplio derecho defensa, podría admitir restricciones derivadas de una necesidad de

¹⁵⁰⁰ En verdad, los arts. 523 y 524 LECrim no excluyen medio alguno de comunicación; el derecho que uno y otro precepto reconocen al detenido o preso, en opinión de GIMENO que se comparte plenamente, no se refiere sólo a la celebración de entrevistas mediante visitas del Abogado en el Centro Penitenciario o el intercambio de correspondencia, sino al mantenimiento de comunicaciones a través de los distintos medios tecnológicos que se conocen, incluidos los del espacio radioeléctrico, éstos últimos, siempre que su celebración venga autorizada por el órgano jurisdiccional encargado de la instrucción. Vid. GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Los procesos penales", op. cit., pág. 248.

¹⁵⁰¹ Vid. 51.5º LOGP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

aseguramiento de la instrucción y al servicio de esos solos fines cautelares, en refuerzo de esa misma finalidad ya perseguida con su privación de libertad.

La norma penitenciaria, aun cuando extiende su ámbito de aplicación a todo interno con independencia de su condición, no puede contradecir lo dispuesto en aquel precepto procesal llamado a regir el modo de dar cumplimiento a una medida privativa de libertad muy distinta de la pena, con la que se persigue el fin último de garantizar el perfecto desarrollo y éxito de la etapa instructoria, para ulterior éxito del proceso; instrucción que en ocasiones viene expuesta a mayor riesgo.

Es claro asimismo que la autoridad judicial que asume el desarrollo de la etapa instructoria se revela como única legitimada para, en atención al peligro de ver frustrados sus fines, decidir la suspensión o intervención de las comunicaciones del interno preventivo con su defensor. La Administración Penitenciaria, totalmente ajena y carente de legitimidad para apreciar las circunstancias de las que se deduce la amenaza y que justifican la inviolabilidad de sus comunicaciones personales, en caso alguno puede acordarla¹⁵⁰².

La injerencia de la autoridad estatal en las especialísimas comunicaciones del ciudadano sometido al proceso con su defensor supone un menoscabo o, más bien, efectiva lesión del elemental derecho de defensa, de la que no puede sino derivar la nulidad y, por su origen ilícito, la imposibilidad de alcanzar valor probatorio al resultado de lo practicado en desconocimiento de dichas garantías¹⁵⁰³.

Como se señalaba, la medida de incomunicación del detenido o preso prevista en nuestra norma procesal preocupa especialmente por razón de los gravísimos efectos

¹⁵⁰² Vid. la STC 183/1994, de 20 de junio y el AAN de 20 de diciembre de 1993.

¹⁵⁰³ Explícito es, en este sentido, el pronunciamiento del alto TS que, en su Sentencia de fecha 23 de abril de 1997, declaraba que "la intervención administrativa de las escuchas de un preso con su Abogado no pueden, en caso alguno, erigirse como acto de prueba".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que de su aplicación se derivan para el disfrute por quien la padece, del elemental derecho a la defensa técnica. Esto último, además, sucede a pesar de que el mismo legislador, al precisar los derechos de imposible ejercicio mientras la incomunicación se mantenga, afirma dejar a salvo los más elementales que reúne el art. 520 LECrim, entre los que aquél se halla incluido¹⁵⁰⁴.

Pero un efecto contrario al que se declara es el que, en realidad, deriva de la posibilidad a la que la norma procesal abre paso de impedir la relación con el defensor, y de la nada intrascendente transformación del derecho a la asistencia y defensa técnica que se opera a partir de la incidencia sobre las distintas facultades en que su ejercicio se manifiesta.

Una valoración crítica del alcance de estas medidas, desde el prisma constitucional, y que algo añada a cuanto ha sido ya expresado, hace obligado traer a colación la conclusión antes alcanzada acerca de la verdadera intención del legislador en la previsión de la medida de incomunicación misma; recuérdese que, aunque nada se nombra, la limitación del derecho prevista parece concebida como instrumento en la lucha frente a la criminalidad violenta y organizada de finalidad terrorista¹⁵⁰⁵; en realidad, ésta y no otra, fue la finalidad perseguida con la incorporación -mediante la LO 14/1983- de las restricciones del derecho de defensa que acompañan a la incomunicación a la que, según se desprende de lo expresado por la LECrim, es sometido todo detenido o preso sospechoso de participación en estos concretos tipos delictivos¹⁵⁰⁶.

¹⁵⁰⁴ Asegura, en efecto, el legislador procesal, que el incomunicado continúa en el disfrute de todos ellos "sin perjuicio" -aparente, añadimos nosotros- del fundamental derecho de defensa.

¹⁵⁰⁵ GIMENO SENDRA, V., "Nuevas perspectivas de la legislación ...", op. cit., pág. 547.

¹⁵⁰⁶ Vid. Art. 520 bis LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

4.1.1. OBSTÁCULOS A LA RELACIÓN CON EL ABOGADO DEFENSOR.

La decisión judicial de incomunicar al privado de libertad, en efecto, según se desprende de una interpretación en contrario del art. 523 LECrim, puede ser acompañada de la de imposibilitar al mismo la relación con el defensor, con lo que ello entraña de menoscabo al fundamental derecho de defensa.

En realidad, como se adelantaba, el art. 527 LECrim ha acabado por institucionalizar una lesión manifiesta del fundamental derecho de defensa, a partir del menoscabo de sus manifestaciones esenciales. Sorprende, pues, la contrariedad que resulta el reconocer a todo imputado -tan pronto adquiere dicha condición- la titularidad de ese elemental derecho para, con enorme sutileza, frustrar su garantía a partir de la incomunicación del individuo.

Es más, el sujeto incomunicado no podrá designar Abogado de confianza y el de oficio, que habrá de estar presente en el desarrollo de las primeras diligencias de indagación, como cualquier otro, mantiene una actitud pasiva durante el primer interrogatorio al que venga aquél sometido; interrogatorio que, una vez finalizado, no puede en estos supuestos seguirse de la entrevista reservada entre ambos, previa a la declaración ante la autoridad judicial.

Ello torna la incomunicación, que en principio parecía hallar legitimidad en atención a la finalidad de aseguramiento de la instrucción que se persigue, en una medida de muy dudosa legitimidad desde el punto de vista constitucional, por razón de los graves efectos que de la misma derivan y que, a continuación, se pretende valorar críticamente.

4.1.2. EL ERROR DE ENTENDER LA AUTOMATICIDAD DE LOS EFECTOS PREVISTOS.

En realidad, la primera y más elemental de las críticas que, a nuestro juicio merece la medida de incomunicación judicial, reside en la automaticidad con que, según la fórmula legislativa empleada, parecen aplicables las limitaciones previstas. La imposibilidad, "en todo caso", de ser asistido por Abogado de libre elección y el impedimento del contacto con el mismo finalizada la diligencia de declaración que se practique, chocan frontalmente con las exigencias de proporcionalidad que el límite impone.

Si, como parece, el riesgo temido y que pretende ser neutralizado no es otro que la confabulación de los comunicantes en perjuicio de la investigación e instrucción de la causa, sólo una fundada sospecha acerca de la concurrencia de tal peligro legitimaría la aplicación de la medida y, en consecuencia, la restricción del derecho. En caso alguno puede, en cambio, entenderse legítima la presunción generalizada que se hace recaer sobre todo Abogado que preste su asistencia al sujeto sometido a incomunicación.

En verdad, la forma en que la previsión legislativa viene redactada da pie a entender que la medida y sus efectos operan de forma cuasi-automática y con vocación de generalidad sobre todo privado de libertad que resulte incomunicado, convirtiendo en regla aquello que debiera ser solo excepción. Si se tiene presente que la medida fue concebida para ser aplicada en el marco de los delitos de terrorismo, más acertado parece entenderla de aplicación exclusiva a ese concreto ámbito delictivo y, dentro de él, no en todo caso.

No se ignora, en cualquier caso, que el sentido final de la STC 196/1987 antes aludida dejó sentado distinto criterio al afirmar la constitucionalidad del art. 527 a) LECrim; sin embargo, nuestra opinión coincide con la manifestada por alguno de los magistrados disidentes de la mayoría en los distintos votos particulares formulados al

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

fallo. La medida parece inconstitucional, incluso desde un punto de vista material, habida cuenta de que la misma, aunque de forma muy sibilina¹⁵⁰⁷, a nuestro juicio, acaba por alcanzar a la esencia del fundamental derecho de defensa.

Lo cierto es que esta sospecha de falta de legitimidad constitucional de los efectos derivados de la incomunicación¹⁵⁰⁸ surge tan pronto como se comprueba su incidencia sobre el más elemental de los derechos procesales, cual es la defensa, del que no es siquiera clara su limitabilidad o, cuanto menos, las condiciones que han de darse para entender dicha limitación legítima desde el punto de vista constitucional¹⁵⁰⁹.

4.1.3. SU EXTREMA REPERCUSIÓN SOBRE EL FUNDAMENTAL DERECHO DE DEFENSA.

Cierto es que la propia Norma Fundamental, expresamente en algunas ocasiones, y de modo implícito en otras -legitimadas, en ese caso, por razón de la necesaria salvaguarda de otro derecho o interés merecedor de idéntica protección

¹⁵⁰⁷ Se afirma esto último, no por ignorancia del criterio expresado en sentido opuesto por el TC, inicialmente y por un ajustadísimo margen de votos, en su STC 196/1987, y que reitera en pronunciamientos posteriores -recientemente en la STC 127/2000, de 16 de mayo-, sino por razón de la duda de inconstitucionalidad que, a pesar de lo expresado por el máximo intérprete de la Suprema Norma, no consigue despejarse vista la solidez y magnífica fundamentación de los votos particulares formulados por los magistrados disidentes del fallo mayoritario que recoge la primera de las resoluciones citadas.

¹⁵⁰⁸ Ello, a pesar de la afirmación por el mismo TC de que la medida de exclusión del defensor no genera indefensión material si se une a la necesidad de evitar la confabulación del Abogado con su cliente y su actuación como correo o intermediario en la frustración de los fines del proceso, cuando no la evitación de nuevas acciones delictivas. Vid. GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Los procesos penales", op. cit., pág. 262.

¹⁵⁰⁹ A la duda acerca de si el derecho a la defensa técnica puede limitarse, parece responder negativamente ALMAGRO NOSETE cuando reconoce que los arts. 17 y 24 CE contienen el máximo compendio de garantías procesales, que no pueden experimentar restricciones siquiera en alguna de estas situaciones; sin embargo, es también consciente de que "en la medida en que determinados derechos fundamentales se suspenden, se producen repercusiones de orden procesal como consecuencia de las limitaciones impuestas al ejercicio de los referidos derechos o garantías". ALMAGRO NOSETE, J., "Lecciones de Derecho Procesal", op. cit., pág. 123.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

constitucional-, acompaña el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona de límites susceptibles de ser introducidos en su esfera de ejercicio.

Ello, precisamente, sucede en sede del proceso penal y en orden a la satisfacción de los fines de averiguación y castigo del delito, con el derecho consagrado por el art. 18.3º CE; derecho éste instrumental del derecho de defensa -en el sentido antes visto- y que admite incluso la suspensión individualizada de su ejercicio en supuestos delictivos de terrorismo¹⁵¹⁰. A nadie se oculta que el mencionado derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones, cuando en su ejercicio involucra al imputado y su Abogado defensor, pertenece a la esfera del más amplio derecho de defensa para el que, en cambio, no se prevé explícitamente posibilidad alguna de limitación.

En efecto, la Norma Fundamental no hace alusión explícita alguna a restricciones de derechos que tengan por objeto el proceso, ni siquiera en el marco de los delitos de terrorismo. Como con acierto señala LAMARCA PÉREZ¹⁵¹¹, la medida de incomunicación judicial que tan intensamente repercute sobre el derecho de defensa, no se encuentra entre las especialidades procesales que la Constitución expresamente autoriza para la averiguación -y la definitiva erradicación- de este especial y gravísimo tipo de delincuencia. La misma autora considera que una absoluta exclusión por el legislador del derecho de defensa en estos supuestos, hubiera resultado una operación de muy dudosa constitucionalidad; razón por la que, según entiende, el legislador español arbitró en el art. 527 LECrim un régimen más matizado que, sin embargo, genera esos mismos efectos.

¹⁵¹⁰ Vid. Art. 55.2º CE.

¹⁵¹¹ Es más, en virtud de la medida pueden verse afectados derechos y garantías constitucionales que, según sostiene esta autora, no parece que puedan ser objeto de suspensión al amparo de la legislación antiterrorista. "Aspectos jurídicos del terrorismo", op. cit., pág. 409.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A la vista del rigor de las consecuencias que se derivan, resulta difícil concluir la legitimidad, no ya de la aplicación de la medida de incomunicación misma sobre el privado de libertad como presunto partícipe en la comisión de estos delitos de la máxima gravedad, sino de los efectos que se derivan de su aplicación y, todo ello, a pesar de la incontestable legitimidad de los fines que se encuentran en la base de dicha decisión judicial y que se resumen en el aseguramiento de la instrucción y del proceso en su conjunto, ante el temor de su frustración a partir de la confabulación para dicho propósito entre el imputado y su interlocutor¹⁵¹².

Así las cosas, y en el ánimo de evitar la reiteraciones innecesarias en nuestra crítica, baste señalar como conclusión a lo expuesto que, la restricción que se opera sobre la doble manifestación del derecho de defensa, impidiendo la libre designación del Abogado y la posterior comunicación con el mismo de forma reservada, supone ignorar la más básica de las garantías inherentes a la condición de imputado, cual es la posibilidad de ejercitar, de forma inmediata y plena, el elemental derecho de defensa.

Este desconocimiento, o lo que es lo mismo, la lesión del más elemental de los derechos procesales que parece de este modo institucionalizarse, merece todo rechazo; la aplicación de la medida y sus efectos de manera automática ha de ser procesalmente sancionada con la ineficacia de toda diligencia procesal celebrada en esas condiciones, a partir de la nulidad de lo practicado y de todo cuanto de ello proceda¹⁵¹³.

Si, además, se atiende al hecho de que alguno de los efectos que se derivan, operan instantes antes del sometimiento del imputado al primer interrogatorio ante las

¹⁵¹² Como se adelantaba, parece albergarse la sospecha de que el Letrado, que se presume ideológicamente afín a su cliente, actuará de modo fraudulento a los fines perseguidos con la privación de libertad; una sospecha generalizada que, a nuestro juicio, resulta inconcebible.

¹⁵¹³ Vid. 11.1º LOPJ.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

autoridades intervinientes en el desarrollo de la investigación¹⁵¹⁴, la conclusión que se obtiene no puede ser otra; la información resultante de estas actuaciones no ha de surtir efectos en el proceso, si se comprueba que su obtención obedece y es causa directa de la falta, o el imposible disfrute por quien lo presta, de alguna de las facultades en que se manifiesta el fundamental derecho de defensa¹⁵¹⁵.

Ello advierte de la falta en el ordenamiento español de un precepto que, como sucede en la norma italiana, prive de virtualidad probatoria a toda actuación que entrañe la violación de los derechos del imputado, a partir de su consideración como nulas y, en consecuencia, carentes de efectos en el marco del proceso¹⁵¹⁶; pero, en cualquier caso, la ignorancia que ello entraña al total o alguno de los derechos inherentes a la condición de imputado, tiene cabida en uno de los capítulos que la doctrina reconoce como generadores de pruebas ilícitas, prohibidas o de imposible valoración a las que en estas páginas se aludía.

Pero es más, a la vista de lo expuesto y con particular atención al primero de los efectos que de la incomunicación se derivan, esta singular medida parece haber mutado

¹⁵¹⁴ Ello, es claro, si el mismo resolviera actuar de este modo, pero también en el caso en que hiciera uso de su derecho a guardar silencio.

¹⁵¹⁵ Como en páginas precedentes se señalaba, la incomunicación que ha de servir de refuerzo al aseguramiento de la instrucción sumarial, entraña una restricción del derecho que el art. 523 LECrim reconoce a todo imputado preso a comunicar con distintas personas de las que no se excluye el Abogado defensor; antes al contrario, la norma abre paso incluso a la posibilidad de impedir su relación. Esta eventual prohibición de contactos con el Letrado, repercute de modo intensísimo sobre el fundamental derecho a la asistencia y defensa técnica de quien, si además sufriera la restricción de su derecho a corresponder libremente con el defensor, vería frustrado su derecho a recibir el asesoramiento preciso para preparar con eficacia la defensa; y, aun cuando la comunicación le fuera permitida, si en su celebración no es asegurado el más absoluto secreto de su contenido, la consecuencia que se deriva no puede ser ya otra que la falta de efectividad de tan elemental garantía.

Asimismo, por el tiempo en que la incomunicación se mantenga, el imputado pierde la posibilidad de solicitar, a través de su defensor, la celebración de diligencias probatorias provechosas a su interés y queda falto de reacciones, al asistir desamparado a las diligencias de prueba que le perjudiquen; diligencias cuya práctica podría presenciar a pesar de la situación de privación de libertad en que se halla, previa autorización, según lo dispuesto por el art. 333.2 LECrim.

¹⁵¹⁶ Vid. Art. 178 c) CPPit.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

su naturaleza cautelar para convertirse en lo más semejante a una sanción al Letrado que, presuntamente, ha incumplido los deberes que le son propios y que, en cierto modo, recuerda a la medida de exclusión del defensor de elección contenida en el art. 138 a) StPO¹⁵¹⁷.

El proceso penal, como bien declara GIMENO SENDRA¹⁵¹⁸, admite la limitación de un derecho fundamental y, de forma simultánea, parece que en compensación a su rigor, pone al alcance de su titular un cuerpo de garantías de entre las que destaca la facultad de valerse de un Abogado para que ejercite de modo conveniente su defensa, a su vez, en garantía de una auténtica realización de la Justicia. Sin embargo, la solución al problema de ver frustrados los principios conducentes al éxito de dicho objetivo mediante la actuación desviada del Letrado, no puede en absoluto ser el penalizar ese mismo derecho de defensa.

La inviolabilidad de este último -en realidad, primera de las garantías de todo imputado- y, en consecuencia, el necesario respeto de esa doble manifestación de libre designación de Abogado y libertad de las comunicaciones, ha de preservarse a ultranza, de suerte que la satisfacción de esos fines legítimos de aseguramiento de la instrucción encuentren satisfacción a partir de la incomunicación del detenido o preso, sin alcanzar al contacto que precisa mantener con su Abogado.

En absoluto puede, sin embargo, ocultarse el conflicto que se plantea ante la necesidad, de un lado, de impedir la transmisión por el imputado a su defensor de información susceptible o intencionadamente dirigida a frustrar el éxito de la investigación e instrucción sumarial, en el supuesto en que se tema amenazada y, de otro, la de salvaguardar su fundamental derecho de defensa.

¹⁵¹⁷ El precepto, como se recordará, prevé la posibilidad de exclusión del defensor de elección del proceso, ante la presencia de circunstancias y la concurrencia de presupuestos detallados por la misma ordenanza procesal, en los que no conviene aquí profundizar. *Vide infra*, capítulo 4º.

¹⁵¹⁸ "Nuevas perspectivas de la legislación procesal antiterrorista ...", op. cit., págs. 1259 y 1260.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En opinión de algún autor¹⁵¹⁹, la solución pasa inevitablemente por impedir con la incomunicación el flujo de información imputado-defensor, pero en caso alguno el que viaja en sentido inverso, de suerte que pueda el Letrado dirigir a su cliente incomunicado instrucciones relativas y favorables al adecuado ejercicio de la defensa. Se olvida, sin embargo, que el acierto en la articulación de la estrategia defensiva precisa del previo conocimiento de lo sucedido a partir de las confidencias que el imputado tenga a bien transmitirle.

En consecuencia, parece que solo una sospecha de confabulación delictiva entre los comunicantes, pero fundada en claros y suficientes indicios, podrían convertirse en razón legitimadora de toda injerencia en la relación Abogado-cliente. Es cierto que se ha de actuar en contra del Letrado sobre el que pesen indicios claros de participación en el ilícito, o si se sospecha fundadamente de su condición de intermediario entre el imputado preso y la organización terrorista en el exterior¹⁵²⁰; sin embargo, ello no puede en caso alguno traducirse en menoscabo de la garantía de defensa¹⁵²¹.

La presunción de una actuación delictiva o, cuanto menos, lejana a los principios que, según determina su estatuto profesional, han de presidir la intervención del defensor en el proceso, no puede emplearse como argumento para la restricción, cuando no anulación plena, del más elemental de los derechos procesales, cual es el fundamental derecho de defensa. La sanción que ha de corresponder al Letrado por

¹⁵¹⁹ RIVIEZZO, V., "Custodia cautelare ...", op. cit., pág. 29 y 30.

¹⁵²⁰ Ello, a los efectos de evitar la preparación de nuevas acciones o la frustración del éxito de la instrucción que se halla en marcha.

¹⁵²¹ En opinión acertadísima de BEULKE, la realización de la garantía defensiva en el Estado Constitucional, hace preciso que la relación de confianza imputado-defensor sea "blindada hacia afuera". Vid. "Überwachung des Fernsprechanchlusses ...", op. cit., pág. 645.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

observar una conducta como la descrita, en cualquier caso, dependerá del papel o posición que en el modelo procesal del que se trate, desarrolla y ocupa el defensor¹⁵²².

Así pues, aun cuando es cierto que en su contra han de arbitrarse medidas y, en su caso, ser aplicadas sanciones de naturaleza penal o disciplinaria, la fórmula consagrada por el legislador español no parece ajustarse a los más básicos postulados constitucionales. Reconocer legitimidad a la intromisión en el desarrollo de la libre comunicación imputado-defensor, como bien advierte GIMENO, entraña "el doble riesgo de convertir a la Abogacía en una institución de Derecho público, que podría hacer dejación de su principal función -cual es hacer valer en el proceso la libertad de su patrocinado- y, al proceso mismo, en mero "procedimiento autocompositivo del Estado".

En consecuencia, resulta obligada la concurrencia de indicios bastantes para dirigir la imputación delictiva también en contra del defensor¹⁵²³, y a los efectos de un legítimo acuerdo de la restricción de las comunicaciones con el sujeto incomunicado en cuyo favor ejercita la defensa, quien debe en todo caso ser mantenido en el disfrute del derecho.

Se ha de rechazar, pues, una interpretación de lo declarado por el legislador procesal en el sentido de afirmar la automaticidad en la aplicación de las medidas en las

¹⁵²² La medida de exclusión del Abogado defensor de elección en el proceso alemán, se ha apoyado en la consideración del mismo no sólo como patrocinador de los intereses de la parte, sino como órgano independiente y colaborador con la Administración de Justicia, lo que se desprende de lo expresado por el art. 1º BRAO. (Véase, asimismo, BEULKE, W., "Der Verteidiger im Strafverfahren ...", op. cit., pág. 186). Pero lo cierto es que, entre la doctrina, son muy serias las dudas de que la imposibilidad de contacto con el defensor en que la medida se traduce, sea ajustada a la idea de un Estado de Derecho. Sobre el particular, véase por todos GÖSSEL, KH., "Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 264.

¹⁵²³ Por otra parte, ha de cuestionarse el porqué de entender exclusiva del Abogado de elección la sospecha de actuar desviadamente con el propósito de frustrar el perfecto desarrollo del proceso. Semejante sospecha podría igualmente dirigirse sobre el Abogado que, según dispone el art. 527 a) LECrim, ha de ser designado por la autoridad judicial de cuantos integran el llamado "turno de oficio".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que la incomunicación se traduce, como parecía deducirse de la rotundidad con que viene expresada la fórmula legislativa¹⁵²⁴.

Los efectos derivados del sometimiento a incomunicación del detenido o preso que, en particular, afectan a la relación imputado-defensor, no parecen ajustarse a las exigencias de nuestro ordenamiento constitucional. La legitimidad de la finalidad perseguida con la incomunicación judicial, no puede afirmarse de las distintas medidas legislativas en que dicha decisión judicial se traduce y que limitan, a nuestro juicio de forma extrema, el derecho del imputado a la defensa en sus distintas manifestaciones¹⁵²⁵.

Si, por su inconciliación con los postulados básicos del Estado de Derecho, se hizo desaparecer la tan controvertida y oscura legislación antiterrorista, esta previsión legislativa que resulta ser una de sus reminiscencias¹⁵²⁶, habría igualmente de ser excluida del ordenamiento. El respeto del *status* jurídico que corresponde a todo imputado, y dentro de ese cuadro de derechos, el del fundamental de asistencia y defensa que consagra la Norma Constitucional, es la "piedra de toque" en nuestro modelo procesal; y, aun cuando alguno de los derechos fundamentales del sometido al proceso,

¹⁵²⁴ "En todo caso ...", declara explícitamente el art. 527 LECrim que aquí se comenta.

¹⁵²⁵ En opinión de GÖSSEL, la restricción de la facultad de libre comunicación con el defensor no parece encajar bien en la idea del Estado al que, contrariamente, corresponde arbitrar soluciones y ofrecer garantías precisas contra los abusos a los que puede estar de algún modo ligado el ejercicio del poder punitivo. "Strafprozessrecht", op. cit., pág. 264.

¹⁵²⁶ No se olvide que se trata de medidas nacidas de la legislación antiterrorista -sólo formalmente derogada- que ha encontrado su espacio en la norma procesal, haciendo menor pero no eliminando del todo el rigor que caracterizó a dicho cuerpo normativo. Convendría cerrar, definitivamente, esa etapa por la que atravesó el proceso penal al inicio de los años 80, no ya en nuestro Derecho sino en el marco de los distintos ordenamientos europeos -donde incluso se aprecian manifestaciones de mayor severidad- coincidiendo con un encrudecimiento notable de este tipo de criminalidad violenta en todos ellos; un proceso, el aquí aludido, que algún autor consideró como verdadera "involución del progreso democrático" que se había alcanzado hasta esas fechas. Vid. FIGUEREIDO DIAS, J., "Para una reforma global del proceso ...", op. cit., págs. 200 y 201. Entre nuestros autores, esta orientación del proceso fue interpretada como un serio "indicio de degeneración del espíritu constitucional de los regímenes políticos democráticos". En particular, véase FERNÁNDEZ SEGADO, *La suspensión individual del ejercicio de los derechos constitucionales*, "Rev. de Estudios Políticos", núm. 35, 1983, pág. 135.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

en excepcionales supuestos y previa observancia de muy estrictas garantías, pueda verse sacrificado¹⁵²⁷, el derecho de defensa del inculpado ni siquiera en ellos, por su condición de garantía elemental y base del Estado de Derecho.

4.2. CONCLUSIÓN CRÍTICA.

De lo hasta el momento expuesto parece deducirse que la incomunicación, como medida de aseguramiento al éxito de la instrucción, podría entenderse legítima de no repercutir en la forma en que lo hace sobre el fundamental derecho de defensa.

La amenaza de ver frustrada la finalidad última del proceso parece, en principio, legitimar la decisión judicial de limitar las comunicaciones personales del imputado. Ahora bien, dicha previsión no debe afectar a la relación de este último con su Abogado defensor, salvo en el supuesto en que dicho peligro tenga su causa, precisamente, en el desarrollo de contactos entre ambos por apreciarse racionales indicios de participación del defensor en los fines delictivos de su cliente, o de su intervención como elemento de intermediación entre éste último y otros partícipes en la comisión del delito que se hallen en el exterior de la prisión.

Debe mediar, pues, una concreta sospecha y no una presunción generalizada sobre el Cuerpo de la Abogacía -como induce a considerar, a nuestro juicio erróneamente, la actual redacción del art. 527 LECrim- para impedir a la parte la relación con el Letrado de su libre elección, de suerte que sólo si en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y ante la sospecha de que sus contactos entrañan un peligro constatable al perfecto desenvolvimiento de la instrucción, resultara precisa, podría entenderse legítima la medida consistente en impedir la entrevista reservada con el Letrado, ya de confianza, ya de oficio.

¹⁵²⁷ Vid. art. 55 CE.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Pero, en cualquier caso, si la imputación delictiva hubiera de dirigirse también contra el Letrado, resultaría precisa su inmediata sustitución, al efecto de preservar el derecho de defensa del imputado preso, que ha de mantenerse en el disfrute del derecho a valerse de los servicios de un defensor.

Sería inadmisibles que, so pretexto de la necesaria lucha contra una criminalidad especialmente cruenta, como ha demostrado ser la que persigue fines terroristas, el Estado demuestre en sus actuaciones cierto desprecio por los que se configuran como elementales derechos de la persona y, en particular, por el derecho de defensa, sin duda ninguna, el más básico de los que asisten al sometido al proceso¹⁵²⁸; pero lo sería igualmente si actuara valiéndose de argucias de mayor sutileza -como la aquí expuesta-, que acaban por alcanzar a los que, además, resultan ser postulados básicos del sistema de protección y garantía de esas mismas libertades fundamentales¹⁵²⁹.

La conclusión que se desprende de lo expresado en estas páginas, en consecuencia, no puede ser otra que la afirmación de la legitimidad del fin perseguido con el acuerdo y no tanto la vía a través de la cual se persigue su satisfacción, esto es, la restricción de elementales derechos de quienes se presumen o, como de inmediato se expone, son judicialmente declarados partícipes en la comisión de estos concretos tipos delictivos; resulta, pues, de muy dudosa legitimidad constitucional, el alcance de ciertas intromisiones arbitradas por el legislador procesal como respuesta a esa criminalidad atroz, para su averiguación y castigo, pero asimismo para su tan difícil como necesaria erradicación.

¹⁵²⁸ Este último, instrumento único para la realización del *ius puniendi* estatal, que se construye sobre la base del respeto de esta garantía, el derecho de defensa, como manifestación del principio de contradicción consustancial a la idea misma de proceso e inherente a su estructura. GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Introducción al Derecho Procesal", op. cit., pág. 292.

¹⁵²⁹ Vid. BEULKE, W., "Überwachung des Fernsprechanchlusses ...", op. cit., pág. 645.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



CAPITULO 5º: EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN CON ABOGADOS EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA. POSIBILIDADES Y LÍMITES.

I. INTRODUCCIÓN.

En fidelidad al esquema inicialmente trazado, las reflexiones que encierra el presente capítulo giran en torno a la previsión por el legislador penitenciario de eventuales injerencias en el desarrollo de las comunicaciones del privado de libertad, en particular, con Abogados.

En páginas precedentes se hacía alusión a lo dispuesto en el art. 51.2º de la LOGP con ocasión del análisis de la posibilidad de impedir al sometido a prisión provisional incomunicada el contacto con su defensor o el Abogado llamado para asuntos penales; pero es éste el espacio que se reserva a un examen en mayor profundidad de su contenido y los efectos de su aplicación sobre el conjunto de la población reclusa. Téngase presente que desde su ingreso en el Establecimiento, el imputado viene sujeto a las reglas que se establecen para ordenar la vida en el interior de la prisión y, por ende, al régimen de comunicaciones y visitas arbitrado en la Ley y el Reglamento Penitenciario.

En efecto, como en su momento se trató de evidenciar, la norma penitenciaria no se detiene en la distinción entre detenidos o presos y sujetos condenados; antes al contrario, reconoce a "todo interno" la posibilidad de comunicar con el Abogado defensor o el expresamente llamado para asuntos penales; distinción de la que

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

igualmente prescinde a la hora de establecer los límites a los que dicha facultad puede someterse y las consecuencias que se derivan de su acuerdo sobre el régimen de derechos de cada uno de ellos.

Esta común aplicación del precepto al total de internos en el Centro Penitenciario, ha inclinado nuestra opinión por un tratamiento del derecho del privado de libertad a mantener comunicación con personas procedentes del exterior de la prisión sin especiales distingos; sin embargo, y a pesar de su difícil detección con una simple mirada a las previsiones contenidas en la norma penitenciaria, no pueden silenciarse las diferencias entre el privado de libertad con finalidad cautelar y el sujeto que se halla dando cumplimiento a la pena impuesta por sentencia.

Este diferente *status detentionis*, necesariamente, implica la delimitación de un distinto marco jurídico en el que puede hallar justificación todo recorte en la esfera de derechos que a uno y otro corresponde y, en particular, la limitación del derecho que a ambos se reconoce de mantener el contacto con el Abogado defensor, en ejercicio del fundamental derecho a la asistencia y defensa técnica.

Así, al igual que en anteriores epígrafes se prestaba atención al que debe ser el régimen de derechos del mantenido en prisión en espera de juicio, conviene en estas páginas atender a la figura del condenado a una pena privativa de libertad, con la intención de examinar el que resulta ser su singular estatuto jurídico y, una vez precisado, averiguar cuándo y en qué condiciones puede verse restringido, en particular, su derecho a mantener comunicaciones con el Abogado defensor o el llamado para asuntos penales.

A estos efectos convenía un mínimo acercamiento a ciertos aspectos relacionados con la ejecución de las penas privativas de libertad, que debiera evidenciar la presencia de restricciones más intensas en el cuadro de derechos de la persona a ella sujeta, titular no obstante de los derechos que la Norma Constitucional reconoce

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

aunque con las excepciones derivadas de su condición de penado y de la especial relación jurídica que le une a la Administración penitenciaria.

II. BREVE APROXIMACIÓN A LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. LA SINGULAR CONDICIÓN DEL CONDENADO.

La sentencia penal, si es de condena, hace al proceso entrar en una nueva fase procedimental destinada a dar a aquella efectivo cumplimiento¹⁵³⁰; fase ésta, que ha llegado a convertirse en verdadera cenicienta en el conjunto estructural de nuestro proceso, un "apéndice ingrato" del ya de por sí desatendido proceso penal¹⁵³¹.

Ello además sucede cuando, contra toda expectativa y a pesar de la insistencia de la doctrina, la privación de libertad no ha abandonado su posición hegemónica en el nuevo sistema punitivo diseñado por el Código Penal de 1995 como hubiera sido deseable¹⁵³².

¹⁵³⁰ Fase ésta cuya ejecución, como bien advierten PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ - GUTIÉRREZ DE CABIEDES, a diferencia de lo que sucede en el marco del proceso civil, es en cualquier caso necesaria. "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 431.

¹⁵³¹ Recuerda, en este punto, las palabras de CARNELUTTI, MORENO CATENA, V., (et. alt.) "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 877 y 878. En este mismo sentido, GÓMEZ COLOMER, J.L., (et. alt.), "Derecho jurisdiccional", Tomo III, ed. 1997, op. cit., pág. 408.

¹⁵³² Convencidos, como REDONDO, de que la privación de libertad y las prisiones no contribuyen de modo apropiado a la solución de los problemas delictivos (Vid. *Evaluar e intervenir en las prisiones*, Barcelona, 1993, pág. 25) no puede sino lamentarse que con la nueva norma se haya perdido una ocasión inmejorable para dar efectiva entrada en nuestro ordenamiento a distintas medidas sustitutivas de esta pena "reina" durante todo este tiempo de nuestro sistema punitivo. De esta opinión, LAMARCA PÉREZ, C., *Régimen penitenciario y Derechos Fundamentales*, "Rev. Estudios Penales y Criminológicos", XVI, 1993, pág. 212; MACIÁ Y ROIG, *Nuevo Código penal de 1995*, Barcelona, 1996.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Lo cierto es que el interés de la doctrina por el estudio de la ejecución de las penas privativas de libertad parece despertar con la formulación de la duda acerca de su naturaleza jurídica en la que se dan cita opiniones de muy distinto signo.

De un lado, se alzan voces en defensa de la consideración de esta actividad de carácter administrativo¹⁵³³, de otro, y parece que mayoritariamente se aboga por el reconocimiento de su carácter claramente procesal y naturaleza jurisdiccional¹⁵³⁴.

Sin embargo, no han faltado autores que, como GÓMEZ ORBANEJA¹⁵³⁵, parten de una consideración separada de la actividad de ejecución de la sentencia de condena, que ha de encomendarse al Juez¹⁵³⁶, y aquella otra de ejecución de la pena misma, como actividad a desarrollar por diferentes órganos del Estado¹⁵³⁷, se decantan por la atribución a la misma de un carácter mixto¹⁵³⁸.

¹⁵³³ Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, F., *Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal*, en "Estudios de Derecho Procesal", Pamplona, 1974, pág. 45; SERRA, M., "Estudios de Derecho Procesal", op. cit., pág. 49.

¹⁵³⁴ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Temas del ordenamiento Procesal*, Madrid, 1969, Tomo I, pág. 353; GÓMEZ COLOMER, JL., "Derecho Jurisdiccional", Tomo III, op. cit., págs. 407 y 408; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 877 y 878. Este último autor justifica la intervención de la Administración Penitenciaria, siempre con carácter subordinado, en la falta en la Jurisdicción de medios propios hábiles para la custodia de presos y penados.

En opinión de CARNELUTTI, la noción de jurisdicción no absorbe plenamente la de proceso, de suerte que la ejecución penal debe a su juicio entenderse como actividad procesal pero no jurisdiccional. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, (trad. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, y SENTIS MELENDO), Vol I, Buenos Aires, 1944, pág. 213.

¹⁵³⁵ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1947, Tomo I., págs. 56 a 58.

¹⁵³⁶ En opinión de MANZANARES SAMANIEGO no puede sino entenderse precisa la intervención, que ha de potenciarse, del órgano jurisdiccional, habida cuenta de lo arriesgado de transferir a la Administración Penitenciaria toda competencia una vez dictada la sentencia; en opinión del autor, de ser así, el condenado se enfrenta a una "pena en blanco" que habría resultaría concretada e individualizada sin control judicial. *La problemática actual del Juez de Vigilancia Penitenciaria*, "Rev. Estudios Penitenciarios", 1981, núms. 232-235, pág. 8.

¹⁵³⁷ Opinión en la que asimismo coinciden ARAGONESES ALONSO, P., "Instituciones de Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 557 y MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 878.

¹⁵³⁸ Sobre la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad, véase el estudio de GONZÁLEZ CANO, M^ºI., *El Juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad*, texto original tesis doctoral, Madrid, 1993, págs. 76 a 114.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esta distinción entre actividad de "ejecución" y actividad de "cumplimiento" ofrece una solución ecléctica al dilema, al permitir afirmar la naturaleza jurisdiccional de esta fase y evidenciar, al propio tiempo, el carácter administrativo de ciertos aspectos de la misma relacionados con el tratamiento y el régimen penitenciario; y lo cierto es que, como bien advierte la doctrina, en nuestro ordenamiento no es el órgano jurisdiccional quien directamente ejecuta las penas privativas de libertad, sino que dicha misión se encomienda a ciertos órganos de innegable raigambre administrativa.

En tono conciliador expresa MANZINI que, "todos tienen razón y al mismo tiempo dejan de tenerla"¹⁵³⁹; en realidad, lo que preocupa al italiano es precisar, una vez admitida como verdad universal la reconducción de la materia a la esfera del derecho público, el ordenamiento bien procesal, bien penal-sustantivo o administrativo, al que pertenece o habría de hacerlo, la materia de la ejecución penal.

A nadie se le escapa que la determinación de la naturaleza de la actividad en que consiste esta fase procedimental, ofrece cierta dificultad motivada por la circunstancia de que la pena haya de ser cumplida durante un periodo dilatado de tiempo y en Establecimientos creados al efecto; el perfecto funcionamiento de estos últimos exige una intensa actividad que desborda las posibilidades de actuación de la organización judicial, razón, por la que su ejecución viene confiada a la Administración penitenciaria¹⁵⁴⁰.

Así las cosas, en un intento de poner fin a la tendencia antes denunciada de abandono de la materia, se ha optado por examinar ciertos aspectos relacionados con la ejecución de las penas privativas de libertad a los efectos de obtener una idea clara

¹⁵³⁹ MANZINI, V., "Tratado de Derecho Procesal Penal", op. cit., Tomo V, págs. 312 y 313.

¹⁵⁴⁰ Es claro que, la actividad que se desarrolla en el interior del establecimiento penitenciario se orienta, tanto a los fines de reeducación y reinserción social, cuanto a la retención y custodia de detenidos y presos, fines éstos, que hacen precisa la intervención auxiliadora de personal dependiente de la Administración pública penitenciaria, en garantía de la buena marcha y seguridad del Centro. Vid. Art. 2 RP de 1996.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

del marco en que resultan de aplicación distintas medidas de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones con Abogados, en general y con el defensor, en particular.

Como de inmediato podrá constatarse, también en éste ámbito se reconoce al individuo el derecho a mantener con su Abogado comunicación reservada, instrumental del que igualmente configura su *status detentionis*, cual es el elemental derecho de defensa.

En un primer momento conviene, pues, un acercamiento al modo en que reciben protección derechos de los que el condenado es titular por su sola condición de persona; derechos en cuyo disfrute, probablemente alterado por razón de la especial relación de sujeción con la Administración que se establece, ha de ser mantenido a pesar de su internamiento en prisión.

Esta aproximación general ha de dejar paso al análisis, en particular, del reconocimiento y las posibilidades de limitación del derecho del interno a comunicar con el defensor que consagra la legislación penitenciaria.

1. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA EJECUCIÓN PENAL.

Una primera garantía de necesaria observancia en el cumplimiento de las penas privativas de libertad es, según expresamente declara el art. 2º de la LOGP y reitera en su art. 3º la norma reglamentaria, es la sujeción al principio de legalidad de la actividad en que se traduce.

En efecto, del mismo modo en que no es posible la imposición de pena alguna por consecuencia de actos punibles sino de conformidad con las disposiciones de la ley y en virtud de sentencia dictada por Juez competente¹⁵⁴¹, la ejecución de la pena

¹⁵⁴¹ Art. 3º de la LECRIM.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

definitivamente impuesta ha de llevarse a cabo bajo control jurisdiccional y, en todo caso, en el modo en que la normas determinen¹⁵⁴².

El penado, según se ha llegado a afirmar¹⁵⁴³, goza de un verdadero derecho a que la actividad penitenciaria se desarrolle dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos, y la sentencia judicial que establece su condena; un auténtico derecho público-subjetivo que implica la tarea del Estado de crear las condiciones necesarias para dotarlo de efectividad¹⁵⁴⁴.

La garantía ejecutiva del principio de legalidad encuentra pleno reconocimiento en el art. 990 LECrim, que se remite a la LOGP y a las normas de desarrollo en cuanto se refiere al tiempo y forma en que han de ser cumplidas las penas.

Pero en verdad, es el art. 25.2º del Texto Constitucional el que proporciona las bases sobre las cuales se ha de asentar el régimen penitenciario que, junto a las exigencias derivadas del tratamiento, ha de servir a la satisfacción de los fines de reeducación y reinserción social del penado, y de la retención y custodia que se extiende a detenidos y presos¹⁵⁴⁵.

Conviene asimismo tener presente que, a los efectos de dotar de efectividad a los fines más inmediatos de la pena privativa de libertad, se impone el cumplimiento

¹⁵⁴² El art. 3º del CP de 1995 expresamente declara que, "no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes".

¹⁵⁴³ BUENO ARÚS, F., *El sistema penitenciario español*, Madrid, 1967, pág. 52; de la misma opinión, HERRERO HERRERO, C., *España penal y penitenciaria*, Madrid, 1985, pág. 544.

¹⁵⁴⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, pág. 150.

¹⁵⁴⁵ La custodia es, en efecto, un de los objetivos claros en el marco de las prisiones al que la ley se refiere de modo explícito, que procura que los internos permanezcan en prisión el tiempo legalmente previsto para evitar su evasión y sustracción a la disposición de la autoridad judicial, pero, como a lo largo de estas páginas se tendrá ocasión de constatar, no el único.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de la misma conforme a un sistema de individualización que parte de la clasificación en grados de las personas que ingresan en prisión¹⁵⁴⁶, de forma tal que el tipo de Centro en que tiene lugar el ingreso y -lo que parece más importante- en el que ha de darse cumplimiento a la pena, estará en función del resultado de esta previa actuación administrativa de clasificación¹⁵⁴⁷; actividad a la que ha de suceder la segregación entre internos en el interior del Establecimiento, conforme a ciertos criterios que determina el artículo 16 de LOGP y, según el cual, los detenidos y presos habrán de mantenerse separados de los internos condenados¹⁵⁴⁸.

La realidad, sin embargo, refleja cierta inadecuación a muchas de las máximas que acaban de expresarse; el desarrollo reglamentario de las previsiones de la Ley Penitenciaria en ocasiones defrauda la garantía que, junto a la criminal, penal y jurisdiccional, encierra el principio de legalidad, cual es la de ejecución, considerada por MANZANARES SAMANIEGO como auténtica cenicienta del cuarteto. Según palabras del mismo autor, lamentablemente, "parece como si quienes se ocupan de la Justicia agotaran sus energías y preocupaciones en la tarea de llegar a una sentencia justa¹⁵⁴⁹".

En cualquier caso, conviene dejar sentado que sólo la ley, acompañada de lo dispuesto en la sentencia y el sentido de la pena, está llamada a configurar el específico *status* jurídico que corresponde al interno y, de este modo, las condiciones en que ha de desarrollarse su vida en prisión.

¹⁵⁴⁶ Art. 74 RP.

¹⁵⁴⁷ El art. 9.1º LOGP y el art. 72 RP, se refieren a los Establecimientos de "régimen cerrado" destinados a aquellos internos clasificados en 1º grado, de "régimen ordinario" para los incluidos en el 2º grado de clasificación y Establecimientos de "régimen abierto" previstos para internos que alcanzan el 3º grado. Junto a éstos, que lo son de cumplimiento, los Establecimientos de preventivos concebidos para la retención y custodia de detenidos y presos, sin perjuicio de su destino al cumplimiento de penas de duración inferior a seis meses. (Vid. art. 8.1º LOGP).

¹⁵⁴⁸ Art. 16. 2º b) de la LOGP.

¹⁵⁴⁹ MANZANARES SAMANIEGO, JL., "La problemática del Juez de Vigilancia Penitenciaria", op. cit., págs. 7 y 8.

2. CONSECUENCIAS DEL INTERNAMIENTO EN PRISIÓN. EL NACIMIENTO DE UNA ESPECIAL RELACIÓN DE SUJECIÓN.

Acierta plenamente BUENO ARÚS¹⁵⁵⁰ cuando señala que "el ser objeto de una pena privativa de libertad, no sitúa al Hombre fuera de la esfera del derecho"; antes al contrario, en virtud de dicha circunstancia nace una relación jurídico-penal o jurídico-penitenciaria por la que sólo el derecho y por el derecho cobran sentido las limitaciones impuestas a la libertad del condenado¹⁵⁵¹".

Es asimismo doctrina consolidada de nuestro máximo intérprete constitucional la consideración de que el internamiento de la persona en prisión¹⁵⁵² origina entre ésta y la Administración penitenciaria una especial relación jurídica, considerada jurisprudencialmente¹⁵⁵³ "de sujeción especial" aunque "en sentido reductivo y siempre compatible con el valor preferente que corresponde a los Derechos Fundamentales". De dicho vínculo nacen, pues, derechos y obligaciones para ambos.

El mismo TC manifestaba en uno de sus más recientes pronunciamientos¹⁵⁵⁴ que la mencionada relación se caracteriza, en lo esencial, del modo siguiente: el recluso adquiere un específico estatus jurídico del que destaca su sometimiento al poder público ejercido por la Administración penitenciaria, la cual tiene encomendada, además de la reeducación y reinserción social de los penados, la retención y custodia

¹⁵⁵⁰ BUENO ARÚS, F., "El sistema penitenciario español ...", op. cit., pág. 49.

¹⁵⁵¹ El § 4 StVollzO en este mismo sentido señala que, el detenido quedará sujeto a las restricciones de libertad expresadas en la misma ley, de forma que si ésta no incluye una regulación especial, sólo pueden serle impuestas las restricciones imprescindibles para el adecuado mantenimiento de la seguridad o para evitar una perturbación grave del orden en la institución.

¹⁵⁵² Ingreso que habrá de tener lugar de inmediato, según se dispone en el art. 983 de la LECrim, a partir de la orden emitida por el Juez y que recibe el Director del establecimiento.

¹⁵⁵³ Véanse, entre otras, las SsTC 2/1987, de 21 de enero; 120/1990, de 27 de junio; 11/1991, de 17 de enero.

¹⁵⁵⁴ STC 170/1996, de 3 de diciembre.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de éstos y de los detenidos y presos, cuidando de garantizar y velar por la seguridad y buen orden del Establecimiento¹⁵⁵⁵.

La doctrina no parece, sin embargo, convencida del acierto de dicho pronunciamiento y manifiesta sus reservas a la idea de que la relación que se establece sea, efectivamente, de sujeción en tanto en cuanto la misma no reúne algunos de los caracteres que le son propios¹⁵⁵⁶.

En cualquier caso, resulta de todo punto incuestionable la existencia de un vínculo de carácter público entre la Administración y el sujeto condenado, que tiene su origen en el título de ejecución, esto es, la sentencia que declara la culpabilidad del sujeto y determina su privación de libertad como pena; naturalmente, de esta sujeción ha de excluirse al individuo mantenido en prisión por consecuencia su sometimiento a una medida cautelar privativa de libertad.

No cabe duda de que la relación que nace con el internamiento parece tan pronto tiene lugar la extinción de la responsabilidad criminal del sujeto según lo previsto en el art. 130 del CP¹⁵⁵⁷; pero asimismo puede excepcionalmente desaparecer por razón de la anulación del título de condena, merced a su impugnación a través del

¹⁵⁵⁵ Véanse los arts. 18, 26 d), 29.2º, 41.1º y 43.4º de la LOGP.

¹⁵⁵⁶ Son numerosos los argumentos esgrimidos por nuestros autores en contra de las consideraciones jurisprudenciales señaladas; a todos ellos resulta difícil compartir una teoría como la expresada, construida sobre postulados que parecen propios sistema penitenciario retributivo afortunadamente superado y, en consecuencia, lejanos a los que corresponden a un Estado de Derecho como el nuestro. A este rechazo contribuye asimismo la detección de la ausencia de la nota de voluntariedad en el sujeto vinculado a la Administración cuando, contrariamente, es éste un elemento fundamental del concepto. Para mayor profundidad en el examen de estas cuestiones es interesante la consulta de la obra de TAMARIT SUMALLA, JMª, con SAPENA GRAU, F., y GARCÍA ALBERO, R., *Curso de Derecho Penitenciario*, Barcelona, 1996, págs. 60 y ss., y de LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, 1994.

En favor de aquélla consideración parece mostrarse, en cambio, GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Poder domesticador del Estado y derechos del recluso. Relación especial de sujeción*, en "Estudios sobre la Constitución española" (Homenaje al profesor E. García de Enterría), Madrid, 1991, pág. 1088.

¹⁵⁵⁷ Es claro, sin embargo, que no todos los supuestos previstos en el precepto nombrado pueden entenderse constitutivos de una causa de extinción de la responsabilidad penal del individuo, como es el caso de la prescripción del delito.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

extraordinario proceso de revisión o en virtud del triunfo de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional o del previsto para, ante el alto TEDH, obtener la garantía de los derechos que consagra el Convenio de Roma.

De lo dicho puede colegirse que el sometido a una pena privativa de libertad, mientras ha de cumplirla, ha de ver reconocido en su favor un conjunto de derechos en cuya garantía vienen comprometidos los poderes públicos -representados en el interior de la prisión tanto por órganos administrativos cuanto jurisdiccionales- a quienes especialmente se encomienda la misión de velar por su respeto.

3. LA CONFIGURACIÓN DE UN PARTICULAR ESTATUTO JURÍDICO DEL INTERNO.

Como con acierto expresa RODRÍGUEZ ALONSO, la Administración Penitenciaria proyecta su autoridad sobre quienes adquieren un específico *status* jurídico, que no es el que con carácter general existe sobre el común de los ciudadanos¹⁵⁵⁸. Este reconocimiento, en verdad, es resultado del abandono de la consideración del condenado como mero objeto de la pena, que ha marcado un punto de inflexión en el tratamiento de la materia que nos ocupa¹⁵⁵⁹.

El interno, ciertamente, se convierte en sujeto relevante desde la perspectiva constitucional desde el momento en que la Suprema Norma reserva uno de sus preceptos al reconocimiento y garantía en su favor de una suma de derechos, de los que ha de gozar a pesar de la privación de libertad.

¹⁵⁵⁸ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Granada, 1997, pág. 31.

¹⁵⁵⁹ A este respecto son del todo expresivas las palabras de FAVARD cuando señala que "la emergencia de los derechos del detenido representa un inimaginable y radical cambio de las reglas del juego carcelario"; palabras de las que se hace eco PRADEL, J., *La condition juridique du detenu*", Paris, 1994, págs. 16 y 17.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ciertamente, quizás arrastrado por el singular movimiento en defensa de los más básicos derechos de la persona iniciado a mediados de siglo a nivel mundial, El Texto Constitucional y casi de forma inmediata la Ley General Penitenciaria nacida en 1979, contribuyeron decisivamente a la configuración de una cierta categoría de "derechos del recluso"¹⁵⁶⁰, en los que parece hallarse el punto de encuentro entre dos elementos en tensión.

Según reza la propia Exposición de Motivos de la LOGP, en el logro del equilibrio entre el respeto de la dignidad de la persona y la necesidad de tutela social a partir de la retención y custodia del interno, en primer término, y de su reeducación y reinserción social después, reside la clave para una efectiva satisfacción tanto de la protección individual de todo ciudadano cuanto de la sociedad -de donde el interno procede y de la que no deja de formar parte- como objetivos que ha de perseguir en todo caso la actuación de los poderes públicos en el Estado de Derecho¹⁵⁶¹.

3.1. LOS DERECHOS DEL INTERNO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL.

Como se adelantaba, el art. 25 de la CE resulta ser motor, y al propio tiempo freno, de la actividad de ejecución de las penas privativas de libertad, toda vez que, en él se contiene el reconocimiento de derechos insoslayables, por su inherencia a la propia condición humana, y que el Texto Constitucional ha consagrado como fundamentales; téngase presente que, el propio artículo que se menciona se halla

¹⁵⁶⁰ BUENO ARÚS, F., *Derechos y deberes de los reclusos*, en "Comentarios a la legislación penal", (dir. COBO DEL ROSAL y BAJO FERNÁNDEZ), Madrid, 1986, Tomo VI, Vol. 1º, pág. 61.

¹⁵⁶¹ HERRERO HERRERO, C., "España penal y penitenciaria", op. cit., pág. 540.

ubicado en la misma sección, capítulo y título y, en consecuencia, comparte su altísimo rango¹⁵⁶².

El citado precepto es expreso al señalar que "todo condenado a pena prisión que estuviere cumpliendo la misma, gozará de los derechos fundamentales" del capítulo, con excepción de aquellos que resulten "expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria"¹⁵⁶³.

Pero junto a este primer cuerpo de derechos reconocidos al privado de libertad, como miembro que continúa siendo de una comunidad social jurídicamente organizada, el legislador penitenciario le otorga un específico *status* jurídico que nace de la especial relación en que se halla respecto de la Administración desde el momento de su ingreso en el Centro Penitenciario.

En efecto, a nivel doctrinal se ha sugerido la distinción de una triple categoría de derechos de los que el privado de libertad es titular para referirse, en primer término, a aquellos derechos que le asisten en su condición de persona, como ciudadano de un Estado en segundo lugar y, por último, como interno. De este modo, al disfrute de las elementales garantías constitucionales a las que se aludía, se añade el de aquellos otros derechos que, en calidad de reclusos, le vienen reconocidos por la norma penitenciaria y su reglamento de desarrollo¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶² Derechos Fundamentales de la persona que, merced a la posición preferente que ocupan en el ordenamiento, gozan de una protección privilegiada y en cuya garantía quedan involucrados los distintos poderes públicos según lo previsto por el art. 9.2º CE.

¹⁵⁶³ Afirmar -como hasta ahora se venía haciendo- que el penado ha de conservar intactos los derechos que no se opongan a la privación de libertad es, en opinión de LÓPEZ BENÍTEZ, "una verdad incontestable" pero excesivamente idealística. El autor es consciente de que "el solo hecho de encontrarse privado de libertad convierte al sujeto en objeto de gobierno de otros y, en consecuencia, le sitúa en condiciones de deber depender de la iniciativa, o cuanto menos, del consentimiento de quienes le someten a custodia para la satisfacción de cada elemental exigencia". Vid. "Naturaleza y presupuestos ...", op. cit., pág. 415.

¹⁵⁶⁴ No obstante esta clasificación inicial, se ha de tener presente que la Ley Penitenciaria incorpora a su articulado aquellos derechos que pertenecen al interno en su condición de persona y ciudadano del Estado. El mismo art. 3º LOGP reconoce a todo recluso la posibilidad de "ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Resulta pues del máximo interés una aproximación al régimen de derechos del sometido a prisión diseñado por nuestro ordenamiento, como marco en el que encuadrar las posibilidades de ejercicio y límite del derecho que al mismo asiste y es objeto de estudio, a comunicar privadamente con Abogados como garantía del más amplio derecho de defensa técnica.

A estos efectos, tan inoportuno parece un análisis en profundidad de las declaraciones contenidas en el art. 25.2º CE o en la legislación penitenciaria que extralimite los márgenes de estudio propuestos, cuanto un examen con excesiva superficialidad que impida conocer el modo en que el interno ve garantizados en prisión sus más elementales derechos. De ahí que se haya optado por un primer acercamiento a los efectos que genera la triple limitación constitucionalmente prevista sobre el entramado de derechos del penado para, más tarde, centrar toda la atención en el alcance de los efectos que genera sobre el derecho consagrado en el art. 18.3º en relación directísima con los art. 17. 3º y 24 de la Constitución española¹⁵⁶⁵.

Ello, sin embargo, no ha de ser sino un paso previo al análisis individualizado de las consecuencias que derivan de la habilitación concedida al legislador ordinario de introducir restricciones y de rediseñar, de ese modo, la esfera jurídica del sujeto preso. A estos efectos, parece conveniente una mínima aproximación al cuerpo de derechos que la LOGP otorga a detenidos, presos y penados, y el modo en que el reglamento acomete su desarrollo dentro de los márgenes trazados, para de inmediato encauzar la investigación hacia el que se propone como principal objeto de examen, cual es la materia relativa a las comunicaciones que viene el interno autorizado a mantener con Abogados, en general, y con su defensor, en particular.

fueren incompatibles con el objeto de detención o el cumplimiento de la condena", según expresamente señala, en el intento de respetar en todo caso "la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena".

¹⁵⁶⁵ Y, en paralelo, de las garantías contenidas en los art. 8º y 6º del CEDH con el auxilio que representa la jurisprudencia vertida por su máximo garante en asuntos sometidos a su conocimiento.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Con este propósito ha de acometerse el análisis de las posibilidades que ofrece el art. 51 de la LOGP -que consagra dicha facultad- y del contenido del art. 48 RP en contraste con las previsiones que se contienen en los arts. 41 y ss. del mismo RP y, todo ello, partiendo como premisa de la consideración de este tipo de comunicación como privilegiada por su especial naturaleza.

3.1.1. EL ARTÍCULO 25.2º DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

Como de inmediato se tendrá ocasión de constatar, el precepto constitucional a cuya exégesis se ha de dedicar este epígrafe -el art. 25 CE en su apartado 2º- contiene la esencia de los derechos fundamentales que, no obstante su privación de libertad, corresponden a la persona por razón de esa sola condición. Precisamente el derecho que a todo interno se reconoce a disfrutar de los derechos fundamentales que nuestro Texto Constitucional proclama, a salvo las excepciones que procedan, es en sí mismo un derecho que participa de ese mismo rango de fundamental y, en consecuencia, comparte con aquellos sección, capítulo y título en la Suprema Norma del ordenamiento¹⁵⁶⁶.

A la vista de lo anterior, es premisa básica de la que ha de partirse la convicción de que el condenado ha de ser mantenido en el disfrute de la suma de garantías que a todo individuo se reconocen en lo referente a su vida, libertad, igualdad y participación política o social, y a cualquier otro aspecto que afecte a su desarrollo integral como persona¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁶ El precepto se halla integrado en la sección primera del capítulo 2º del Título I de la Constitución española, junto al resto de derechos y libertades públicas del ciudadano; circunstancia ésta que impone -ex art. 9.2º CE- una especial vinculación de los poderes públicos en su salvaguarda.

¹⁵⁶⁷ Es GARCÍA MORILLO quien identifica los Derechos Fundamentales con aquellas garantías imprescindibles al desarrollo integral de la persona en una comunidad de Hombres libres, respecto de los cuales, según el mismo autor ha afirmado, se exige el respeto de los demás Hombres, de los grupos sociales y del Estado, con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo estatal en caso de infracción". Vid. "El régimen constitucional..." op. cit., pág. 125, de cuya opinión se hace eco MAPELLI CAFFARENA, B., "Principios Fundamentales ..." op. cit., pág. 155.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Desde este punto de vista, la cautela constitucional que supone su reconocimiento resultaría ciertamente superflua¹⁵⁶⁸; sin embargo, su expresa mención por legislador obedece a un intento de reafirmar la especial protección que merecen determinados derechos del interno cuya efectividad resulta esencial a la consecución de los fines a los que ha de orientarse la pena¹⁵⁶⁹. Pero a pesar de lo encomiable del propósito, la forma de dar reconocimiento a esta elemental garantía¹⁵⁷⁰ no parece muy afortunada; en el precepto puede, en particular, apreciarse cierta oscuridad que impide la delimitar su ámbito de aplicación tanto objetivo cuanto subjetivo; oscuridad a la que se añade una manifiesta imprecisión terminológica que dificulta considerablemente la determinación del alcance de la triple limitación de derechos que en él se prevé y, de este modo, el diseño del conjunto de derechos en cuya titularidad ha de mantenerse al interno.

En efecto, el art. 25.2 CE presenta como titular del derecho que en él se consagra al sujeto condenado a pena de prisión que, a nuestro juicio con error, puede llevar a entender excluidos a aquellos sujetos que hayan de cumplir una pena privativa de libertad distinta de la anterior. En opinión mayoritaria de la doctrina¹⁵⁷¹ esta explícita mención debe considerarse una mera cuestión de estilo; el legislador,

¹⁵⁶⁸ Se trata, en verdad, de facultades inherentes a la propia condición humana que el legislador constituyente se ha limitado a plasmar en la Suprema Norma del ordenamiento, a los que reconoce el más alto rango y otorga trato privilegiado. Vid. BUENO ARUS, F., "Derechos y deberes de los reclusos", op. cit., pág. 61. De la misma opinión, en la doctrina italiana, véase BREDI, B., con BONOMO, M., y DI GENARO, *Ordinamento Penitenziario e misure alternative alla detenzione*, 1980, pág. 12.

¹⁵⁶⁹ En este sentido se ha pronunciado COBO DEL ROSAL, M., y QUINTANAR OLIVARES, M., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (dir. ALZAGA VILLAAMIL), Madrid, 1996, pág. 142, y con BOIX REIG, J., *Derechos Fundamentales del condenado. Reeduación y reinserción social*, en "Comentarios a la legislación penal", Tomo I, Madrid, 1982, pág. 224.

¹⁵⁷⁰ En opinión de COBO DEL ROSAL el precepto es realmente criticable, por cuanto en él son apreciables no pocas "deficiencias de orden técnico" e "insalvables lagunas". con BOIX REIG, J., "Derechos Fundamentales del condenado ...", op. cit., págs. 218 y 224.

¹⁵⁷¹ Véanse, entre otros, COBO DEL ROSAL, M., con BOIX REIG, J., "Derechos Fundamentales del condenado ...", op. cit., pág. 224; LAMARCA PÉREZ, C., "Régimen penitenciario y Derechos ..." op. cit., pág. 221; MAPELLI CAFFARENA, B., "Principios Fundamentales ...", op. cit., pág. 153.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

también a nuestro juicio, ha optado por el empleo de una terminología penitenciaria antes que penal-sustantiva.

Junto a esta cuestión carente de mayor relevancia, conviene plantearse la de superior calado relativa a la falta de toda referencia expresa en la norma a sujetos privados de libertad por razón de su sometimiento a una medida de seguridad; ausencia que según sostiene MAPELLI CAFFARENA¹⁵⁷², puede verse compensada con el implícito reconocimiento a los mismos de ciertas garantías, deducibles de la finalidad de resocialización que se declara perseguida desde la misma norma penitenciaria.

Por razones de mera coherencia, resultaría inadmisibles que el constituyente otorgara al penado el disfrute de este ramo de derechos y, en cambio, prescindiera de hacerlo respecto de personas privadas de libertad por constituir una amenaza a la convivencia social¹⁵⁷³.

Es claro, por otra parte, que una rígida interpretación del precepto impediría la consideración como destinatario de lo en él dispuesto tanto a presos preventivos, cuanto a sujetos condenados durante el tiempo en que no se hallaren dando cumplimiento a lo resuelto. Sin embargo, parece que la expresa referencia al fallo condenatorio o al sentido de la pena no ha de ser obstáculo a la aplicación del precepto a todo individuo que, bien por consecuencia de una resolución judicial condenatoria, bien en atención a una finalidad cautelar, resulte privado de libertad¹⁵⁷⁴.

Si puede afirmarse que el precepto se orienta a la garantía de los derechos constitucionales que han de conservar quienes "transgreden los más básicos postula-

¹⁵⁷² "Principios fundamentales...", op. cit., pág. 153.

¹⁵⁷³ LAMARCA PÉREZ, C., "Régimen penitenciario ...", op. cit., pág. 222.

¹⁵⁷⁴ Como en breve se conocerá, el conjunto de la población reclusa queda sujeta a un régimen penitenciario que no atiende a la concreta condición de preventivo o penado del interno, distinción ésta, que trae causa directa de las garantías que el mismo Texto Constitucional consagra.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

dos del Estado de Derecho", puede con mayor convicción sostenerse que de ellos no ha de verse privada la persona que, por el momento, viene amparada por la presunción de inocencia.

Así las cosas, resulta conveniente averiguar el alcance de la limitación que afecta a ese genérico reconocimiento y que se traduce en una reducción de la esfera de derechos de los que el interno puede gozar; reducción que no es sino consecuencia del contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena o lo dispuesto por la legislación penitenciaria.

3.1.2. EL ALCANCE DE LA TRIPLE LIMITACIÓN CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA.

A nadie se le escapa que el condenado a una pena privativa de libertad puede venir sujeto al especial régimen de suspensión de derechos previsto en el art. 55 del Texto Constitucional y, en cualquier caso, padecer la restricción de sus derechos con mayor intensidad que el ciudadano que disfruta de su libertad de movimientos.

En este punto, sin embargo, conviene precisar que la triple limitación que aquí se analiza, al parecer, no podrá afectar a determinados derechos cuya garantía resulta de todo punto inexcusable. En verdad, junto a aquél primer reconocimiento genérico de derechos limitables, se hace mención del derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, y a los derechos al acceso a la cultura y desarrollo de la personalidad de los que, según expresa el legislador, "en todo caso" ha de gozar el recluso¹⁵⁷⁵.

En opinión de COBO DEL ROSAL y QUINTANAR OLIVARES¹⁵⁷⁶, la referencia explícita a uno y otro derecho genera un efecto opuesto al que presumiblemente

¹⁵⁷⁵ Art. 25.3º CE.

¹⁵⁷⁶ "Comentarios a la Constitución española de 1978", op. cit., págs. 142 y 143.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

pretendía. La fórmula legislativa, según afirman, opera una reducción de los derechos fundamentales del interno innecesaria habida cuenta de que todos ellos, por su inherencia a la condición humana¹⁵⁷⁷, son en principio intangibles.

En este sentido, podría afirmarse que ciertos derechos fundamentales -y no únicamente los expresamente nombrados- resultan *a priori* irreductibles, de forma tal que el legislador no sólo carece de autorización para ponerles límite sino que, contrariamente, debe orientar su actuación a impulsar los mecanismos que permitan dotarlos de realidad¹⁵⁷⁸.

Algunos otros derechos presentan, en cambio, menor capacidad de resistencia frente a las intervenciones limitativas de los poderes públicos al servicio de los fines penitenciarios. De esta característica participan, en particular, las distintas facultades subjetivas relacionadas con el régimen de comunicaciones del interno con el exterior del Establecimiento.

En cualquier caso, debe tenerse presente que el estatuto jurídico del sometido a prisión viene delimitado a partir de la influencia de un triple elemento expresado en el art. 25.2º de la Constitución y, en primer término, a partir de lo expresamente declarado en el fallo condenatorio.

Este primer elemento, en opinión que parece mayoritaria en la doctrina¹⁵⁷⁹, afecta únicamente a la libertad del individuo en su manifestación deambulatoria, como derecho efectivamente "abnegado" con el internamiento en prisión y al margen de toda privación de derechos que la misma lleve aparejada.

¹⁵⁷⁷ Léase, el derecho a la vida y a no recibir tratos inhumanos o degradantes, de valor inconmensurable, que se contiene en el art. 15 del Texto Constitucional y, asimismo, el derecho a la libertad que consagran los arts. 17 y 24 de la misma norma.

¹⁵⁷⁸ Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, A., "Naturaleza y presupuestos...", op. cit., pág. 417.

¹⁵⁷⁹ LAMARCA PÉREZ, C., "Régimen penitenciario y Derechos ...", op. cit., pág. 223, en la misma línea de opinión sostenida por BUENO ARÚS, F., "Derechos Fundamentales de los reclusos", op. cit., pág. 80 y COBO DEL ROSAL, M., con BOIX REIG, J., "Derechos Fundamentales de los reclusos ...", op. cit., pág. 225.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En el decir de MAPELLI CAFFARENA, en cambio, en el fallo condenatorio se contiene únicamente una limitación de la libertad de orden temporal; a su juicio, a diferencia del criterio anterior, en dicho elemento advierte sólo una referencia al plazo de tiempo por el cual el condenado resulta impedido del disfrute del derecho; la restricción de este último debe entenderse, pues, consecuencia del sentido de la pena, que es prisión o de privación de libertad y no otra¹⁵⁸⁰.

Por otra parte, el recorte de derechos en atención al sentido de la pena, parece hacer referencia a la imposibilidad de disfrute de aquellos derechos cuyo ejercicio resulta imposible por la naturaleza misma de la condena impuesta¹⁵⁸¹, con independencia de su expresa mención o no en el fallo.

Cierto es que, como consecuencia directa de la ausencia de libertad en que la pena consiste, el individuo queda privado de la facultad de ejercitar derechos cuyo presupuesto resulta ser la existencia de la libertad misma, de forma que se genera una especie de "efecto de simpatía" que afecta a estos otros derechos fundamentales; sin embargo, no es menos cierto que la libertad, en mayor o menor grado, es el sustrato básico de la totalidad de derechos que, como fundamentales de la persona, que nuestra Constitución proclama.

La doctrina considera¹⁵⁸² que la previsión constitucional que aquí se examina, alude a la finalidad de reeducación y reinserción social de la pena misma, al tratamiento como actividad específicamente dirigida a conseguir dichos fines y a las referencias

¹⁵⁸⁰ En opinión de parte de la doctrina, la privación de libertad es la única exclusión de derechos que puede derivarse del "fallo" condenatorio, habida cuenta de que la misma constituye, en esencia, el contenido de la pena. En este sentido, LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Naturaleza y presupuestos constitucionales ...", op. cit., pág. 415 y SOSA WAGNER, F., *Administración penitenciaria*, "Revista Administración Pública", 1976, núm. 80, pág. 103.

¹⁵⁸¹ Sirva la alusión, entre otros, al derecho de libertad de residencia o de circulación dentro y fuera del territorio nacional, o a los derechos de manifestación, asociación o reunión que consagran los arts. 19, 21 y 22 de nuestro Texto Constitucional.

¹⁵⁸² BUENO ARÚS, F., "Derechos Fundamentales de los reclusos", op. cit., pág. 80.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ambientales indispensables para obtenerlos, como son el orden, la seguridad, la convivencia y el respeto de los derechos ajenos.

Expresa por último el art. 25.2 CE que, la esfera de derechos constitucionales de la persona que ingresa en prisión viene alterada según lo que disponga la legislación penitenciaria; elemento éste, cuya determinación ha generado ciertos desencuentros doctrinales. En particular se discute si la referencia a dicha normativa lo es al "bloque de legalidad penitenciaria", constituido por la LOGP y las normas reglamentarias o si con ella se alude únicamente al primero de los Textos¹⁵⁸³.

En defensa de la primera de estas posturas puede alegarse que, la declaración constitucional ha de comprender necesariamente al Reglamento, habida cuenta de que el mismo constituye el desarrollo de la ley penitenciaria, por expresa remisión de la misma¹⁵⁸⁴; el argumento, sin embargo, es pronto replicado por quienes, teniendo presente el rango de "fundamental" de los derechos afectados, advierten de la imposibilidad de perder de vista las exigencias que derivan del también constitucional artículo 53.2º CE¹⁵⁸⁵.

En atención a esta última disposición, y por razón del necesario respeto del principio de legalidad, parece de mayor acierto considerar reservada a la norma con rango de orgánica, la capacidad de modificar el estatuto jurídico del condenado; y es asimismo claro que el precepto impone al legislador ordinario la necesidad de respeto del contenido esencial del derecho en la labor de desarrollo que le encomienda.

¹⁵⁸³ Esta última fue al parecer la intención de la modificación introducida durante la tramitación parlamentaria del precepto y consistente en la sustitución de la expresión "normas penitenciarias" por la de "ley penitenciaria", definitivamente aprobada. Vid. COBO DEL ROSAL, M., con BOIX REIG, J., "Comentarios a la legislación penal...", op. cit., pág. 225.

¹⁵⁸⁴ BUENO ARÚS, F., "Derechos Fundamentales ...", op. cit., pág. 79.

¹⁵⁸⁵ Como acertadamente señala LÓPEZ BENÍTEZ "los derechos fundamentales y libertades son valores estructurales también en el interior de la cárcel". "Naturaleza y presupuestos...", op. cit., pág. 415.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esta última cuestión conecta con la más amplia relacionada con las garantías que, con carácter general, han de observarse a la hora de introducir restricciones en el ejercicio por el interno de sus más elementales derechos; en este punto, puede sin dificultad afirmarse que la limitación del derecho en absoluto ha de alcanzar a su contenido esencial; ahora bien, la observancia de esta última exigencia, por lo que respecta marco penitenciario, hace obligado el situar dicha barrera a distinta altura.

No es idéntico, pues, el contenido esencia de los derechos de los que disfruta el recluso a aquél que se predica como contenido esencial de una concreta libertad del ciudadano libre¹⁵⁸⁶. La libertad, particularmente, al resultar negada por el fallo condenatorio, pierde su contenido propio en el ámbito de la Institución Penitenciaria¹⁵⁸⁷.

En este sentido, no falta razón a LAMARCA PÉREZ cuando afirma que "la ley penitenciaria podrá incorporar ciertos límites que no lesionen el contenido esencial del derecho que aparece configurado a través del fallo condenatorio y del sentido de la pena"¹⁵⁸⁸. Esta afirmación, a nuestro juicio acertada, marca la guía que ha de seguirse en el desarrollo de los más elementales derechos de la persona presa.

3.2. LOS DERECHOS PENITENCIARIOS DEL INTERNO.

Las especiales características que rodean la vida en prisión hacen precisa, junto a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales reconocidos como fundamentales de la persona¹⁵⁸⁹, una actuación del legislador en orden a la creación o

¹⁵⁸⁶ LAMARCA PÉREZ, C., " Régimen penitenciario y Derechos ...", op. cit., pág. 225; LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Naturaleza y presupuestos...", op. cit., pág. 414.

¹⁵⁸⁷ JIMÉNEZ BLANCO, A., con JIMÉNEZ BLANCO, G., MAYOR, P., y OSSORIO, L., "Comentario a la constitución...", op. cit., pág. 318.

¹⁵⁸⁸ LAMARCA PÉREZ, C., "Régimen penitenciario y Derechos...", op. cit., pág. 225.

¹⁵⁸⁹ Como acertadamente expone LÓPEZ BENÍTEZ, de muy poco serviría afirmar que el recluso es portador de derechos fundamentales si después no se aseguraran y pusieran las condiciones fácticas

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

favorecimiento de las condiciones que impidan la conversión de éstos últimos en meras declaraciones retóricas.

Se hace preciso, en efecto, que "el Derecho, como elemento garantizador, discipline minuciosamente la situación del interno, en relación con la sociedad que le sanciona y desea su plena reintegración a la misma¹⁵⁹⁰"; de ahí que, recibido el testigo del constituyente, el legislador penitenciario se detenga en el diseño del que resulta ser el estatuto jurídico definitivo del condenado.

En verdad, este último se configura a partir del expreso reconocimiento de una suma de facultades derivadas de la especial relación de sujeción con la Administración penitenciaria nacida con su ingreso en el Centro; facultades subjetivas que pueden entenderse reflejo en este ámbito de los distintos derechos de cuya titularidad le inviste el Texto Constitucional como persona y miembro de una comunidad social¹⁵⁹¹.

necesarias para hacer realidad tales derechos; ello explica la mayor densidad en la regulación que ha de acometer el legislador y, por ende, la mayor extensión de la regulación que viene remitida al reglamento. "Naturaleza y presupuestos ...", op. cit., págs. 405 y 406.

¹⁵⁹⁰ Es consciente GUZZINI de que, efectivamente, el condenado tiene una deuda con la sociedad y la está pagando precisamente con la pérdida de libertad; pero, como bien advierte, la sociedad organizada y sus instituciones tienen también deberes que cumplir frente a ellos si, como declara, pretende su reinserción en la misma como uno más de sus miembros. Vid. *Il carcere trasparente*, Roma, 1987, pág. 69. De la misma opinión DELLA CASA, F., *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1992, pág. 3.

¹⁵⁹¹ Sin ánimo de exhaustividad, y como muestra del respeto por el legislador penitenciario de la personalidad y dignidad humanas, puede nombrarse el reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad moral y física, a los que se refiere en su art. 3.4º, al imponer a la Administración la obligación de proporcionar alimentación suficiente y vestimenta adecuada al interno (art. 21.1) y de garantizar la asistencia sanitaria precisa (arts. 36 a 40 de la LOGP) las condiciones de higiene necesarias (art. 19.2º) o el descanso nocturno (art. 25.2º).

Asimismo se incluye la garantía de manifestaciones del derecho a la libertad distintas de la de movimientos, como la libertad religiosa -constitucionalmente consagrada en el art. 16- en los arts. 54 y 51.3º, éste último al permitir la comunicación con ministros de su religión o representantes de la Iglesia; se reconoce asimismo en este ámbito, el derecho al Honor, mediante el respeto del derecho del interno a ser designado por su propio nombre y a comunicarse en su propia lengua, así como el derecho al respeto de la dignidad de la persona en la realización de traslados (art. 18 LOGP), en registros y cacheos(art. 23), en el trabajo (art. 26) o como límite en lo que a la utilización de métodos de tratamiento se refiere.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ahora bien, aquellos derechos reconocidos al privado de libertad por su sola condición de penado, al ser creados por la legislación positiva, resultan susceptibles de revocación y por la misma razón, la posibilidad de ejercitarlos ha de ser objeto de autorización por parte de los órganos administrativos o judiciales¹⁵⁹².

Un amplio sector de nuestra doctrina, en cualquier caso, reconoce en las facultades arbitradas por la norma penitenciaria, la configuración de auténticos derechos subjetivos¹⁵⁹³. La LOGP, como en breve se conocerá, consagra todo un cuerpo de derechos que, bien relacionados con el régimen penitenciario¹⁵⁹⁴, bien relativos al tratamiento¹⁵⁹⁵, asisten al sujeto desde el momento de su ingreso en el Establecimiento Penitenciario, en ocasiones acompañados de un mandato dirigido a los órganos de la Administración en el intento de dotarlos de realidad y efectividad plena.

Como ciudadanos del Estado, la LOGP reconoce a los internos en su art. 3.1º la posibilidad de ejercitar derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales e, incluso, el derecho al sufragio, de no ser incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.

¹⁵⁹² PAZ RUBIO, JMª., con GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., MARTÍNEZ ATIENZA, G., ALONSO MARTÍN-SONSECA, M., *Legislación penitenciaria. Concordancias, comentarios y jurisprudencia*, Madrid, 1996, pág. 49; RODRÍGUEZ ALONSO, A., "Lecciones de Derecho Penitenciario", op. cit., pág. 49.

¹⁵⁹³ Considera DELLA CASA que, en el marco de una concepción reeducativa de la pena, "al condenado se ha de reconocer la titularidad de situaciones subjetivas activas frente a la Administración penitenciaria", que, según sus palabras, no son sino "corolarios que se hallan incluidos en la esfera de actuación del magistrado encargado de la vigilancia penitenciaria". Vid. "La magistratura de sorveglianza", op. cit., pág. 3.

¹⁵⁹⁴ Éste último, entendido como el conjunto de normas y medidas dirigidas a la ordenación de la vida en prisión, en garantía del éxito de los fines perseguidos, según expresa el art. 73 RP, "la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos".

¹⁵⁹⁵ En caso alguno ha de entenderse el tratamiento como deber u obligación inexcusable del interno; contrariamente, constituye un derecho a su disfrute y una imposibilidad de obligar al interno a su acatamiento, de forma tal que la negativa a someterse al mismo no puede comportar consecuencia jurídica negativa alguna para la persona que actúa en ese sentido. En esta línea de opinión, véanse COBO DEL ROSAL, M., y BOIX REIG, J., "Derechos Fundamentales de los reclusos", op. cit., pág. 223.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

3.2.1. LA RESTRICCIÓN DE LA ESFERA DE DERECHOS INHERENTES A LA CONDICIÓN DE RECLUSO.

El articulado de la LOGP se inaugura prácticamente con la máxima según la cual, la actividad penitenciaria ha de ejercerse con respeto de la "personalidad humana de los reclusos, y los derechos e intereses jurídicos de éstos no afectados por la condena¹⁵⁹⁶"; y, en lo que resulta expresión clara del derecho a la igualdad que consagra el artículo 14 de la Norma Fundamental, en absoluto se admiten diferencias de trato entre la población reclusa motivada por razones de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza.

Por su parte, el Reglamento Penitenciario reproduce en idénticos términos dicha declaración, con la que abre paso -y en ello supera a la norma reglamentaria derogada- a la relación de derechos de los que el interno puede valerse por el tiempo de permanencia en prisión¹⁵⁹⁷; de entre los muchos previstos, y por lo que al interés de este estudio se refiere, merece especial mención el derecho que al condenado se reconoce a mantener el contacto con ciertas personas procedentes del exterior de la prisión y, en particular, con su Abogado defensor.

Conviene sin embargo precisar que esta última facultad no es sino manifestación del derecho a la libertad de las comunicaciones privadas que el Texto Constitucional reconoce en el art. 18.3º CE que, por razón de los sujetos intervinientes, involucra en el juego al derecho a la asistencia letrada y defensa técnica que consagran los arts. 17 y 24 CE de los que igualmente ha de gozar durante el tiempo de permanencia en prisión.

¹⁵⁹⁶ Véase el art. 3º LOGP.

¹⁵⁹⁷ De los mismos y de la posibilidad de su disfrute, según lo expresado en los arts. 49 LOGP y 4.2 k) del RP, habrá de darse efectivo conocimiento al recluso en el momento de su ingreso en el Establecimiento.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Pero si cierto es que el penado ha de ser mantenido en el disfrute de aquellos derechos que no se opongan a la privación de libertad¹⁵⁹⁸, no lo es menos que las previsiones contenidas en la LOGP y su reglamento proyectan sus efectos sobre la esfera de derechos del interno; proyección, que se traduce en un estrechamiento de los márgenes que delimitan su estatuto jurídico¹⁵⁹⁹; pero, ese efecto globalizador no impide la singularización de los diferentes criterios en atención a los cuales el legislador entiende conveniente limitar los derechos del interno.

3.2.1.1. Concretos criterios de limitación de los derechos de carácter penitenciario.

Llegados a este punto, a nadie se le escapa que el privado de libertad padece importantes restricciones en su esfera de derechos por razón de las exigencias que impone el régimen penitenciario arbitrado por la LOGP para la ordenación de las condiciones de vida en prisión; régimen al que, con independencia de su condición de preventivo o penado, viene sujeto desde que tiene lugar su ingreso en el Establecimiento¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁸ Esta verdad incontestable resulta, en opinión de LOPEZ BENÍTEZ, excesivamente idealística o utópica. Según advierte el autor, el solo hecho de encontrarse privado de libertad convierte al sujeto en objeto de gobierno de otros y, en consecuencia, lo sitúa en la obligación de depender de la iniciativa o, cuanto menos, del consentimiento de quienes le someten a custodia para la satisfacción de cada elemental exigencia.

¹⁵⁹⁹ Como expresamente declara MAPELLI CAFFARENA, "frente a cada horizonte de derechos que se abre para el recluso, surge automáticamente la posibilidad de que éstos se vean restringidos por razones de convivencia, de seguridad o terapéuticos". Vid. "Principios Fundamentales ...", op. cit., pág. 159.

¹⁶⁰⁰ Régimen que, como ya se apuntara, resulta diverso en función del grado de clasificación del interno y del Establecimiento al que, en consecuencia, viene destinado. Sin embargo, las diferencias que los separan no han de ser esenciales, sino referidas a concretas necesidades impuestas por razón de las especiales circunstancias tenidas en consideración en orden a la mencionada clasificación penitenciaria. En particular, conviene hacer alusión al especial régimen al que se sujeta el cumplimiento de las penas privativas de libertad en Establecimientos de régimen cerrado o departamentos especiales al que se refiere el art. 10 LOGP. A éstos últimos se destina a aquellos penados calificados de peligrosidad extrema o inadaptados a los regímenes ordinario y abierto; sin embargo, no parece *a priori* excluirse la posibilidad de someter al citado régimen -con carácter extraordinario y siempre con absoluta separación de los penados- de internos preventivos en los que, concurriendo

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Asimismo, el ejercicio por el interno de sus derechos puede verse alterado por razón de las distintas necesidades surgidas con ocasión de la aplicación del tratamiento penitenciario que, del mismo modo que el régimen, se orienta al logro de los fines de reeducación y reinserción social que han de presidir el cumplimiento de la penas.

Sin detenernos en los detalles, conviene precisar que la peligrosidad o agresividad apreciada en la persona del interno puede resultar determinante de su ingreso en un Establecimiento de régimen cerrado o departamento especial, y quizás del empleo de medios coercitivos que impidan actos de violencia o causación de daños a personas o cosas, o motivar su aislamiento en celda si, de forma reiterada, su actitud pone en peligro la perfecta convivencia en el Centro.

Esta peculiar característica de la personalidad del recluso -que, como en adelante se hará notar, se presume a internos pertenecientes o relacionados con bandas terroristas- no debe conducir, necesariamente, a la adopción de especiales y onerosísimas medidas de las que, no siempre fundadamente, han resultado ser únicos destinatarios.

La preservación de la seguridad y el buen orden del Establecimiento son, en ocasiones, motivos bastantes para distorsionar el normal ejercicio de los derechos por parte de los reclusos; así pues, planteadas situaciones de grave alteración del orden en un Centro, podrá llegar a acordarse la suspensión de los derechos del interno¹⁶⁰¹. Sin embargo, la medida resultará de aplicación, exclusivamente, en circunstancias de

las circunstancias anteriores, pueda apreciarse manifiesta inadaptación al régimen que en principio les corresponde.

Este excepcional régimen, según declara la misma norma penitenciaria, se caracteriza esencialmente por "una limitación de las actividades en común de los internos y un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine". (Véase lo dispuesto en los arts. 74.4º y dentro del capítulo IV, y los arts. 89 y ss. del nuevo RP, así como los arts. 96.2º y 97 del mismo Texto).

¹⁶⁰¹ Véase la Disposición Final 2º de la LOGP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

violencia generalizada que, por su magnitud, desbordan la capacidad de respuesta de los funcionarios penitenciarios; violencia, que ha de traducirse en un riesgo innecesario a las personas y/o cosas, y entrañar el efectivo ataque a unas y otras, hasta el punto de hacer precisa la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatales para neutralizarlas.

A este respecto, considera de forma unánime la doctrina que el acuerdo de suspensión exige la concurrencia de un doble requisito, cual es la presencia de una grave y generalizada situación de anormalidad y la necesaria intervención, por razón de su magnitud, de las Fuerzas y Cuerpos de Policía estatales.

Sin embargo, como propone MANZANARES SAMANIEGO¹⁶⁰², parece más acertado invertir el orden de los presupuestos exigidos, de manera que la suspensión del derecho venga siempre precedida de la constatación de la gravedad del desorden y simultánea solicitud de intervención a los órganos públicos y no al contrario.

Asimismo, se ha de tener presente que la suspensión acordada habrá de ser sólo temporal y, en consecuencia, permanecer únicamente el tiempo imprescindible para restaurar el orden perturbado; ello no obstante, a tenor de lo dispuesto por el legislador penitenciario, parece admisible una prolongación de su vigencia - excepcional en cualquier caso- dirigida a afianzar la situación de normalidad restaurada y evitar nuevos estallidos de violencia en el seno del Establecimiento¹⁶⁰³.

Es, en cambio, cuestión incierta y controvertida la relativa al alcance de esta eventual alteración en el ejercicio de los derechos en prisión. La norma penitenciaria, en verdad, con manifiesta imprecisión previene una posible "suspensión parcial" de los derechos que la misma reconoce a todo interno, en principio sin excepciones, de

¹⁶⁰² *Las disposiciones finales*, en "Comentarios a la legislación penal", Madrid, 1986, Tomo VI, Vol. 2, pág. 1208.

¹⁶⁰³ MANZANARES SAMANIEGO, JL., "Las disposiciones finales ...", op. cit., pág. 1211.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

forma que nada parece evitar que la medida alcance a aquellos de sus derechos fundamentales no afectados por la condena.

En cualquier caso, a la vista de la explícita mención, se ha de descartar una eventual suspensión simultánea del completo cuadro de derechos cuyo disfrute ha de asegurarse al interno durante el tiempo de cumplimiento de la pena o por aquél en que permanece privado de libertad con finalidad cautelar.

Debe tenerse presente que, a pesar de que guarda con él cierta conexión, no parece del todo acertado incardinar la medida en el marco definido por el art. 55. 1º de la Constitución española; la misma, en opinión del autor antes citado, ha de interpretarse y venir referida exclusivamente a los derechos de naturaleza penitenciaria que la norma consagra, quedando al margen aquellos que derivan directamente del Texto Constitucional.

De este modo, parece incurrirse en cierta contradicción que la doctrina ha propuesto salvar atendiendo, no solo a un sentido horizontal, sino a un sentido vertical del término "parcialidad", de suerte que la suspensión prevista pueda entenderse referida, bien a la totalidad de un único derecho, bien a distintos aspectos del mismo que impida que, aun cuando padezca restricciones, el derecho no resulte completamente anulado.

Sea como fuere, por lo que a los efectos de esta investigación interesa, ha de señalarse que a esta posible suspensión, evidentemente, es sensible el derecho del interno a mantener el contacto con el exterior de la prisión, y por ende, el específico régimen de comunicaciones y visitas previstas en la Ley Penitenciaria y su reglamento.

Este último derecho, qué duda cabe, resulta ser manifestación en este ámbito del derecho a la libertad de las comunicaciones privadas consagrado en el art. 18.3º CE, pero, desde el momento en que la comunicación que se somete a vigilancia o

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

control tiene lugar entre el interno y su Abogado defensor, viene afectado el también fundamental derecho a la asistencia letrada y defensa técnica del que ha de gozar el interno mientras se halle dando cumplimiento a la pena.

3.3. EL DERECHO DEL INTERNO A LA LIBRE COMUNICACIÓN CON EL ABOGADO DEFENSOR EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.

No puede ponerse en duda, y así lo ha hecho saber el Alto Tribunal Constitucional¹⁶⁰⁴, que "los internos de un Centro penitenciario son también titulares del derecho al secreto de las comunicaciones y, ni el fallo condenatorio, ni el sentido de la pena o la legislación penitenciaria suspenden el derecho invocado durante el tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad¹⁶⁰⁵".

Ahora bien, corresponde al legislador determinar los específicos márgenes a los que se ha de ajustar su ejercicio, y es por ello que la LOGP y el Reglamento, atendiendo a las peculiaridades de la relación penitenciaria, se encargan de precisar el modo en que el recluso disfruta del mencionado derecho fundamental.

En este punto se ha de tener presente asimismo que el marco normativo del derecho a las comunicaciones de las que el condenado a pena de prisión puede gozar, según expresa una consolidada doctrina jurisprudencial, viene determinado no sólo por el citado art. 18.3 de la CE, sino primordialmente por lo que dispone el art. 25.2º del mismo Texto; precepto éste que incide sobre los derechos fundamentales de los reclusos y es configurador de un peculiar y propio estatuto jurídico¹⁶⁰⁶.

Pero, en atención, a la singularidad de los sujetos que intervienen en el desarrollo de las específicas comunicaciones que a nuestro estudio interesan -de un lado, la

¹⁶⁰⁴ STC 128/1997, de 14 de julio, FJ 4º.

¹⁶⁰⁵ STC 170/1996, de 3 de diciembre, en su FJ 4º.

¹⁶⁰⁶ STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2º

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

persona privada de libertad y de otro, aquella que le representa y defiende- determinan la interacción, si no auténtica prevalencia, de dos nuevos preceptos constitucionales, cuales son los arts. 17. 3º y 24 CE, en los que se consagra el derecho a la asistencia letrada y defensa técnica cuya garantía ha de ser igualmente preservada.

El reconocimiento de estos últimos al privado de libertad se traduce, en efecto, en el conferimiento de la facultad de valerse de los servicios suministrados por un técnico en derecho por todo el tiempo de cumplimiento de la pena. Como más tarde se tendrá ocasión de constatar, el RP -en desarrollo de las previsiones de la LOGP- le otorga el derecho a formular peticiones y quejas ante autoridades penitenciarias y judiciales (...), o a dirigirse a los órganos competentes y a utilizar ante ellos los medios de defensa de sus derechos e intereses que reúne el Capítulo V del Título II de dicha norma¹⁶⁰⁷; y es claro que, la formulación de peticiones y quejas a autoridades penitenciarias o de recursos ante el Juez de Vigilancia, es terreno donde el auxilio de un Abogado -bien de confianza, bien de oficio- resulta necesario y muy decisivo de cara a su eficacia.

Pero, a pesar de la consagración normativa de los derechos aquí aludidos, lo cierto es que el paso de la mera declaración a su efectividad real, en las situaciones de privación de libertad, y por consecuencia de la misma, obliga a superar más de una barrera. El interno, como con acierto se ha señalado, queda en cierta forma desprotegido, ante la dificultad con la que puede acceder a las garantías -insuficientes, en cualquier caso- que se arbitran en defensa de sus legítimos intereses.

Prescindiendo de reiteraciones innecesarias acerca de la necesidad y no sólo conveniencia de la intervención del Letrado durante la fase de ejecución como eficaz instrumento de defensa, conviene a continuación examinar el modo en que, en

¹⁶⁰⁷ Véase lo dispuesto por el art. 4º RP, que reconoce a condenados e internos la facultad de ejercitar personalmente los derechos que para ellos se derivan de la presente ley, a pesar de que se encuentren en estado de interdicción legal.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

particular, recibe protección el derecho que a todo interno ha de garantizarse a mantener comunicación reservada con su Abogado defensor, como instrumental a aquella otra garantía que igualmente le asiste a recibir asistencia y defensa técnica por el tiempo de su permanencia en prisión¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰⁸ Con el propósito de evitar extralimitaciones imperdonables del objeto de estudio ha de obviarse el análisis de los distintos instrumentos arbitrados por el ordenamiento para la salvaguarda de éste, como el resto de los derechos que integran el *status detentionis* de individuo y, muy especialmente, de los extremos de la función que se encomienda a la autoridad judicial que nace como su principal garante, según declara la STC 2/1987, de 2 de enero, y con la misión de fiscalizar la actividad desarrollada por los órganos pertenecientes a la Administración, cual es el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Baste, pues, la referencia de distintos estudios interesantísimos para un conocimiento en profundidad de la labor de salvaguarda de los derechos del interno que dicha autoridad judicial desarrolla; así, sin ánimo de exhaustividad, véanse ALONSO DE ESCAMILLA, A., *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1985; BUENO ARÚS, F., *El Juez de vigilancia penitenciaria y los derechos de los penados*, "Rev. La Ley", 1978, núm. 4, pág. 954; DOÑATE MARTÍN, A., *Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: naturaleza, órganos y competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pág. 42; GONZÁLEZ CANO, M^ªI., *La ejecución de la pena privativa de libertad* Valencia, 1994 (aunque, en esta obra se ha manejado el Texto que, con el mismo título, constituyó la tesis doctoral defendida por la autora en Madrid, 1993, págs. 409 a 473, especialmente; MARTÍN CANIVELL, J., *El Juez de vigilancia penitenciaria (I)*, (Atribuciones), "Comentarios a la legislación penal", op. cit., Tomo VI, Vol. 2º, 1109 a 1113, y del mismo autor, *La Disposición Transitoria Primera*, en Comentarios a la LOGP, Tomo VI, pág. 119; MANZANARES SAMNIEGO, J.L., "La problemática actual del Juez de Vigilancia Penitenciaria", op. cit., pág. 8; MORENO CATENA, V., "El proceso penal ...", op. cit., pág. Vol. V., pág. 3681 a 3684; PAZ RUBIO, J.M^ª., "Legislación penitenciaria", op. cit., pág. 797 a 841; RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad*, Madrid, 1999, págs. 79 y 80; RODRÍGUEZ ALONSO, A., "Lecciones de Derecho Penitenciario", op. cit., págs. 59 a 65, especialmente. TAMARIT SUMALLA, J.M^ª., con SAPENA GRAU, F., GARCÍA ALBERO, R., *Curso de Derecho Penitenciario*, Barcelona, 1996, pág. 244 a 246.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

III. PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DERECHO AL SECRETO DE LA COMUNICACIONES.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

1. PRELIMINAR.

A lo largo de estas páginas se ha venido insistiendo en la exigencia, de raíz constitucional, de mantener al interno en el disfrute íntegro de todos aquellos derechos compatibles con su privación de libertad; esta última, qué duda cabe, contiene un componente aflictivo -ineliminable por lo connatural al hecho mismo de la falta de libertad- que no debe ser artificiosamente agravado más allá de lo estrictamente necesario para asegurar el *status detentionis*¹⁶⁰⁹.

Es por ello que, en el diseño del particular estatuto jurídico del interno, se hace preciso evitar toda restricción de sus derechos -siempre presente, en mayor o menor grado- que pueda resultar innecesaria, inadecuada o excesiva¹⁶¹⁰.

La vida en prisión, en verdad, ha de tomar como referencia la vida en libertad en un intento de minimizar todo efecto negativo que pudiera derivarse del internamiento¹⁶¹¹ e impedir, de este modo, la absoluta ruptura del recluso con el mundo externo al Establecimiento y la exclusión definitiva del sujeto de la comunidad social¹⁶¹² de la que ha de quedar segregado sólo por un espacio limitado de tiempo¹⁶¹³.

¹⁶⁰⁹ GREVI, V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bolonia, 1981, pág. 541.

¹⁶¹⁰ STC 175/1997, de 10 de octubre, FJ 4º

¹⁶¹¹ La actividad penitenciaria, según precisa el art. 3.3º de la LOGP, "se ha de ejercer respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza".

¹⁶¹² Según el mismo TC ha manifestado, los internos "no son seres eliminados de la sociedad sino miembros de la misma aunque sometidos a un particular régimen jurídico, motivado por su comportamiento antisocial y a un particular régimen encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones". Vid. STC 175/1997, de 27 de octubre.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Consciente de lo anterior, el legislador penitenciario de los últimos años ha potenciado las relaciones de los internos con el exterior, a partir del reconocimiento a los mismos de la facultad de recibir visitas y mantener contactos, tanto orales cuanto escritos, con personas ajenas al Centro Penitenciario¹⁶¹⁴.

En efecto, en la Ley penitenciaria y su reglamento se contiene el régimen al que han de someterse las comunicaciones que al sujeto preso se autoriza a mantener y que, como de inmediato podrá constatarse, resulta diverso en función de los sujetos intervinientes en el desarrollo de la comunicación.

Esto último encuentra pronta justificación si se tiene presente que, el contacto con determinadas personas y muy particularmente el que tiene lugar con su Abogado, no es sino presupuesto de la efectividad de derechos igualmente elementales cuya titularidad conserva y de los que habrá de servirse por todo el tiempo en que permanezca en prisión, al efecto de ver tutelados sus derechos e intereses legítimos.

Ciertamente, por su sola condición de persona, el interno ha de ser mantenido en el disfrute de cuantos derechos el Texto Constitucional reconoce, a excepción de aquellos cuya privación constituye, precisamente, el contenido de la sentencia, se derive del sentido de la pena o así prevea la LOGP; derechos, para cuyo ejercicio puede servirse de ciertas facultades subjetivas consagradas en la norma penitenciaria¹⁶¹⁵.

Sin embargo, de una rápida mirada a la legislación penitenciaria, la impresión que se obtiene es la falta de efectividad plena en este ámbito de alguno de los más

¹⁶¹³ EDIT, HH., "Verkehr des Gefangenen mit der Aussenwelt ...", op. cit., pág. 379; KAISER, J., *Strafvollzug*, Karlsruhe, 1974, pág. 234; LAUBENTHAL, K., "Strafvollzug", op. cit., págs. 174 y 175.

¹⁶¹⁴ Asimismo posibilita la recepción por el privado de libertad de información relativa a la vida extrapenitenciaria y de paquetes o encargos.

¹⁶¹⁵ Vid. Art. 3 LOGP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

elementales derechos constitucionales y, entre otros, del derecho fundamental a la libertad de las comunicaciones que aquí se examina.

En efecto, el disfrute del derecho al secreto de las comunicaciones privadas en prisión, en general y, con Abogados y procuradores, en particular, se enfrenta a ciertas dificultades que resultan, tanto de la necesaria autorización por parte de los órganos administrativos o jurisdiccionales que pueden revocarla, cuanto de auténticas cortapisas consistentes en la posibilidad de introducir en su esfera de ejercicio, intromisiones intensísimas hasta el punto de hacerlo impracticable o irreconocible.

Así las cosas, interesa averiguar el grado de protección que, en el marco penitenciario, recibe la relación del interno con la persona de su Abogado en el ejercicio del fundamental derecho de asistencia y defensa técnica; con ese propósito, ha de analizarse la facultad que al interno se reconoce de recibir la visita y mantener con el Letrado entrevistas y correspondencia y, muy especialmente, la posibilidad legalmente prevista de limitar dicha comunicación en atención a un fin o fines cuya búsqueda igualmente interesa; no se olvide que, del ajuste de dichas medidas limitativas a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, depende su legitimidad desde el punto de vista constitucional.

Este recorrido a través de los distintos preceptos de la LOGP y su reglamento ha de acompañarse de la atención no sólo de aquello que dispone la Norma Fundamental, sino los distintos instrumentos jurídicos de ámbito supranacional dedicados a la salvaguarda de los derechos inherentes a la condición humana.

En especial, habrá de acudir a las previsiones contenidas en los arts. 8 y 6.3º b) y c) CEDH así como a la jurisprudencia emanada de su máximo intérprete -acompañada de la opinión manifestada por la Comisión- en multitud de asuntos sometidos a su conocimiento; pero asimismo ha de atenderse a las contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el Pacto

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, como fuentes de interpretación ineludibles de éste, como el resto de derechos constitucionales consagrados con el rango de fundamentales de la persona¹⁶¹⁶.

Por último, no puede silenciarse cierta precisión que justifica el tratamiento de la materia conforme al esquema descrito -referida a la persona privada de libertad como titular del derecho a comunicar y, en consecuencia, sujeto pasivo de eventuales injerencias estatales- cual es la advertencia de que la práctica totalidad de las previsiones contenidas en la LOGP y en el Reglamento son de aplicación a todo interno con independencia de su situación procesal o penitenciaria, de suerte que tanto el sujeto condenado cuanto el privado de libertad con finalidad cautelar quedan bajo sus dictados; ello, en ocasiones, entraña un fraude a los principios que, según la misma LOGP declara, han de informar el régimen de cumplimiento que a uno y otro corresponde¹⁶¹⁷.

Ello, en particular y por lo que a este estudio interesa, se manifiesta en la sujeción a detenidos o presos y penados a un mismo régimen de comunicaciones y visitas en el Centro Penitenciario y, en consecuencia, la afectación a todos ellos de límites idénticos en el ejercicio de la mencionada facultad de comunicar. Esto último, sin embargo, resulta inadmisibles a la vista de lo expresado por la misma ley penitenciaria que señala la presunción de inocencia como principio informador del "régimen de preventivos" que, por esa sola razón, debiera diferir sustancialmente del llamado a regir la vida del condenado en el interior del Establecimiento Penitenciario.

Esta realidad hace obligado que, si en un primer momento es genérica la referencia a las posibilidades de comunicación con Abogados del conjunto de la población reclusa, más tarde haya de atenderse a la distinta posición en que habría de situarse al

¹⁶¹⁶ Art. 10.2º CE.

¹⁶¹⁷ Vid. Arts. 1 y 5 de la LOGP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

sujeto que se halla en prisión en espera de juicio frente a eventuales intromisiones en sus derechos¹⁶¹⁸.

Es más, si se conviene en que la limitación que ha de operarse sobre el régimen de derechos de los distintos individuos que integran la prisión no puede ser idéntico, no puede sino dudarse de la legitimidad constitucional de la aplicación a todos ellos, en la misma medida y orientados a los mismos fines, de los límites penitenciariamente previstos.

2. RECONOCIMIENTO Y LÍMITES DEL DERECHO A LAS COMUNICACIONES CON ABOGADOS EN PRISIÓN.

Con anterioridad se señalaba que, el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones privadas y, en especial, las mantenidas con la persona a quien se encomienda la defensa, halla su reconocimiento -aunque, sin expresa referencia al sujeto privado de libertad- en distintos Cuerpos normativos de ámbito supranacional, entre los que merecen señalarse la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus arts. 12 y 17, respectivamente¹⁶¹⁹, y los ya nombrados arts. 8º y 6.3 c) del CEDH en torno a los cuales se ha tenido ocasión de reflexionar.

¹⁶¹⁸ De este modo se pretende evidenciar las consecuencias que se derivan de tan inconcebible asimilación que defrauda el que se anunciaba como propósito de la reforma penitenciaria operada en 1996. Vid. Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero.

¹⁶¹⁹ En su art. 12, la DUDH expresa que "nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y su reputación" y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". Casi en idénticos términos se halla formulado el art. 17 PIDCI de 1966.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Este reconocimiento es sólo implícito en alguno de los Textos Internacionales nacidos de la preocupación por garantizar los derechos de las personas privadas de libertad; en particular, las Resoluciones de 31 de julio de 1957 y 13 de mayo de 1977, sobre Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos¹⁶²⁰, entre las que anuncia como reglas de general aplicación, menciona la posibilidad de los reclusos de mantener contactos periódicos, con la debida vigilancia, con el mundo exterior a la prisión¹⁶²¹.

Explícita es, sin embargo, la alusión al mismo derecho reconocido a las personas detenidas o en prisión preventiva; el acusado, según expresa el art. 92 del último de los Textos antes citados, ha de gozar de las facilidades razonables para comunicarse y recibir visitas de personas ajenas al Establecimiento, con la "reserva de las restricciones y vigilancia necesaria en interés de la Administración de Justicia, de la seguridad y buen orden del establecimiento"; el mismo, viene autorizado a solicitar la designación de un defensor y a recibir su visita en el Centro a propósito de su defensa, para preparar y dar a éste instrucciones confidenciales, también de forma escrita¹⁶²².

Asimismo, integrado el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, cuyo Texto figura como Anexo de la resolución 43/173, de 8 de diciembre, de la Asamblea General de Naciones Unidas, el número 18 de los aprobados expresa que, "toda persona detenida o presa, tendrá derecho a comunicarse y consultar con un Abogado" para lo cual, habrá de gozar del "tiempo y medios adecuados".

¹⁶²⁰ Véase asimismo, el Informe de la Comisión europea 1270/6 emitido con ocasión del asunto ILSE y KOCH.

¹⁶²¹ Vid. Arts. 37 a 39 de las Reglas Mínimas europeas para el tratamiento de los reclusos.

¹⁶²² Art. 93 de las Reglas mínimas para tratamiento de detenidos y presos; la comunicación entre ambos -según expresamente declara el precepto- habrá de ser sólo vigilada visualmente sin ser escuchada por funcionario policiales o del Establecimiento Penitenciario. La observancia o no por el legislador español de esta última garantía es, precisamente, el eje fundamental en torno al cual giran las reflexiones que se contienen en el presente capítulo.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Es más, el mismo principio en su párrafo 3º manifiesta sin reservas que el mencionado derecho de detenidos y presos a "ser visitados por su Abogado y a comunicarse con él sin demora, sin censura y en régimen de absoluta confidencialidad"¹⁶²³, no podrá suspenderse ni restringirse salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un Juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden"¹⁶²⁴.

El reconocimiento del derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones privadas, y muy particularmente de aquellas que mantiene con el sujeto que ha de prestarle asistencia y defensa, es solo implícito en la Norma Constitucional, derecho éste, que el interno conserva y del que podrá valerse por todo el tiempo en que se hallare preso.

Como se adelantaba, el marco constitucional del derecho a las comunicaciones de las que puede gozar el condenado a pena de prisión y reclusión en un establecimiento penitenciario, según expresamente ha declarado el TC¹⁶²⁵, "viene determinado no sólo por lo dispuesto en el art. 18.3º CE" -en garantía del derecho al secreto de las mismas salvo resolución judicial- sino también y primordialmente, por el art. 25 en su párrafo 2º del mismo Texto¹⁶²⁶, pues es éste el que constituye la norma aplicable a los

¹⁶²³ De ahí que, según precisa ese art. 18 en su párrafo 4º, "las entrevistas entre la persona detenida o presa y su Abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación".

¹⁶²⁴ Véase el Texto recogido en el Boletín Ministerio Justicia (BOMJ, en adelante) núm. 1518, pág. 137. En este punto, conviene precisar que a los fines de la aplicación del "Conjunto de Principios", se considera "detenida" a toda persona privada de la libertad, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito, mientras se entienda por persona "presa" a la privada de ese bien por esta última causa. Vid. op. cit., pág. 135.

¹⁶²⁵ STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2º.

¹⁶²⁶ Asimismo, en respuesta al mandato constitucional contenido en el art. 10. 2º de la CE, ha de atenderse a lo dispuesto en distintos Acuerdos y Tratados de ámbito internacional -y, fundamentalmente, en el art. 8 de la CEDH- de conformidad con los cuales han de ser interpretados los distintos preceptos constitucionales señalados.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

derechos fundamentales de los reclusos que (...) adquieren un *status* propio, que se configura como una relación de sujeción especial"; pero, en cualquier caso, y desde el momento en que se ven afectadas las especiales comunicaciones mantenidas con letrado, viene involucrado en el juego el derecho a la defensa que consagra el art. 24 de la misma Norma Fundamental.

Según el mismo Tribunal precisaba¹⁶²⁷, "ni el fallo condenatorio, ni el sentido de la pena suspenden el derecho invocado durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad"; ahora bien, la LOGP y el Reglamento se encargan de delinear y limitar los márgenes de su ejercicio, en atención a las peculiaridades de la relación penitenciaria¹⁶²⁸.

Atrás parece haber quedado, pues, la idea de que la prisión, en tanto en cuanto entraña límite a la libertad personal del individuo, ha de suponer la restricción de las libertades que son a ésta colaterales y, en particular, de la libertad y secreto de las comunicaciones privadas en cualquiera de sus formas¹⁶²⁹.

En verdad, mantener que el interno ha de gozar de libertades en un ámbito más restringido por consecuencia de esa misma privación de libertad, genera no pocos riesgos derivados de la enorme discrecionalidad en que queda el intérprete a la hora de determinar cuáles son las limitaciones implícitas y quizás, comprometiendo libertades más allá de los márgenes precisos¹⁶³⁰.

Cierto es que del solo *status detentionis* se derivan consecuencias sobre el ejercicio de las más básicas libertades personales y, muy particularmente, sobre el

¹⁶²⁷ Véanse sus SsTC 170/1996, 127/1998.

¹⁶²⁸ Véanse las SsTC 170/1996; 128/1997; 200 y 201/1997, entre otras.

¹⁶²⁹ VASSALLI, B., *La libertà personale nel sistema della libertà costituzionali*, in "Scritti per Calamandrei", Vol. V, 1958, pág. 397.

¹⁶³⁰ BERNARDI, E., *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona*, "Riv. it. dir. e proc. pen.", 1983, pág. 1414 y, asimismo en *I colloqui dei detenuti fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, "Rev. Giur. it.", 1983, IV, pág. 337.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

derecho a la libre correspondencia. Se trata, en efecto, de restricciones más intensas que las previstas para la persona en libertad¹⁶³¹ pero que, en cualquier caso, deben respetar escrupulosamente las condiciones que para su aplicación establece la Constitución.

Precisamente, según la misma dispone¹⁶³², el derecho del interno a la libertad y secreto de las comunicaciones privadas puede verse alterado en virtud de lo previsto por la Ley General Penitenciaria y el Reglamento, nacido para extraer de esta última sus "potencialidades más innovadoras"¹⁶³³. Ahora bien, en la medida en que la norma imponga la limitación de alguno de los derechos fundamentales del interno, se hace precisa la observancia de cuantas exigencias derivan, a este respecto, del mismo Texto Constitucional; exigencias que se imponen, si cabe con más fuerza, cuando la comunicación del interno que pretende ser limitada sirve de soporte a la tutela de un derecho distinto del que ésta es instrumental, como sucede con el derecho que es objeto de este estudio¹⁶³⁴.

¹⁶³¹ Afirma JACOBS, en efecto, que ciertas restricciones del derecho son inherentes a la misma "detención" -léase, privación de libertad- pero, es al tiempo precisa su justificación en el sentido de lo dispuesto por el art. 8.2º CEDH. Vid. *The european Convention on Human Rights*, 1975, pág. 199.

¹⁶³² Conforme al tenor literal del art. 25.2 CE, "el interno condenado (...) gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria".

¹⁶³³ Vid. Exposición de Motivos del RP de 1996,(aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero).

¹⁶³⁴ No se olvide que, el derecho del interno al libre contacto con su Abogado defensor es manifestación, no ya del derecho reconocido en el art. 18.3º CE sino del derecho de defensa consagrado en los art. 17.3 y 24.2 del Texto Constitucional.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.1. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO OPERADO POR LA LOGP Y SU REGLAMENTO DE EJECUCIÓN: PRIMERA APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN DE COMUNICACIONES Y VISITAS.

Incluida en el catálogo de derechos reconocidos a todo interno como inherentes a su condición, viene al privado de libertad reconocida la facultad¹⁶³⁵ de comunicar, periódicamente y en su propia lengua, con distintas personas ajenas al Establecimiento¹⁶³⁶.

Es, en efecto, el Capítulo VIII de la norma penitenciaria el que, como bien indica su título y el primero de los preceptos en que se estructura, contiene la regulación de un particular régimen al que habrán de ajustarse las comunicaciones y visitas que el interno recibe durante el tiempo en que se halla sometido a prisión¹⁶³⁷; el artículo 51.2º de dicha norma, en particular, reconoce al privado de libertad el derecho a comunicar, entre otras, con la persona que le asiste y a quien encomienda su defensa; contactos que, como en breve podrá constatarse, podrán mantenerse de forma directa - en alusión a las "comunicaciones orales", según prefiere el legislador penitenciario designar- vía correspondencia o, con mayor excepcionalidad, telefónicamente.

¹⁶³⁵ Facultad, que viene relacionada con el régimen penitenciario al que el interno queda sujeto, entendido éste como un "complejo de reglas de conducta que los reclusos" deben observar durante su permanencia en el Centro. Vid. BUENO ARÚS, F., "Derechos y deberes de los reclusos...", op. cit., pág. 55. En este mismo sentido se han pronunciado, CANEPA, M., y MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1996, pág. 136.

¹⁶³⁶ La regulación de la materia relativa a las relaciones del interno con el exterior pertenece a la categoría acuñada por MAPELLI CAFFARENA de "normas de orientación" o aquellas que señalan el cómo de la ejecución de la pena o, lo que es lo mismo, que desarrollan las metas resocializadoras en relación con el marco de la pena privativa de libertad. Esta categoría, según entiende el autor, se distingue de las llamadas "normas de organización" ya sea en sentido formal -o, aquellas referidas a la estructura general del sistema de ejecución de la pena privativa de libertad y que establecen el organigrama de la administración de un Centro- ya de carácter material -como normas que modifican o adecuan dicha estructura penitenciaria originaria de acuerdo con las metas resocializadoras. Vid. "Principios Fundamentales...", op. cit., págs. 195 y 196.

¹⁶³⁷ Vid. Art. 51 LOGP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En desarrollo de estas previsiones, el Reglamento Penitenciario reserva una primera sección del capítulo 4º de su título II a las relaciones del interno con el exterior del Establecimiento; la norma de 1996 -tras expresar ciertas reglas de general aplicación, seguidas de la determinación individualizada de las condiciones en que ha de celebrarse esta triple modalidad de comunicación oral, escrita o telefónica- hace mención de las posibilidades y modo de someterlas a limitación¹⁶³⁸.

En número separado, en cambio, se refiere específicamente a las comunicaciones a celebrar con Abogados y Procuradores, donde detalla con mayor precisión las garantías de las que ha de rodearse su celebración¹⁶³⁹; ello ha supuesto la consagración definitiva a nivel legislativo de las soluciones adelantadas por la jurisprudencia a los problemas que se venían planteando en torno a las relaciones del interno con personas procedentes del exterior y, muy especialmente, con los profesionales del Derecho.

Como de inmediato podrá evidenciarse, la peculiar distribución de los preceptos reglamentarios¹⁶⁴⁰ parece confirmar la anunciada especialidad de las comunicaciones con Letrado que a nuestro estudio interesan, a las que corresponde una singular y privilegiada protección; su celebración, en consecuencia, ha de venir sujeta a un régimen distinto del previsto para el resto de comunicaciones que se celebran¹⁶⁴¹.

¹⁶³⁸ Vid. Art. 48 del RP de 1996.

¹⁶³⁹ De este modo, parecen despejarse antiguas dudas interpretativas derivadas de la imprecisión de la ley en torno a la noción de "Abogado de la causa". La STC 73/1983, de 30 de julio es del todo ilustrativa al considerar "Abogado defensor" a aquél de quien parte la iniciativa de la comunicación cuantas veces lo desee y diferenciarlo del aquél otro "llamado expresamente", por contra, destinatario pasivo del requerimiento.

¹⁶⁴⁰ La norma reglamentaria de 1981 reunía en una sola sección el régimen al que habían de sujetarse las comunicaciones del interno mantenidas con defensores y representantes y aquellas a celebrar con otros profesionales y autoridades; tratamiento éste que, si bien permitía la detección de ciertas diferencias frente al resto de comunicaciones autorizadas, ofrecía dificultad en cuanto a la concreción de las que habían de caracterizar la relación con uno y otro colectivo.

¹⁶⁴¹ En esta nota reside, a nuestro juicio, una de las mayores virtudes de la nueva norma penitenciaria.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esta afirmación, además de conclusión que se adelanta, constituye la premisa de la que ha de partirse en el análisis de la materia al que se dedican los epígrafes que suceden.

2.1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIONES Y VISITAS PREVISTO.

2.1.1.1. Las posibilidades de comunicación con el exterior de la prisión. La configuración de regímenes diferenciados.

Uno de los puntos de mayor interés en el análisis del régimen al que han de venir sujetas las distintas comunicaciones que al interno se autoriza mantener con personas ajenas al Establecimiento, es el relativo a su concreto ámbito de aplicación; interés, que es consecuencia de la detección en la norma penitenciaria de la configuración de auténticos regímenes diferenciados, en atención a la calidad de los sujetos intervinientes en el desarrollo de la comunicación.

En efecto, como se adelantaba, al privado de libertad viene reconocida la facultad de comunicar periódicamente con distintos sujetos a los que le unen especiales vínculos¹⁶⁴² y, de forma absolutamente inmediata, la de dar a conocer a su familia y Abogado, el concreto hecho de su detención e internamiento en un Centro penitenciario, cuando no su traslado a un Establecimiento distinto¹⁶⁴³.

El legislador penitenciario, como no podría ser de otro modo, hace explícita referencia a los posibles interlocutores de presos y penados que, por lo que a nuestro estudio interesa, conviene agrupar en dos grandes bloques; así, el art. 51 LOGP hace

¹⁶⁴² Asimismo habrá de ser autorizado a comunicar de forma inmediata a su familia y Abogado, el hecho de su internamiento en un Centro penitenciario determinado o su traslado a un Establecimiento distinto. Véase el art. 41.3 RP 1996.

¹⁶⁴³ Véase, el art. 43.1º del RP de 1996.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

alusión, en un primer momento, a familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria para, en párrafo separado¹⁶⁴⁴, referirse al Abogado defensor o el expresamente llamado para asuntos penales¹⁶⁴⁵, como posibles destinatarios de la comunicación.

En un tercer apartado, el mismo precepto hace alusión a la posibilidad de comunicar con ciertos profesionales en lo relacionado con su actividad, con Asistentes sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión cuya presencia hubiera sido reclamada por el interno; profesionales con los que, una vez acreditada su condición, podrá el recluso mantener contactos en departamentos apropiados y bajo las condiciones generales que en la norma se prevén¹⁶⁴⁶.

A la vista de lo anterior, puede hablarse de una doble, si no triple¹⁶⁴⁷, categoría de comunicantes y, por ende, de posibles comunicaciones a celebrar en prisión en función de la calidad con que interviene el interlocutor del interno. Como de inmedia-

¹⁶⁴⁴ El art. 51 en su párrafo 2º es expreso al señalar que "las comunicaciones del interno con Abogados y Procuradores, 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".

¹⁶⁴⁵ Según ha expresado la STS de 6 de marzo de 1995 en un supuesto de grabaciones de la conversación oral de un Abogado con un interno, "la aplicación del art. 51.2º LOGP sólo se produce "cuando el visitante es Abogado del interno o ha sido llamado expresamente por tal preso o penado, de tal manera que la especial protección que otorga el precepto no es aplicable (...), a conversaciones que mantenga el interno con un Abogado cualquiera, en el que no se den las condiciones anteriores".

Como bien advierte MAPELLI CAFFARENA son tres, en función de su actuación profesional, los distintos tipos de Abogados que eventualmente intervienen en el desarrollo de comunicaciones orales con el interno y que, en consecuencia, vienen sujetas a distinto régimen. De un lado, regula la norma penitenciaria la relación del interno con el Abogado que, bien ostente la condición de defensor, bien no goce de la misma pero haya sido llamado expresamente por aquél y, de otro, la relación que puede mantener con el resto de profesionales de la Abogacía, habida cuenta de que la necesidad de asesoramiento puede extenderse a asuntos o materias distintas de las penales y penitenciarias. Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., con FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., *Práctica forense penitenciaria*, Madrid, 1995, pág. 32.

¹⁶⁴⁶ Art. 49 RP.

¹⁶⁴⁷ En verdad, el régimen al que vienen sujetas las comunicaciones incluidas en la tercera de las categorías que se nombran, a salvo la previsión del lugar o condiciones de su celebración, coincide con el previsto con carácter general para el conjunto de comunicaciones del interno distintas de las mantenidas con el Abogado defensor. Véase al respecto, el art. 51.3º de la LOGP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

to podrá constatarse, se trata de comunicaciones que, por razón de su distinta naturaleza, han de venir sujetas a regímenes igualmente diversos.

En este sentido se ha pronunciado el máximo intérprete constitucional, a partir de un pronunciamiento que ha supuesto un giro trascendental en cuanto al modo de entender las posibilidades de restricción del derecho de todo interno a la libertad de las comunicaciones personales. En la resolución a la que se alude el TC expresamente declara que "el art. 51 LOGP distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de "generales" entre el interno con determinada clase de personas, concretamente, las referidas en el art. 51.1º LOGP, y las comunicaciones "específicas" que aquél mantenga con su Abogado defensor o con el expresamente llamado para asuntos penales".

En consecuencia, por lo que a las posibilidades de limitación del derecho respecta, es claro que mientras "la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del art. 51.5º LOGP (...)", las segundas han de serlo al especial que diseña el art. 51.2º LOGP (...) de la misma norma. La especialidad de este último, en realidad, "se prolonga más allá de la Ley, con toda claridad en el Reglamento¹⁶⁴⁸, en el que las comunicaciones con el Letrado, sean orales o escritas, encuentran su regulación al margen de la dedicada a las que se incluyen en aquél otro régimen general"¹⁶⁴⁹.

Conocida esta "singular" configuración normativa, es ya momento oportuno de acotar la materia objeto de análisis para, en adelante, centrar toda atención en el específico régimen relativo a los contactos del interno con el profesional del Derecho, sin perjuicio de las alusiones que convengan a aquél otro de general aplicación; esto último, con la intención de hacer manifiesta la afirmada singularidad de las primeras

¹⁶⁴⁸ En aquellas fechas, el aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo, aunque lo mismo parece apreciarse en el Reglamento Penitenciario de 1996, actualmente en vigor.

¹⁶⁴⁹ Vid. la STC 183/1994, de 20 de junio (FJ 5º).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que, puede adelantarse, se traduce en la mayor intensidad que el legislador imprime a su protección¹⁶⁵⁰.

2.1.1.2. Identificación de los sujetos intervinientes en el desarrollo de la comunicación. El interno como titular del derecho a comunicar.

Aunque a primera vista pueda parecer intrascendente, resulta ciertamente oportuna una mínima referencia al privado de libertad que se sitúa en el lado activo de la comunicación, habida cuenta de la doble condición que el mismo puede ostentar en el conjunto de la población reclusa. No ha de perderse de vista que, la estancia del individuo en prisión puede ser consecuencia, bien de su sometimiento como imputado a una medida cautelar privativa de libertad, bien de la necesidad de dar ejecución a la pena que le viene impuesta por sentencia, o a una y otra causa de forma conjunta.

A nadie escapará que, la persona que se halla en prisión en espera de juicio, continúa beneficiada de la presunción de inocencia que sólo la condena definitiva desvirtúa y de la que, obviamente, carece el penado; esta diferente condición, habría de determinar diferencias, no en lo que a la titularidad de los derechos fundamentales del individuo se refiere, sino en lo relativo a posibles límites susceptibles de ser introducidos en su esfera de ejercicio¹⁶⁵¹.

Como de inmediato se tratará de evidenciar, el *status* diferenciado que ha de reconocerse al imputado preso frente al penado, a pesar de que la norma lo declare, no llega a traducirse¹⁶⁵² en la sujeción de uno y otro a regímenes penitenciarios diferen-

¹⁶⁵⁰ En verdad, una parte considerable de cuanto pueda señalarse al respecto de los contactos del interno con Abogados y Procuradores, puede igualmente afirmarse de las comunicaciones que el mismo mantenga con el resto de personas autorizadas; ahora bien, como se tratará de evidenciar, tanto las condiciones exigidas para su celebración, cuanto las exigencias que se imponen para su limitación, resultan ser muy distintas por entenderse las primeras acreedoras de la mayor protección.

¹⁶⁵¹ RODRÍGUEZ ALONSO, A., "Lecciones de Derecho Penitenciario", op. cit., pág. 359.

¹⁶⁵² La misma Ley penitenciaria, en efecto, distingue en su articulado un "régimen de preventivos" frente al que prevé de aplicación a los sujetos condenados; sin embargo, son muy pocas las mues-

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ciados. El legislador penitenciario ignora con frecuencia que, por lo que al imputado preso se refiere, es el Juez que preside la instrucción o aquél de quien dependa una vez iniciado el juicio, y no el Juez de Vigilancia ni la Administración penitenciaria, el que ha de decidir acerca de las condiciones en que se ha de desarrollar la vida en el interior de la prisión.

Esto último, por lo que aquí interesa, se manifiesta en la previsión de un mismo régimen de comunicaciones y visitas y, en consecuencia, la afectación a ambos de las posibles restricciones que, para salvaguarda de ciertos fines, resultan susceptibles de acuerdo; fines cuya persecución, si bien puede justificar la limitación de ciertas comunicaciones del interno, como a lo largo de estas páginas se tratará de evidenciar, no parece legitimar la limitación de las de especial naturaleza que al preso o condenado se autoriza a mantener con el Abogado defensor.

2.1.2. EJERCICIO DEL DERECHO A COMUNICAR CON ABOGADOS Y PROCURADORES EN PRISIÓN.

2.1.2.1. La necesidad de autorización de las comunicaciones, en general, y con letrados, en particular.

Durante largo tiempo se ha discutido, y de forma encendidísima en los años inmediatamente anteriores a la reforma de 1996, acerca de la consideración como

tras de una clara diferenciación de las posiciones que unos y otros ocupan en el interior de la prisión.

En este sentido, es indicativa la necesaria segregación entre internos a los efectos de su ubicación en el Establecimiento, a la que se refiere el art. 16 LOGP. En parecidos términos, esta previsión se contiene en la norma procesal francesa (D. 58 CPPfr), que añade la necesidad de situar al preventivo, si no resulta materialmente imposible, en cédulas individuales y, en todo caso sin excepción en el supuesto en que el recluso haya de quedar incomunicado.

Lo cierto es que, buena parte de las específicas y escasas referencias al régimen individualizado que se prevé, no pasan de ser meras declaraciones formales carentes de efectividad ante la falta de medios materiales con que la Administración cuenta, o la aplicación generalizada de ciertas medidas que no atienden a la especial condición de cada interno.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

verdadero derecho subjetivo del interno, y no mera facultad sujeta a autorización, de la que en un modo u otro le asiste a mantener libre comunicación con su Abogado, durante el tiempo de permanencia en prisión; discusión que se extiende y crece en intensidad, en la cuestión relativa a la determinación del órgano, ya administrativo, ya jurisdiccional -en función de la condición de los sujetos intervinientes en el desarrollo de la comunicación- que habría de decidir el disfrute del derecho por el privado de libertad y, en consecuencia, la eventualidad de su revocación o límite.

Cierto es que, el derecho a las comunicaciones privadas que la norma penitenciaria reconoce al interno, es reflejo de aquél otro de carácter constitucional consagrado en el art. 18.3º CE; pero no lo es menos que, según lo dispuesto en el art. 51 de la LOGP, el disfrute de este último a partir de la celebración de contactos personales tiene lugar sólo previa autorización¹⁶⁵³, aparentemente potestativa de la Administración¹⁶⁵⁴, sin perjuicio de su control por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Parece sin embargo que, como acierta RODRÍGUEZ ALONSO¹⁶⁵⁵ en precisar, la expresión "estarán autorizados" que emplea el legislador ha de entenderse en el sentido de considerar que, a salvo en los supuestos de incomunicación judicial y si la ley lo reconoce, no podrá la Administración Penitenciaria denegar al interno toda solicitud de comunicación a la que tenga derecho¹⁶⁵⁶. Según advierte el mismo autor,

¹⁶⁵³ Ante la solicitud por el interno de una comunicación determinada, la Dirección del Centro habrá de responder en un plazo nunca superior a 15 días de duración; transcurrido este último y ante el silencio de la Administración, la comunicación habrá de entenderse no autorizada. Si, contrariamente respondiera concediendo dicha autorización, puede entenderse que la misma subsiste de no cambiar o alterarse las circunstancias tenidas en cuenta en orden a su concesión. PAZ RUBIO, JMª., (et. alt.), "Legislación Penitenciaria", op. cit., pág. 215.

¹⁶⁵⁴ En esos términos, precisamente, se halla formulado el art. 51.1º LOGP.

¹⁶⁵⁵ "Lecciones de Derecho Penitenciario", op. cit., pág. 211.

¹⁶⁵⁶ Ante la negativa de la Dirección del Centro y para la salvaguarda del derecho vulnerado, el interno puede acudir ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria e interponer ante él un recurso de queja; fracasado este último, queda el interno abierta la posibilidad de interponer el recurso de reforma y posterior apelación ante la Audiencia Provincial.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

cosa distinta es la suspensión o intervención de las comunicaciones orales o escritas cuando, en atención a razones concretas, así venga determinado reglamentariamente.

Esto último, no es sino consecuencia de la sujeción de todo recluso al régimen penitenciario arbitrado para ordenar las condiciones de vida en el interior de la prisión; pero, mientras la afectación de dichos límites a las comunicaciones del interno con la generalidad de personas autorizadas no parece generar serios problemas, es distinto el balance de su aplicación a las específicas comunicaciones que mantiene con el Abogado defensor.

No ha de perderse de vista que, el derecho que ahora ocupa resulta, no tanto manifestación del art.18.3º CE, cuanto expresión e instrumental al elemental derecho a la defensa técnica que consagra el art. 24.2º CE cuya garantía, también en este ámbito, ha de preservarse.

Esto último conduce al planteamiento de ciertas dudas para las que no resulta fácil hallar pronta solución; de un lado, conviene cuestionarse la legitimidad del sometimiento del sujeto privado de libertad en espera de juicio a restricciones de su cuadro de derechos idénticas a las que padece el penado. Este último, a diferencia del anterior, se halla ligado a la Administración penitenciara en virtud de una especial relación de sujeción; pero, a pesar de su traducción en importantes modificaciones en cuanto al ejercicio de los derechos, dicho vínculo no puede en absoluto suponer ignorancia de los más elementales derechos constitucionales.

La necesaria salvaguarda, en particular, del derecho a mantener el contacto con el Letrado en ejercicio del fundamental derecho de defensa también el ámbito penitenciario, exige necesariamente la previa decisión del órgano jurisdiccional de toda medida que entrañe su limitación; y, en consecuencia, la competencia para autorizar las comunicaciones de las que puede servirse el imputado en prisión -sobre

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

el que ha de planear la presunción de inocencia- continúa en cualquier caso residencial en el órgano judicial de quien dependa.

La necesidad, siempre presente, de compatibilizar las necesidades surgidas de la instrucción y las características no punitivas de la prisión provisional¹⁶⁵⁷, exige reservar a la autoridad jurisdiccional -a quien se encomienda el desarrollo de la etapa preparatoria del proceso o, superado este estadio, al Juez o Tribunal al que compete el conocimiento de la causa- la decisión acerca de las comunicaciones¹⁶⁵⁸ de las que pueden disfrutar el privado de libertad por razón de su sometimiento a la medida cautelar¹⁶⁵⁹.

Asiste, pues, la razón a quienes afirman que la concreta facultad del detenido o preso de comunicar no requiere de autorización alguna, sino que ha de ser reconoci-

¹⁶⁵⁷ EL legislador francés determina que los permisos de visitas habrán de ser autorizados para los preventivos por el magistrado encargado de la instrucción y serán celebradas en las condiciones que señalan los arts. 403 y ss. del CPPfr; permiso que será válido hasta que la eventual condena adquiera el grado de definitiva. En consecuencia, no habrá lugar a renovación del permiso en el momento en que el magistrado que lo hubiera acordado abandone el sumario, siendo el órgano judicial que asume la dirección del proceso el competente para suprimir o suspender los efectos, o para decidir de nuevo los permisos. Estos permisos de visitas, ya sean de carácter permanente, ya limitados a un determinado número de contactos, que afecten a internos condenados son, en cambio, decididos por el Director del Centro o Establecimiento Penitenciario.

¹⁶⁵⁸ A este respecto pueden verse los arts. 523 y 524 de la LECRIM.

¹⁶⁵⁹ En opinión de ZAPPA -que se comparte- a la Administración penitenciaria habría de corresponder únicamente dar ejecución a la autorización procedente de distintos órganos jurisdiccionales en atención a la concreta situación procesal o penitenciaria del interno. Vid. *Colloqui e corrispondenza dei detenuti con particolare riferimento ai rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura*, "Rass. penit. crim", 1983, pág. 758. En el ordenamiento procesal italiano, en particular, la competencia para el acuerdo de toda intervención de comunicaciones del privado de libertad con anterioridad al ejercicio de la acción penal y hasta el pronunciamiento de la sentencia de primer grado, según se deduce de lo dispuesto en el art. 18 del Ordinamento penitenziario -(OP, en adelante) aprobado por L. 26.7.1975, n. 354 (ord. pen)- en relación con el 11.3 OP, corresponde a la autoridad judicial y más concretamente al Juez encargado de la instrucción o procedimiento preliminar, así como al resto de sujetos a los que se refiere el citado art. 11 OP. La misma garantía de jurisdiccionalidad se exige con ocasión de la especial situación en que se halla el condenado no definitivo mientras se resuelve la apelación o casación que hubiera interpuesto contra la resolución condenatoria. Ahora bien, pronunciada la sentencia definitiva, los permisos de comunicación que hayan de concederse al condenado, así como el acuerdo de medidas que entrañen su limitación, son competencia del Director del Establecimiento Penitenciario. Vid. Arts. 240.1º disp. att. CPPit, y los arts. 18 y 11.2º del OP. Para un conocimiento en mayor profundidad véanse, GUAZZACOLA, B., con PAVARINI, M., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. L'esecuzione penitenziaria*, pág. 55; CANEPA, L., con MERLO, S., "Manuale di diritto penitenziario", op. cit., págs. 127 y 128.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

da desde el mismo instante de la detención y con anterioridad al interrogatorio, con el fin de asegurar el fundamental derecho de defensa y asistencia técnica que a aquellos ha de reconocerse, y en atención a la naturaleza del interrogatorio mismo, que ha de entenderse más que medio de investigación, medio de defensa¹⁶⁶⁰.

En verdad, la especial naturaleza de las comunicaciones que se celebran con el Letrado exige que toda decisión relativa a su desarrollo proceda de una autoridad investida de potestad jurisdiccional, en tanto en cuanto, sirven a la efectividad de derechos, como el de defensa, que ostentan el más alto rango del ordenamiento.

Esta realidad que nadie parece ya cuestionar, no siempre ha contado con el respaldo de la doctrina y más alta jurisprudencia. La entrada en vigor del Reglamento Penitenciario de 1996, y con él la expresa exigencia de intervención de la autoridad judicial, ha puesto fin definitivamente a la discusión, al hacer explícita en su articulado la solución que, en los últimos años, venía apuntando el máximo intérprete constitucional.

La trascendencia de lo anterior a los efectos de esta investigación hacía obligado un tratamiento en mayor profundidad de lo dispuesto por el art. 51.2º LOGP en el que halla su fundamento el reconocimiento y posible limitación de las comunicaciones celebradas en prisión; antes, sin embargo, conviene la distinción y referencia a una triple modalidad de comunicaciones permitidas y, especialmente, al modo en que han ser celebradas según lo previsto por la norma reglamentaria¹⁶⁶¹.

¹⁶⁶⁰ IZZO, G., (con CARCANO, D.), *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo proceso penale*, Padova, 1990 págs. 56 y 57.

¹⁶⁶¹ Previsiones que habrían de responder a las recomendaciones contenidas en las Reglas mínimas europeas y, en particular, en su núm. 37 cuando determina que "todo interno estará autorizado para comunicarse bajo la debida vigilancia con sus familiares y otras personas" -"amigos de buena reputación", según expresa dicha norma- tanto por correspondencia como a través de visitas; también los reclusos extranjeros, gozarán de las facilidades adecuadas para comunicarse con representantes diplomáticos y consulares".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esta primera aproximación ha de abrir paso a un análisis ya centrado en la forma y el alcance de los diferentes límites previstos por el legislador penitenciario y susceptibles de afectar a este elemental derecho a comunicar.

2.1.2.2. La previsión de una triple modalidad de vías de comunicación autorizadas.

2.1.2.2.1. Las comunicaciones orales del interno con letrado.

Como se adelantaba, el interno puede mantener en prisión comunicaciones directas con distintas personas procedentes del exterior y, concretamente, con Abogados y Procuradores que, a estos efectos, se personan en las instalaciones del Centro¹⁶⁶². La comunicación tiene lugar, pues, a través de conversaciones en las que podrá el interno emplear su propia lengua, coincida o no con las oficiales del Estado¹⁶⁶³.

¹⁶⁶² Aunque la Ley no lo menciona, las comunicaciones orales a las que nos referimos pueden celebrarse, tanto a instancia del interno, cuanto del propio Letrado. De esta celebración, en cualquier caso, ha de quedar constancia mediante su anotación, por orden cronológico, en un libro-registro en el que ha de consignarse la identidad de los comunicantes, el número de la causa y la concreta duración de los contactos. (Art. 48.1.3º RP). El antiguo Reglamento Penitenciario - concretamente en su art. 101.2- exigía para la autorización de las comunicaciones a celebrar, no con Abogados defensores sino con aquéllos expresamente llamados por el interno, un requisito añadido; si el llamamiento procedía del propio interno, debía hacerse constar que el mismo lo había sido a través de la Dirección del establecimiento, mientras que si hubiera sido efectuado por sus familiares, dicha circunstancia debía ser expresamente acreditada en el volante extendido por el Colegio de Abogados. Vid. MAPELLI CAFFRENA, B., con FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., "Práctica forense penitenciaria", op. cit., págs. 32 y 33.

¹⁶⁶³ El mismo TC, en su STC 201/1998, reconocía al interno el derecho a comunicar con sus familiares directos en lengua euskera. En aquella ocasión dicha facultad -que, según declara el Tribunal, debió haber sido garantizada al recluso- fue ignorada por la Administración Penitenciaria y no tutelada por el JVP con ocasión de la resolución de los recursos interpuestos por el afectado. El TC, a la vista de lo anterior, entendió vulnerado el derecho, concediendo al recurrente el amparo solicitado.

Con declaraciones como la anterior, puede entenderse superada la doctrina hasta el momento sentada años antes por el mismo Tribunal, según la cual "no puede alegarse indefensión por el solo hecho de alegarse que el interno no pudiera expresarse exclusivamente en euskera", habida cuenta de que "el derecho al uso de las lenguas vernáculas es de aplicación progresiva y no inmediata". Vid. STC 82/1986, de 26 de junio, y en la misma línea, la STC 2/1987, de 21 de enero.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En este punto, no puede obviarse la referencia cierta doctrina jurisprudencial, a nuestro juicio inadmisibles y que debe entenderse superada¹⁶⁶⁴, sentada por el TC a partir de la sentencia de 21 de enero de 1987, según la cual, de ser ordenada la medida de intervención de sus comunicaciones, el derecho de los reclusos a comunicar en su propia lengua había de convertirse en garantía de aplicación progresiva y supeditada a las posibilidades de disposición de intérpretes por parte de la Administración penitenciaria.

Esencial es, en cualquier caso, señalar que la norma penitenciaria exige expresamente que la comunicación tenga lugar en "departamentos apropiados", esto es, locutorios especiales en los que el control de su desarrollo pueda ser únicamente visual, de suerte que resulte imposible conocer su contenido a través de la escucha por parte del funcionario que interviene en el desarrollo del servicio¹⁶⁶⁵.

Con ello se pretende, sin duda, la salvaguarda de la privacidad de la relación que liga a Abogado y cliente en garantía, a su vez, de la espontaneidad de las manifestaciones de este último realizadas en la confianza de ser y permanecer secretas. El logro de la eficacia defensiva hace inexcusable el respeto de la más absoluta de las reservas acerca de cuanto el imputado comunica a su defensor o viceversa; este último, como con acierto ha señalado el Alto TEDH¹⁶⁶⁶, no podrá desempeñar convenientemente sus tareas, si queda impedido de la facultad de entrevistarse sin testigos con su cliente".

¹⁶⁶⁴ En particular, han manifestado su rechazo a la citada doctrina constitucional la Fiscalía TSJ de la Comunidad de Madrid y la Sección 5ª de su Audiencia Provincial.

¹⁶⁶⁵ En parecidos términos se halla expresado el art. 18 OP; el precepto dispone que "los imputados y detenidos serán autorizados a mantener coloquios y correspondencia con familiares y otras personas, incluso a los fines de llevar a cabo actos jurídicos (...)". "Los coloquios, en particular, tendrán lugar en locales apropiados y especialmente destinados al efecto, que permitan el control visual pero no auditivo por parte del personal de custodia".

¹⁶⁶⁶ Vid. STEDH de 30 de septiembre de 1985 (Asunto CAN) y asimismo consúltese la Opinión de la Comisión, en el Informe de 12 de julio de 1984.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Precisamente, en este sentido se halla formulada la 93ª de las Reglas Mínimas europeas en la que se declara que "las entrevistas entre el acusado y su Abogado podrán efectuarse bajo vigilancia visual pero fuera, directa o indirectamente, del oído de un funcionario policial o del Establecimiento".

Lo cierto es que, a la vista de lo expresado en el precepto que nos ocupa, pronto puede advertirse en el legislador la intención de maximizar el respeto de la intimidad y reserva en el desarrollo de los contactos celebrados por el interno con la generalidad de personas autorizadas; sin embargo, la norma reglamentaria -a la que se confía el desarrollo de la previsión- sólo prohíbe una fiscalización de las mismas de carácter auditivo¹⁶⁶⁷.

En realidad, si se atiende a la literalidad del art. 51 LOGP¹⁶⁶⁸, ha de admitirse que las entrevistas del interno pueden ser sometidas a vigilancia y presenciadas por el funcionario responsable del servicio¹⁶⁶⁹, aunque desde un lugar donde no pueda oírlas. Ello, sin embargo, no convence a MAPELLI CAFFARENA; en su opinión, el control de las comunicaciones del interno por medios humanos sería admisible tan sólo en el supuesto de concurrir razones justificativas suficientes, de tal suerte que, en condiciones normales, junto al auditivo habría de entenderse excluido el control visual de su desarrollo.

¹⁶⁶⁷ Véase el art. 48.1.3º de RP de 1996, cuyo tenor es idéntico al del antiguo art. 101.1 c) del Reglamento Penitenciario anterior.

¹⁶⁶⁸ Y asimismo en los preceptos correspondientes del Reglamento, en especial, lo dispuesto por el art. 48. 3º RP de 1996. El contenido de estos preceptos, prácticamente coincide con el de las declaraciones que al respecto se contienen en distintos Textos jurídicos de ámbito supranacional y, en particular, el art. 93 de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, adoptadas por el "Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente", celebrado en Ginebra en 1955.

¹⁶⁶⁹ Esta es la opinión expresada, entre otros, por BUENO ARÚS, F., "El Juez de vigilancia penitenciaria y ...", op. cit., pág. 954; GARCÍA VALDES, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, pág. 171 y asimismo, en *Relaciones del interno con la vida exterior*, "Cuadernos de Política Criminal", núm. 18, 1982, págs. 600 a 605; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Valencia, 1983, págs. 419 y 420, y el mismo autor, en *Comunicaciones y visitas*, "Comentarios a la legislación penal", Tomo VI, Vol. 2º, pág. 754.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Denuncia el autor citado que, en este punto, el Reglamento desborda la previsión de la norma penitenciaria y establece como general la que debiera ser sólo una excepcional forma de vigilancia; un seguimiento siquiera visual de la celebración de los contactos sin que concurra situación de peligro alguno, a su juicio, puede hallar justificación únicamente si la falta de control constituye en sí misma un riesgo excesivo¹⁶⁷⁰.

En cualquier caso, esta prohibición de fiscalización de las entrevistas no excluye que representantes de la Administración Penitenciaria estén físicamente presentes en el local en el que éstas han de tener lugar; motivos de seguridad y buen orden del Establecimiento, ciertamente, aconsejan la intervención -pasiva, salvo extraordinarias circunstancias¹⁶⁷¹- de ciertos funcionarios que, sin alcanzar a escuchar la conversación, aseguren con su presencia el perfecto desarrollo de la misma¹⁶⁷².

Pero, como se adelantaba, la materia relativa a las comunicaciones que al interno se autoriza a mantener con Abogados y Procuradores, ocupa un espacio propio en la regulación que de las mismas se contiene en la nueva norma reglamentaria. A éstas últimas, en efecto, se dedica íntegramente el art. 48 del actual Reglamento, donde se expresan con detalle las exigencias a las que su celebración ha de ajustarse y configura un especial régimen caracterizado, en esencia, por una más intensa protección de las mismas frente a eventuales injerencias.

¹⁶⁷⁰ De entenderse de otro modo, perdería todo sentido la expresión empleada por la ley cuando califica como "máximo" el respeto que exige de las comunicaciones que aquí se tratan. Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., "Principios Fundamentales ...", op. cit., pág. 214.

¹⁶⁷¹ Téngase presente la facultad que a éste reconoce el Reglamento de suspender una conversación ya iniciada, en aquellos casos en que el desarrollo de la comunicación suponga una amenaza a la convivencia o la seguridad del establecimiento y siempre que los comunicantes no observen un buen comportamiento,. Vid. Art. 44 RP de 1996. La misma eventualidad viene prevista en el art. 408 del CPPfr, que permite poner fin a la conversación de forma inmediata.

¹⁶⁷² La presencia de funcionarios penitenciarios, al parecer, resulta especialmente necesaria en aquellos supuestos en que tienen lugar comunicaciones simultáneas del interno con varias personas -nunca en número superior a cuatro- según lo previsto en el art. 42.2º del nuevo Reglamento.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La relevancia, por su altísimo rango, del derecho al que el desarrollo de estas comunicaciones sirve de instrumento, hace obligado afirmar con GARRIDO GUZMÁN¹⁶⁷³ que "la defensa, en general, y el asesoramiento técnico-jurídico, en particular" que solo de mediar contacto con el Letrado resulta posible "requiere las máximas facilidades regimentales" y, en consecuencia, el otorgamiento a estos profesionales de mayor permisividad en la realización de las visitas, por parte de la Dirección del Centro.

A este respecto, se ha de atender a lo dispuesto en la Instrucción de la DGIP 3/1994, de 13 de mayo -para su inmediata aplicación y, salvo comunicación expresa en contrario, a partir del 20 de junio del mismo año en la Comunidad de Madrid- con relación a las normas a observar cuando tenga lugar la visita de estos profesionales a sus clientes en el Establecimiento Penitenciario¹⁶⁷⁴; según la misma expresamente declara, "con el fin de facilitar el ejercicio del derecho a la defensa y el contacto de los letrados con sus clientes internados en los Centros penitenciarios", se procederá a autorizar a los Abogados debidamente acreditados el acceso, y solo en casos concretos o por razones de seguridad, podrá ser ésta denegada por la Dirección del Establecimiento.

Con la misma intención reclama GARCÍA VALDÉS que durante la jornada resulten hábiles todas las horas situadas entre diana y retreta, e incluso se permita el

¹⁶⁷³ Vid. "Comunicaciones y visitas", en "Comentarios a la legislación penal", op. cit., pág. 752. El autor aprovecha la ocasión para denunciar que, precisamente, esto es algo que la Administración Penitenciaria olvida con demasiada frecuencia. Esa misma inquietud preside el discurso de la mayor parte de los autores penitenciaristas y coincide con el sentir de los profesionales del Derecho que se mueven en el marco de las relaciones con dichas autoridades públicas.

¹⁶⁷⁴ Para un conocimiento íntegro de las condiciones en que, según detalla la Instrucción, ha de concederse la autorización de acceso y visita en el Centro Penitenciario de Abogados a sus clientes, puede consultarse el Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, supl. al núm. 1746, págs. 3410 y ss., donde se reproduce.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

contacto al letrado que se presente en el Centro en el tiempo dedicado a comidas o la celebración de servicios religiosos¹⁶⁷⁵.

En consonancia a lo anterior parece acertado considerar que, la periodicidad a la que de ordinario¹⁶⁷⁶ se sujetan las comunicaciones sostenidas con la generalidad de personas autorizadas¹⁶⁷⁷, no ha de afectar a las que, en particular, el interno celebre con el Abogado o procurador, por razón de la especial naturaleza y privilegiado trato que, como en breve se hará notar, merecen éstas últimas.

Con todo, de resultar imposible o extremadamente difícil la visita del defensor al Establecimiento, y tratándose de una situación de urgencia, el contacto entre ambos podrá adoptar una forma de comunicación distinta, también oral y aunque de mayor excepcionalidad, cual es, la mantenida vía telefónica.

2.1.2.2.2. La libre correspondencia con Abogados.

Aun cuando la LOGP no sea expresa en este sentido, a la vista de lo dispuesto por el Reglamento es claro que el privado de libertad puede comunicar por escrito con

¹⁶⁷⁵ GARCÍA VALDÉS, C., "Comentarios a la legislación penitenciaria", op. cit., pág. 171.

¹⁶⁷⁶ Con carácter general, la norma reglamentaria diferencia las comunicaciones ordinarias y periódicas, de las entendidas como extraordinarias, autorizadas éstas últimas como recompensa y por urgentes e importantes motivos debidamente justificados en cada caso. Las primeras han de celebrarse preferentemente durante el fin de semana y en número no inferior a dos -aunque pueden ser acumuladas en una sola- o cuantas permita el horario de trabajo de los internos clasificados en tercer grado. (Vid. Art.42 del RP 1996). Esta misma distinción se contiene en el ordenamiento penitenciario italiano, donde, al margen de las posibilidades de comunicación que ordinariamente se reconocen, se permite al sujeto imputado que observe una conducta regular y los condenados e internos que colaboren de forma activa en el tratamiento, disfrutar de un plus de contactos.

¹⁶⁷⁷ Al respecto de las comunicaciones del sujeto preso con el defensor elegido o designado de oficio, el art. D. 68 del CPPfr determina que, a excepción de los supuestos motivados por razones de urgencia, las visitas del defensor podrán tener lugar todos los días en las horas fijadas por el Reglamento interior del Establecimiento, tras el aviso al funcionario de esta intención por parte del Abogado que acude al Centro.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

la generalidad de personas con las que resulte autorizado a hacerlo de forma oral¹⁶⁷⁸ y, en particular, con Procuradores y Abogados que le representen y defiendan¹⁶⁷⁹.

En verdad, no ya el reconocimiento de esta facultad sino las posibilidades y el modo de someter a limitación la comunicación escrita del interno, se hallaban faltas de regulación en el Reglamento Penitenciario de 1981 que remitía a las normas generales previstas al respecto de las comunicaciones celebradas oralmente; técnica que, indudablemente, provocaba ciertos desajustes que desaparecen con la nueva norma reglamentaria¹⁶⁸⁰.

Dispone esta última¹⁶⁸¹ que, durante el tiempo de permanencia en prisión, el interno viene autorizado a expedir y recibir correspondencia del exterior y, en particular, comunicar de este modo con su Abogado defensor o aquél expresamente llamado para asuntos penales, en principio, sin límite alguno en cuanto a la frecuencia y número de cartas o telegramas permitidos¹⁶⁸².

Lo cierto es que, la LOGP no distingue en su art. 51.2 al referirse a las comunicaciones con Letrado entre la forma oral o escrita de su celebración, y es por ello que puede a priori afirmarse que a una y otra ha de otorgarse idéntica protección¹⁶⁸³; es más, aún a riesgo de parecer apresurados, no parece errarse al considerar que la comunicación mantenida vía postal o telegráfica, y con mayor razón si en ella

¹⁶⁷⁸ En estos términos se expresaba el Reglamento Penitenciario de 1981 al que sustituye la norma de 1996 que se expresa en este mismo sentido.

¹⁶⁷⁹ La norma reglamentaria hace asimismo referencia a una específica modalidad de correspondencia, cual es la mantenida entre internos de diferentes Centros penitenciarios que quedan sujetas a un más intenso grado de control; a diferencia del resto, estas otras pueden ser intervenidas por la autoridad administrativa según dispone el art. 47.7º RP.

¹⁶⁸⁰ Véanse los arts. 43.1º y 46. 5º RP.

¹⁶⁸¹ Art. 46 RP de 1996.

¹⁶⁸² Ello, al parecer, por razón de la menor complejidad y riesgo que, en comparación con las celebradas de modo directo, ofrece esta otra forma de comunicación.

¹⁶⁸³ En sentido opuesto, afirma RACIONERO CARMONA que "la superprotección que otorga el art. 51.2º LOGP a las comunicaciones orales, sólo a éstas es aplicable". Vid. "Derecho Penitenciario y privación de libertad ...", op. cit., pág. 191.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

intervienen los sujetos nombrados, merece especial garantía en el ámbito penitenciario¹⁶⁸⁴.

Esto último, conduce a la misma conclusión que antes se alcanzaba al respecto de los contactos y visitas del interno, cual es la necesidad de confiar la decisión de someterlas a limitación, a una autoridad investida de potestad jurisdiccional¹⁶⁸⁵.

Por su parte, el Reglamento Penitenciario de 1996 dedica un extenso art. 46 RP a regular, con mayor o menor detalle, las distintas exigencias que han de observarse en la práctica de esta segunda modalidad de contacto¹⁶⁸⁶. Según se prevé, tratándose de la correspondencia expedida por el interno, la exigencia no va más allá de la introducción del escrito en sobre cerrado, en cuyo remite habrá de hacer constar con claridad su identificación mediante nombre y apellidos, y los datos identificativos y domiciliarios de la persona a quien se dirige -por lo que aquí interesa, el sujeto que le presta asesoramiento y defensa- en el anverso de la misiva.

Asimismo, impone el apartado 6º del mismo art. 46 del RP como presupuesto inexcusable para el disfrute del especial trato conferido a la relación Abogado-cliente, la constatación a través del expediente penitenciario, de que la identidad y dirección del destinatario de su correspondencia coincide con la que se conoce de quien ostenta el papel de defensor¹⁶⁸⁷. La falta de constancia de dichos datos posibilitará que el interno que padezca la intervención de sus comunicaciones ordinarias, vea igualmente

¹⁶⁸⁴ Vid. STEDH de 28 de junio de 1984, (Asunto CAMPBELL Y FELL c/ RU).

¹⁶⁸⁵ Véanse los art. 46.6º RP de 1996 y el art. 511 de la LECrim. Por lo que en particular se refiere al privado de libertad con finalidad cautelar, en atención a lo dispuesto por el art. 524 de la LECrim, corresponderá al Juez de Instrucción la determinación y el alcance de los medios de comunicación de los que puede valerse y no entrañen riesgo al desarrollo de la Instrucción.

¹⁶⁸⁶ El antiguo Reglamento Penitenciario de 1981 autorizaba al privado de libertad la libre correspondencia con las personas relacionadas en la normativa relativa a las comunicaciones orales, reservando la Sección 4º del capítulo VIII a la regulación del modo en que la misma había de ser desarrollada.

¹⁶⁸⁷ Si no idénticas, sí muy semejantes son las exigencias que se contienen en el art. 35 disp. att. CPPit.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

intervenidas las dirigidas por escrito a quien señale, sin constancia o acreditación alguna, como su Abogado o procurador¹⁶⁸⁸.

En cualquier caso, aquellas cartas que por su peso o volumen excedan de lo normal e induzcan a sospecha les serán devueltas por el funcionario encargado de dicho registro para, en su presencia, ser introducidas en un nuevo sobre en la forma establecida; y asimismo, tendrá lugar el reintegro al remitente de las misivas sobre las que existan dudas al respecto de la identidad de su emisor o destinatario.

En cuanto a la correspondencia postal o telegráfica a recibir por el interno, el precepto reglamentario que se citaba exige su entrega sin censura, tras ser debidamente registrada y una vez comprobado mediante su apertura por el personal encargado y en presencia del interesado, que la misma no contiene tipo alguno de objetos prohibidos¹⁶⁸⁹.

De todo lo hasta el momento expuesto parece deducirse que, en la conciencia del legislador está presente el propósito de salvaguardar, en la mayor medida posible,

¹⁶⁸⁸ Vid. Art. 46.6° *in fine*, RP de 1996.

¹⁶⁸⁹ Es en este punto interesante atender a lo dispuesto por el legislador italiano en el art. 36 del OP - DPR 29.4.1976, n.431 (Reglamento de desarrollo de la 1.26.7.1975, n.354). En él se prevé que "la correspondencia contenida en sobre cerrado, ya sea de partida o sea de llegada al Establecimiento, será sometida a inspección, a los fines de evitar el porte de elementos u otros objetos no consentidos; inspección que, sin embargo, debe realizarse en modo tal que no llegue a operarse un control sobre lo escrito; y dispone el precepto asimismo que si la Dirección del Centro tuviere sospechas de que la correspondencia -tanto de llegada, cuanto de partida- contiene elementos que constituyen "cuerpo del delito" o que pueden suponer un peligro para el orden y la seguridad en el Establecimiento, puede detener la carta o misiva dando conocimiento de esta circunstancia al "magistrado de sorveglianza" o, si se tratare de un imputado en espera de juicio y hasta el momento en que sea emitida la sentencia de primer grado, a la autoridad judicial que proceda, a quienes corresponderá decidir si debe o no dársele curso. Ahora bien, de esta fiscalización prevista por el legislador penitenciario ha de excepcionarse la correspondencia epistolar mantenida por el interno con su defensor, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 103.6 CPPit y el art. 35 de las disp. att. del mismo Código.

Por su parte, el legislador procesal francés señala en el art. D. 69 CPPfr que las cartas dirigidas a defensores, así como aquellas que éstos dirijan a su patrocinado, no estarán sometidas al control previsto en el art. 416 del mismo Texto, si puede constatarse sin temor a equívoco que las mismas tienen como destinatario al defensor o provienen de él. A estos efectos, la mención acerca de la identidad del que ha de ser receptor de la comunicación debe hacerse constar en el sobre, e indicar la cualidad y dirección del destinatario o del que las expide.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

la privacidad de la relación epistolar con el Letrado, habida cuenta de la enorme repercusión que de su falta se deriva para la efectividad del fundamental derecho de defensa.

2.1.2.2.3. La comunicación vía telefónica.

Conforme se anunciaba, la comunicación del recluso con ciertas personas que, según lo expresamente previsto en la norma reglamentaria, se reducen al Abogado defensor y familiares, podrá excepcionalmente tener lugar vía telefónica.

En efecto, determina el art. 47 del Reglamento que el interno ha de ser autorizado a comunicar telefónicamente, si concurren determinadas circunstancias discrecionalmente apreciadas por la Autoridad penitenciaria; y, más extraordinaria es, si cabe, la operación inversa de recepción por el interno en el Centro de llamadas telefónicas procedentes del exterior¹⁶⁹⁰.

Estas últimas, según lo previsto en el apartado 5º del precepto que se citaba, sólo serán permitidas en excepcionalísimos supuestos y ante la presencia de circunstancias igualmente excepcionales no precisadas por el legislador, dejando un amplio y no menos peligroso margen de discrecionalidad en manos de la persona que ocupa la Dirección del Establecimiento para su concesión o no.

En cualquier caso, por su repercusión enorme sobre los derechos del interno y, en particular, sobre la efectividad de su derecho de defensa, han de entenderse incluidas en el catálogo de posibles comunicaciones telefónicas a recibir por el interno, las que procedan de su defensor desde el exterior¹⁶⁹¹; la sola garantía del derecho a la defensa que asiste al privado de libertad es razón poderosa a la que no

¹⁶⁹⁰ El art. 47.5 RP es expreso al señalar que, "salvo casos excepcionales, libremente apreciados por el Director del establecimiento, no se permitirán llamadas desde el exterior a los internos".

¹⁶⁹¹ Art. 27.5º del RP de 1996.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

puede enfrentarse cualquiera otra de peso que sirva para fundamentar la denegación de la comunicación telefónica que el defensor considere de importancia.

Cosa distinta es la dificultad de constatar que la llamada procede de la persona a quien, efectivamente, el interno ha confiado su defensa y que la información que desea transmitirse se halla relacionada con el ejercicio de la misma; sin embargo, si nuevamente se atiende y pondera los intereses puestos en juego y, en particular a la necesidad de otorgar la máxima protección a la relación Abogado-cliente, ha de concluirse no ya la conveniencia sino la verdadera necesidad de conceder la máxima permisividad tanto a la emisión, cuanto a la recepción por el privado de libertad de estas concretas llamadas telefónicas en las que, con mayor frecuencia, concurren excepcionales motivos de urgencia¹⁶⁹².

La previsión de esta modalidad de contactos indirectos o mantenidos vía telefónica es nuevamente muestra del interés del legislador por la resocialización penitenciaria y la atenuación de los efectos que derivan de la privación de libertad¹⁶⁹³ y responde a la necesidad de superar las dificultades, cuando no absoluta imposibilidad, en que a menudo se halla el interno o sus interlocutores para mantener contactos de forma personal y directa. Esto último puede pronto deducirse de la expresión separada en el texto de la norma reglamentaria, de una doble situación en que puede al interno autorizarse el disfrute de este singular modo de comunicación con el exterior.

Un primer supuesto en el que el legislador aprecia razones justificadas para autorizar la comunicación telefónica al privado de libertad es, bien la lejanía del Establecimiento del lugar de residencia de sus familiares, bien la existencia de

¹⁶⁹² La exigencia, en términos absolutos, de que la información que se transmite esté directamente relacionada con la defensa deviene irrealizable si no es tras la previa injerencia en su desarrollo y el acceso a su contenido; operación ésta que, por las razones que en breve se expondrán, resulta inconcebible.

¹⁶⁹³ PAZ RUBIO, JM^a, (et. alt.), "Legislación Penitenciaria", op. cit., pág. 220. Véase asimismo lo dispuesto en el art. 66 b) de las Reglas mínimas europeas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

-impedimentos reales para que éstos puedan desplazarse y visitarle en el Centro Penitenciario. Son circunstancias -la distancia y la dificultad de desplazamiento- que, a diferencia de lo que llevó a entender el antiguo reglamento, no necesariamente deben venir unidas.

Una y otra exigencia aparecen en la norma reglamentaria de 1981 ligadas mediante una conjunción copulativa que dio pie a considerarlas complementarias, lo cual, inevitablemente, condujo a su apreciación conectada, de forma tal que la imposibilidad para los comunicantes de visitar el Establecimiento había de ser motivada por la lejanía de su lugar de residencia o procedencia. El enlace empleado en el antiguo Texto desaparece en la norma de 1996, que incorpora una fórmula merced a la cual procede la autorización al interno de mantener comunicación telefónica con sus familiares, cuando éstos se hallen en dificultades para acudir al lugar de custodia distintas de la simple falta de proximidad¹⁶⁹⁴.

El segundo de los supuestos reglamentariamente previstos, no es otro que la necesidad del interno de comunicar con urgencia, a familiares y a un reducido número de personas de entre las que, indudablemente, ha de hallarse su Abogado defensor, algún dato o información de relevancia.

A la vista de lo expuesto, no parece errarse al afirmar que el legislador ofrece completa cobertura a toda necesidad de comunicación del interno sobrevenida que, por su trascendencia, ha de ser efectuada sin dilación. Esta circunstancia, unida a la anterior relativa al reducido círculo de posibles destinatarios de la comunicación, confirman la excepcionalidad de esta modalidad de contacto, que es clara consecuencia del temor del legislador de mayores riesgos de frustración de los fines de la prisión derivados de su celebración.

¹⁶⁹⁴ Véase el artículo 99.1º del RP de 1981, en contraste con su equivalente, el art. 47.1º del Reglamento actualmente en vigor.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ello no obstante, es obligado señalar que, sobre la base de una interpretación conectada de distintos preceptos penitenciarios, la jurisprudencia¹⁶⁹⁵ viene abriendo paso a la posibilidad de convertir cierto número de comunicaciones orales autorizadas al interno en contactos vía telefónica, de haber resultado imposible su celebración en la forma inicialmente prevista¹⁶⁹⁶.

En cualquier caso, la iniciativa para la celebración de comunicaciones telefónicas en prisión corresponde al interno quien, ante la concurrencia de cualquiera de las circunstancias legalmente previstas, ha de poner en conocimiento del Director del Establecimiento su deseo de comunicar en esta forma con una persona o personas concretas. Dicha autoridad, tras constatar que la solicitud cumple con cuantos requisitos se exigen, ha de acordar -o denegar, en caso de faltar éstos- la comunicación interesada. Si, definitivamente, la comunicación es autorizada, la llamada telefónica será efectuada en el día y hora fijado por la resolución emitida al efecto y ante la presencia, en todo caso, de un funcionario¹⁶⁹⁷.

El Reglamento Penitenciario es asimismo explícito en cuanto a la duración máxima y frecuencia con que, por lo general, puede entablarse comunicación vía telefónica; previsiones que, por razones obvias, no han de operar en situaciones de urgencia¹⁶⁹⁸. Es más, aunque lo cierto es que el legislador guarda silencio, parece

¹⁶⁹⁵ En efecto, sobre la base de lo dispuesto en los arts. 47.1º y 51.4º del RP, un Auto del JVP de Melilla de 20 de junio de 1996, autorizaba a un interno a mantener vía telefónica las dos comunicaciones orales a las que por semana tiene derecho y de las que no pudo disfrutar por consecuencia de la lejanía de quienes habían de ser sus interlocutores.

¹⁶⁹⁶ Cfr. UTZ, H., *Die Kommunikation zwischen inhaftiertem Beschuldigten und Verteidiger*, Basel, 1984, pág. 45.

¹⁶⁹⁷ Con relación al procedimiento a observar, el nuevo reglamento es novedoso; se abandona el método anterior -de utilidad muy discutible, dado que, no es mucha la garantía que ofrece el conocimiento por el funcionario de la identidad de quien se encuentra al otro lado del hilo telefónico- y, prescindiendo de otros requisitos, el que regula la norma de 1996 no exige más que la mera presencia del funcionario. Vid. RACIONERO CARMONA, F., *El derecho a las comunicaciones. Regímenes especiales*, en "I Curso monográfico de Jueces de Vigilancia Penitenciaria", Madrid 13-16 de noviembre de 1995, publicado por CGPJ, Madrid 1997, págs. 377 y 378.

¹⁶⁹⁸ En cuanto a la duración máxima y frecuencia de las conversaciones telefónicas del interno con la generalidad de personas autorizadas, véase el art. 47.4º RP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

tratarse de exigencias que no han de afectar a la privilegiada comunicación que el interno precise mantener con su Abogado defensor¹⁶⁹⁹, a los efectos de garantizar la mayor eficacia de la función defensiva.

Un ligero vistazo a lo que al respecto prevén algunos otros ordenamientos penitenciarios del marco jurídico europeo ha permitido constatar que, en particular, el legislador italiano reconoce con carácter extraordinario¹⁷⁰⁰ al privado de libertad, la facultad de comunicar telefónicamente con el exterior de la prisión¹⁷⁰¹. Las llamadas requeridas por el interno¹⁷⁰² cuya celebración se autorice, y que han de ser llevadas a cabo por el personal penitenciario, según dispone la norma penitenciaria, podrán ser objeto de registro o escucha por parte de uno de aquellos funcionarios.

¹⁶⁹⁹ El interno habrá de costear las llamadas que a su solicitud se celebren, a excepción de la entablada para dar a sus familiares o Abogado conocimiento de su ingreso en un Centro penitenciario o su traslado a otro Establecimiento en el momento del ingreso. Art. 41. 3º RP.

¹⁷⁰⁰ Según dispone el art. 37 del OP -DPR 29.4.1976, n.431- "los detenidos y condenados podrán ser autorizados a mantener correspondencia telefónica con sus familiares, en función de particulares y graves motivos de urgencia que imposibiliten el recurrir a la comunicación personal, a través de contactos, o a la comunicación escrita y telegráfica; y, solo en excepcionalísimos supuestos en que concurran extraordinarias razones de urgencia, será concedida al interno la facultad de mantener comunicación telefónica con el resto de personas.

¹⁷⁰¹ Podrán ser asimismo autorizadas conversaciones telefónicas al detenido o interno por razón de los delitos indicados en el 4-bis de la ley de 26 de julio de 1975, n.354, de las que en todo caso habrá de llevarse registro, en lo que parece una excepción a la prohibición de concesión de beneficios a cierto grupo de reclusos -prohibición, cuyo fundamento parece hallarse en la peligrosidad social que se afirma de los condenados por tales delitos- y que favorece a delincuentes que prestan su colaboración a la Administración de Justicia en la lucha contra la criminalidad organizada; y, esto último, según expresa el art. 37 OP, con independencia de que de dicha colaboración resulten o no, por falta de actualidad, datos objetivamente útiles a esos efectos.

Dispone asimismo el citado precepto reglamentario que, cuando se trate de detenidos o internos por delitos cometidos por fines terroristas o de subversión del ordenamiento constitucional, este beneficio sólo podría ser concedido si no llegara a apreciarse elemento alguno que haga sospechar la subsistencia de relaciones del interno con la criminalidad organizada o reversa que trata de combatirse.

¹⁷⁰² Expresa el citado art. 36 en su apartado 6º que el interno interesado en sostener una comunicación telefónica, habrá de dirigir un escrito a la autoridad competente, indicando el número de teléfono y la identidad de la persona con quien desea comunicar, así como la razón de su solicitud. El contacto telefónico, según dispone el párrafo 7º del mismo precepto, será realizado por el personal del Centro y su duración no excederá del límite máximo de 6 minutos.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esto último, sin embargo, ha de excepcionarse en los supuestos a los que se refieren los arts. 103.5 CPPit y 35.5 de las disp. att. de dicho Código, con relación a las comunicaciones en las que interviene el Abogado defensor cuya inviolabilidad ha de preservarse en garantía del libre ejercicio de la función que a éste se encomienda y así, de la efectividad del fundamental derecho de defensa.

En cualquier caso, admitir la posibilidad de someter a control las comunicaciones del interno -aun excluidas las que se mantengan con el defensor- en atención a fines que habrán de ser distintos a los perseguidos por el legislador procesal en su previsión de medidas de intervención de las comunicaciones al servicio de la averiguación del delito, tiene sus riesgos.

No puede ignorarse la facilidad con que una medida al servicio de los fines de seguridad y buen orden del Establecimiento podría tornarse, mediante su empleo intencionado con la distinta finalidad de obtención de elementos y fuentes de prueba, en una auténtica medida de intervención de las comunicaciones personales en cuya aplicación han de observarse las estrictas garantías impuestas por la LECrim -aunque de modo muy deficiente- y derivadas de la regla de proporcionalidad, expuestas en el tercero de los capítulos en que se ha estructurado este estudio.

Consciente de lo anterior, el legislador italiano se detiene en la configuración de una medida que no ha de confundirse con la "intercettazione telefoniche"; según la norma penitenciaria señala, de la escucha y registro de la comunicación que se acuerde habrá de darse aviso efectivo a los interesados -en el supuesto que interesa, al interno y su interlocutor que, por lo que en breve se expondrá, sólo en muy extraordinarios supuestos podrá ser su Abogado defensor- quienes, una vez conocida esta circunstancia y con su aquiescencia, podrán celebrar la comunicación autorizada y que se sabe sujeta a fiscalización¹⁷⁰³.

¹⁷⁰³ DI GENARO, V., con BONOMO, "Commento a la ...", op. cit., págs. 142 y ss.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La Ley Penitenciaria española, en cambio, a salvo la necesaria presencia de un funcionario en su celebración, no detalla las condiciones en que puede ser llevada a cabo la injerencia de la Administración penitenciaria en el desarrollo de las conversaciones mantenidas por el interno vía telefónica¹⁷⁰⁴; sin embargo, de lo que no hay duda es de que ni la Ley ni el Reglamento Penitenciario facultan a los órganos administrativos para la captación del contenido de las comunicaciones habidas por el interno a través de medios técnicos distintos de la propia línea telefónica del Establecimiento, tales como la instalación de micrófonos en las celdas y, en caso alguno -y es éste un dato, si cabe, de mayor relevancia- de espaldas al sujeto afectado en lo que constituiría lo que algún autor ha designado como realización de "escuchas secretas"¹⁷⁰⁵.

Sin embargo, no ha de perderse de vista que también en el ámbito penitenciario queda espacio a la operatividad de medidas de injerencia en las comunicaciones personales del interno al servicio de la investigación e instrucción de las causas criminales; ahora bien, la aplicación de estas últimas sobre las comunicaciones del recluso exige, inexcusablemente, la previa observancia de las garantías que, si no detalladas en la LECrim, se derivan de la exigencia de proporcionalidad de toda medida que, como es el caso, entrañe límites al ejercicio de uno de los derechos fundamentales de la persona¹⁷⁰⁶.

En conclusión a lo expuesto puede afirmarse que el interno goza en prisión del derecho a la libre comunicación con la persona que le representa y a quien

¹⁷⁰⁴ La ausencia de una concreta referencia en la LOGP al respecto de la forma en que habrá de ser llevada a cabo la injerencia se ve agravada ante el vacío legislativo que padece la norma procesal al respecto de las intervenciones telefónicas, que ha hecho preciso servirse de la valiosísima doctrina jurisprudencial que se señala en estas páginas.

¹⁷⁰⁵ Vid. PAZ RUBIO, JM^a., con GONZÁLEZ- CUÉLLAR GARCÍA, A., MARTÍNEZ ATIENZA, G., ALONSO MARTÍN-SONSECA, M., "Legislación penitenciaria...", op. cit., pág. 221.

¹⁷⁰⁶ Conviene hacer notar nuevamente que, la medida prevista en el art. 579.3º LECrim es susceptible de acuerdo en el marco del proceso, como instrumento útil a la investigación e instrucción de las causas por delito y, resulta de aplicación sobre las comunicaciones telefónicas del procesado o las de terceras personas de las que éste se sirva para la realización de sus fines delictivos, si se sospecha que de las mismas pueden obtenerse datos de relevancia.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

encomienda su defensa, pero igualmente que, en supuestos concretos y con garantías reforzadas, puede el mismo ver excepcionado su disfrute, con lo que ello entraña de menoscabo a la efectividad de su más elemental derecho de defensa.

No puede ponerse en duda que, durante el tiempo en que se halle privado de libertad -sea con finalidad cautelar, sea en cumplimiento de una pena de esta misma naturaleza¹⁷⁰⁷- se ha de asegurar al interno la facultad de valerse del asesoramiento del Letrado, ha de disfrutar del derecho a la asistencia y defensa técnica como manifestación del más amplio de defensa para salvaguarda del resto de sus derechos e intereses.

Ahora bien, consciente de la especialidad de la relación que une a Abogado y cliente y la instrumentalidad de sus contactos a la efectividad del derecho de defensa que ha preservarse en todo estado y grado del proceso, el legislador penitenciario, de un lado, rodea la celebración de las comunicaciones entre ambos de mayores garantías y, de otro, reduce drásticamente las posibilidades de limitación al exigir previa orden de la autoridad judicial y admitir su acuerdo en solo marco de los delitos de terrorismo.

El precepto al que se alude, el art. 51.2º LOGP, determina efectivamente el alcance y condiciones en que puede tener lugar la comunicación de presos y penados con su defensor o el Abogado expresamente llamado para asuntos penales y su eventual limitación; y, en desarrollo de esta previsión, el art. 48 RP precisa el modo en que esta última habrá de ser llevada a cabo.

A la vista de lo anterior, conviene cuestionarse cuál es la razón de ser o fundamento de esta disposición penitenciaria sin dejar de lado la reflexión en torno a

¹⁷⁰⁷ Téngase presente que, la eventual injerencia en el desarrollo de las comunicaciones reglamentariamente prevista, afecta por igual al preso en espera de juicio, en el ejercicio del más elemental de sus derechos procesales y al interno condenado que precisa de la asistencia de Letrado en cuantas incidencias de la ejecución se planteen y con ocasión de la interposición de determinados recursos ante los órganos penitenciarios y judiciales, o por razón de la necesidad de continuar asuntos iniciados con anterioridad a su internamiento en prisión.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

algunas otras cuestiones de relevancia, como la relativa a la autoridad a la que corresponde decidir la restricción y controlar más tarde su realización conforme a las garantías exigidas, así como la referida a la finalidad que puede legitimar tan intensa intromisión en el derecho del interno a la libre comunicación con el defensor.

A partir de las conclusiones que se obtengan, lo esencial será valorar críticamente las medidas limitativas que se arbitran, conforme a las pautas que suministra el principio de proporcionalidad, de necesaria observancia en toda restricción de derechos, como los afectados, consagrados como fundamentales de la persona.

En definitiva, se trata de averiguar si las restricciones del derecho a comunicar con Abogados, a la vista de la entidad del bien jurídico que puede verse dañado, se ajusta o no a los más básicos postulados constitucionales.

3. LA LIMITABILIDAD DEL DERECHO A MANTENER LIBREMENTE COMUNICACIÓN CON EL ABOGADO EN PRISIÓN.

3.1. IDEAS PREVIAS.

De una primera aproximación a lo dispuesto en el art. 51.2º de la LOGP parece deducirse que el legislador ordinario responde al mandato constitucional¹⁷⁰⁸ de garantizar a la persona privada de libertad la relación su Abogado defensor, al asegurar la celebración de sus contactos en prisión; contactos que han de serle permitidos desde el momento de su ingreso en el Centro Penitenciario y, sin solución de continuidad, hasta

¹⁷⁰⁸ Dicho mandato puede extraerse de lo dispuesto en los artículos 18.3º, 25.2º en relación con los arts. 24 y 17.3º, el art. 9.2º y los arts. 53.2º, 116.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

el cumplimiento definitivo de la pena o, en su caso, el levantamiento de la medida cautelar a la que se hallare sujeto.

Sin embargo, al propio tiempo revela la posibilidad de introducir ciertos límites en el desarrollo de sus comunicaciones, en supuestos y bajo condiciones determinadas, por entenderse amenazado el éxito del fin o fines perseguidos con la privación de libertad; ello, en cualquier caso, teniendo presente que, la "limitación de los derechos de los internos tiene carácter excepcional, y por tanto, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva"¹⁷⁰⁹.

Conviene, pues, un acercamiento a las previsiones que en dicha ley se contienen con el propósito de averiguar en qué circunstancias resulta legítima la injerencia en el derecho del interno a la libertad y secreto de las comunicaciones, en general y, en particular -por no resultar inmunes a la eventualidad del límite- a las que mantiene con la persona que le presta asesoramiento y defensa¹⁷¹⁰. Puede adelantarse que, todo límite a la comunicación imputado-defensor, precisa de la observancia de más estrictas exigencias al efecto garantizar la máxima reserva en el desarrollo de sus contactos, indispensable a la eficacia de la estrategia defensiva.

Así las cosas, el tratamiento de la materia ha de partir de la premisa básica¹⁷¹¹ de considerar al privado de libertad como titular del derecho al secreto de las comunicaciones privadas, con el matiz que representa la inevitable delimitación de su marco de ejercicio en atención a la singularidad de la relación penitenciaria que se establece.

A este respecto, el mismo TC reconocía que el derecho a la libre comunicación "no se configura constitucionalmente con carácter absoluto en el art. 18.3º y.

¹⁷⁰⁹ Vid. AAP de Madrid (Sección 2ª) de 22 de septiembre de 1994.

¹⁷¹⁰ Véase el art. 51.2º de la LOGP, y en su desarrollo, el art. 48.3º RP de 1996.

¹⁷¹¹ Así se deduce de la que parece ya consolidada doctrina constitucional expresada, entre otras, en las SsTC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4º y 170/1997, de 23 de octubre.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

tampoco, con relación a los sujetos privados de libertad, en el art. 25.2 (...) ¹⁷¹²; es, precisamente, conforme a este último precepto constitucional como ha de enjuiciarse la aplicación de la legislación penitenciaria y, en concreto, de los posibles límites contenidos en el art. 51 de la LOGP ¹⁷¹³.

Por otra parte, del mismo modo en que se afirma del sujeto que se halla en prisión en espera de juicio, no puede ponerse en duda que el interno condenado ha de ser mantenido en el disfrute del elemental derecho a la defensa técnica y asistencia letrada por todo el tiempo de cumplimiento de la pena impuesta; derecho a cuya efectividad es ineludible la garantía del derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones con la persona que haya de prestarla.

Si, como parece evidenciarse, la injerencia en la esfera de ejercicio de este último derecho fundamental repercute con un coste altísimo sobre el más básico de los derechos procesales, es claro que el acuerdo -e incluso antes, la misma previsión legislativa- de limitaciones que pretendan ser introducidas, habrá de superar los cánones de proporcionalidad, como parámetro determinante de la legitimidad de la medida desde el punto de vista constitucional.

3.2. LA POSIBILIDAD DE SUSPENDER O INTERVENIR LAS COMUNICACIONES CON LETRADOS.

Con anterioridad se hacía notar que, la norma penitenciaria dedica particular atención a las comunicaciones del interno con Abogados y procuradores, y un especial

¹⁷¹² STC 170/ 1996, de 29 de noviembre, (FJ 4°).

¹⁷¹³ Téngase presente que, según reiterada doctrina jurisprudencial, "ni el fallo condenatorio ni el sentido de la pena y la ley penitenciaria suspenden el derecho invocado durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad"; ahora bien, la LOGP y el Reglamento delimitan y limitan los márgenes de su ejercicio, en atención a la singular relación penitenciaria a la que el interno viene sujeto desde su ingreso en prisión. Véanse, en particular, las SsTS 128/1997 y 170/1996, de 3 de diciembre.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

celo en lo que a su garantía se refiere y que manifiesta tanto en el modo de celebrarlas, cuanto de someterlas a limitación.

Ciertamente, el art. 51.2º de la LOGP es expreso al señalar que las comunicaciones con el Abogado defensor o aquél llamado para asuntos penales "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".

Ello evidencia que el legislador opera una drástica reducción de las posibilidades de injerencia en el desarrollo de esta específica comunicación, al manifestar que la misma podrá ser sólo acordada en un único supuesto delictivo y siempre que además fuere judicialmente ordenada.

Es ésta una conclusión que, a pesar de la ambigüedad de la formulación del precepto, se alcanza sin dificultad como resultado de una interpretación en el sentido que merece y ha de otorgarse al fundamental derecho de defensa, a cuya efectividad es instrumental el derecho mantener libre comunicación con el defensor.

La imprecisión legislativa a la que se alude, dio pie a doctrina y jurisprudencia a considerar -erróneamente, según el máximo intérprete constitucional ha llegado a señalar- uno y otro de los presupuestos exigidos como alternativos cuando, contrariamente, han de entenderse complementarios, de suerte que, la legitimidad de la injerencia resulta sólo si concurren ambos.

Esta incertidumbre alcanza incluso a la cuestión relativa a la consideración de la autoridad judicial a la que se alude como único órgano legitimado para decidir la limitación o, si como en alguna ocasión ha llegado a entenderse, en determinados supuestos ha de reconocerse igualmente a la Administración penitenciaria -en la

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

persona del Director del Establecimiento¹⁷¹⁴ - potestad para el acuerdo y aplicación de la medida.

Esta concreta duda recibía una primera respuesta de nuestro TC a partir de un pronunciamiento *obiter dictum*¹⁷¹⁵ "poco afortunado", según el mismo Tribunal reconocería años más tarde, y "en absoluto compatible con la protección que merece el fundamental derecho de defensa en los procesos penales"; respuesta, por la razón que se expresa, de signo opuesto a la que ha acabado imponiéndose y explícita la norma reglamentaria actualmente en vigor, a diferencia de la de 1981 que nada nombraba.

Como de inmediato se tendrá ocasión de constatar, esta interpretación renovada del precepto penitenciario ha supuesto una radical transformación del modo de entender las posibilidades de limitación de las comunicaciones privadas de presos y penados, especialmente con Abogados y procuradores, más ajustada a las exigencias que impone la tutela del derecho de defensa.

Pero es un nuevo interrogante que la disposición penitenciaria plantea e interesa despejar, el relativo a la aplicabilidad de los límites en ella previstos al total de posibles modos de comunicación del interno con su Abogado o, contrariamente, su afectación con exclusividad a las comunicaciones orales que mantienen con ocasión de las visitas al Centro realizadas por este último.

Lo cierto es que, si se atiende al solo dato de la expresa mención en la norma de "departamentos apropiados" como lugar de celebración de las comunicaciones susceptibles de limitación, sería quizás esta última la solución a la duda planteada; sin

¹⁷¹⁴ Muestra de esta confusión arrastrada hasta fechas no lejanas, ha sido el permanente enfrentamiento no tanto de posturas doctrinales cuanto, en el plano de la estricta práctica forense, entre órganos administrativos y los judiciales, acerca de la delimitación de sus competencias.

¹⁷¹⁵ STC 73/1983, de 30 de julio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

embargo, parece ser bien distinta la opinión que al respecto manifiestan doctrina¹⁷¹⁶ y jurisprudencia.

Según ha expresado el máximo intérprete constitucional¹⁷¹⁷, esta concreta referencia a un espacio adecuado para la celebración de contactos directos, no ha de entenderse más que como especificación de las condiciones en que ha de celebrarse una sola de las posibles vías de comunicación¹⁷¹⁸.

Si el legislador no discrimina entre comunicaciones orales o escritas, tampoco ha de hacerlo el intérprete y, en consecuencia, nada impide considerar las exigencias que en él se contienen predicables de una eventual limitación de las que el interno puede mantener con su defensor a través de correspondencia postal o telegráfica y la extraordinaria vía de comunicación telefónica si, como se ha adelantado a precisar el Alto TEDH, la misma se entiende incluida en dicha categoría¹⁷¹⁹.

La celebración de estos otros modos de comunicación, por su idéntica incidencia sobre la efectividad del elemental derecho de defensa, merece la misma -si no mayor- protección que la que el legislador confiere a las comunicaciones directas y, en consecuencia, la observancia de los estrictos presupuestos y requisitos se exigen para la legitimidad de su limitación.

¹⁷¹⁶ Véase por todos, RÍOS MARTÍN, JC., "Manual de ejecución penitenciaria", op. cit., pág. 142.

¹⁷¹⁷ Vid. STC 58/1998, de 16 de marzo, en su FJ 7º.

¹⁷¹⁸ Lo cierto es que, en torno a esta cuestión fue presentada por el grupo Comunista en el Congreso una enmienda al proyecto de LOGP que proponía una redacción del art. 51 del tenor siguiente: "Las comunicaciones del interno con el exterior podrán ser orales y escritas (...)"; y, en lo que hubiera sido un tercer párrafo al precepto dedicado a las comunicaciones con Abogados y Procuradores, reitera la referencia al lugar de celebración, esto es, "departamentos apropiados" que la norma consagrara definitivamente. Véase la enmienda núm. 29 al Proyecto de Ley Orgánica General Penitenciaria, mayo de 1979, recogidas en el Texto *Ley Orgánica General Penitenciaria. Trabajos parlamentarios*, ed. Cortes Generales, Madrid, 1980, pág. 65.

¹⁷¹⁹ Vid. SsTEDH de 6 de septiembre de 1978, de 2 de agosto de 1984, (Asunto MALONE), de 24 de abril de 1990, (Caso KRUSLIN y Asunto HUVIG), de 30 de julio de 1998, (Asunto VALENZUELA CONTRERAS), de 25 de marzo de 1998 (Asunto KOPP) y de 24 de agosto de 1998, (Caso LAMBERT).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

3.2.1. ESPECIAL NATURALEZA DE LAS COMUNICACIONES CON ABOGADOS.

Si, en particular, se atiende a lo expresado en el primer apartado del precepto a cuya exégesis se dedican estas páginas, pronto puede evidenciarse que, a no ser que el individuo venga sujeto a incomunicación judicialmente decidida "los internos estarán autorizados a comunicar de forma oral y escrita, y en su propia lengua" con distintas personas que se hallan en el exterior de la prisión; comunicaciones éstas que, según se precisa, "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".

El mismo art. 51 LOGP, en el 5º y último de sus apartados, sin embargo, hace mención explícita de la posibilidad de decidir -y del órgano legitimado al efecto- la intervención de las comunicaciones a las que el precepto se refiere, sin aparente exclusión de cualquiera de las que se mencionan. Esta decisión, que habrá de ser motivada, viene generalmente confiada al Director del Establecimiento con la exigencia de su puesta de inmediato en conocimiento de la autoridad judicial que ha de velar por el respeto de los derechos del interno.

Ahora bien, como se ha tenido ocasión de constatar, el legislador penitenciario confiere un tratamiento diferenciado a la comunicación que puede tener lugar entre el interno y su Abogado defensor o el expresamente llamado para asuntos penales; estas otras se regulan en un párrafo independiente y, según se desprende, quedan sometidas a distinto régimen, por razón de su directa repercusión sobre el fundamental derecho de defensa.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ello, en cualquier caso, no admite discusión a la vista de lo declarado por el mismo TC¹⁷²⁰, que advierte de la distinta naturaleza de dos posibles clases de comunicaciones a celebrar en prisión, para sujetar las específicas que se mantienen con Abogados que aquí interesan, no al general, sino al especial régimen jurídico configurado por el art. 51.2º LOGP. Éstas últimas, habrán de desarrollarse en "departamentos apropiados" que reúnan las condiciones adecuadas para asegurar su confidencialidad y que podrán sólo ser "suspendidas o intervenidas por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo"¹⁷²¹.

Esto último evidencia el enorme celo puesto por el legislador en la previsión del modo de celebrar estos contactos y al precisar el órgano legitimado para decidir toda eventual limitación; la norma penitenciaria, de un lado, señala los supuestos en que el límite resulta admisible y, de otro, residencia la competencia para el acuerdo de este último en una autoridad única, cual es aquella investida de potestad jurisdiccional.

3.2.2. REQUISITOS EXIGIDOS PARA LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A COMUNICAR. LA NECESARIA CONCURRENCIA DE UN DOBLE PRESUPUESTO LEGITIMADOR.

3.2.2.1. Antecedentes doctrinales y jurisprudenciales.

Es cierto que si se atiende a la literalidad de lo dispuesto en el párrafo 5º del art 51 LOGP antes nombrado, la potestad de decidir la intervención de las comunicaciones a las que se refiere el precepto podría ser atribuida, sin excepción, a la máxima autoridad

¹⁷²⁰ Véase, la paradigmática STC 183/1994, de 20 de junio, a la que han seguido en el mismo sentido, las SsTC 170/1997 y 141/1999, de 22 de julio.

¹⁷²¹ Una enmienda, la número 82 de las presentadas al Proyecto de LOGP por el grupo socialista y a la que el comunista se sumó más tarde, proponía la exclusión del precepto de toda referencia a la legislación especial transitoria antiterrorista y la expresa constancia, en cambio, de la exigencia de orden de la autoridad judicial para intervenir en la generalidad de supuestos, y no sólo en las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor". Véanse los "Trabajos parlamentarios" sobre la LOGP, op. cit., pág. 57.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

del Establecimiento. Es más, la aparente vocación de generalidad con que viene formulado el precepto, condujo durante largo tiempo a nuestros jueces a considerar sometidas al régimen que en él se establece las especiales comunicaciones que el interno queda autorizado a mantener con Abogados y procuradores, a las que se refiere en su segundo apartado.

En este sentido, y aunque su criterio sería más tarde corregido, abogaba el TC¹⁷²² de 1983 por una interpretación del mencionado art. 51.2º LOGP en conexión con lo dispuesto en el párrafo 5º LOGP; y, asimismo, sobre la base de una interpretación conectada y ajustada al sentido gramatical o extensivo de cuanto se dispone, la doctrina penitenciaria¹⁷²³ ha venido entendiendo alternativos los requisitos de "orden de la autoridad judicial" y "supuestos de terrorismo" que señala aquel segundo apartado.

De seguirse una interpretación en el modo descrito, habría de entenderse que la intervención de las comunicaciones con Letrado precisa de orden de la autoridad judicial en la generalidad de supuestos, mientras en los casos de terrorismo bastaría la decisión del más alto cargo administrativo en la Institución.

Afortunadamente, el mismo Tribunal muestra su rechazo a tan desacertada doctrina al declarar que, la interpretación de la que en ella se parte "no se aviene al sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al artículo 51 de la LOGP"¹⁷²⁴; consciente de la especial naturaleza de la comunicación del privado de libertad con su

¹⁷²² STC 73/1983, de 30 de julio.

¹⁷²³ Entre otros muchos, BUENO ARÚS, F., "Derechos Fundamentales...", op. cit., págs. 60 y ss; GARRIDO GUZMÁN, L., "Manual de Ciencia Penitenciaria", op. cit., pág. ; GARCIA VALDÉS, C., "Comentarios a la ley ...", op. cit., pág. 170.

En un primer momento, también PAZ RUBIO parece seguir una interpretación semejante, sin embargo, cuando tiene a la vista la citada STC 183/1994 rectifica el sentido de ciertas declaraciones iniciales para asumir plenamente el que resulta de dicho pronunciamiento jurisprudencial. Vid. "Legislación Penitenciaria...", op. cit., págs. 218 y 221;

¹⁷²⁴ Véase la STC 183/1994, de 20 de junio, en su FJ 5º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Abogado y el trato privilegiado que merece por su directa incidencia sobre el derecho de defensa, el TC no ha dudado en afirmar en recientes pronunciamientos "la imposibilidad constitucional de interpretar ese párrafo 2º del precepto¹⁷²⁵ en el sentido de considerar alternativas las condiciones expresadas (...) y derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa" que, según se sostiene, resultaría "incompatible con el más intenso grado de protección que la norma confiere al derecho de defensa en los procesos penales"¹⁷²⁶.

En realidad, con carácter previo incluso a la STC 183/1994, de 20 de junio y con ella, a la ruptura definitiva de la línea jurisprudencial hasta entonces mantenida, la AN¹⁷²⁷ se separaba de la doctrina inicialmente sentada por el TC¹⁷²⁸, al distinguir en cierto pronunciamiento un régimen general de suspensión o intervención de comunicaciones de un segundo régimen, especial en este caso, referido a las comunicaciones con el Abogado defensor o el llamado para asuntos penales, por razón de su singularidad y repercusión innegable sobre elementales derechos procesales.

Es más, la AN no solo se opone al criterio sentado por el TC de 1983 sino que va más allá al afirmar que, en absoluto resulta admisible una interpretación gramatical del precepto que abra paso a la consideración, a su vez diferenciada, entre un supuesto general de comunicaciones con Letrado ante la comisión -ya presunta, ya declarada por sentencia- de delitos comunes, en el que se exige orden de la autoridad

¹⁷²⁵ La disposición penitenciaria conecta a través de una conjunción copulativa la exigencia de orden de la autoridad judicial y la necesidad de que se trate de supuestos delictivos relacionados con el fenómeno terrorista.

¹⁷²⁶ STC 183/1994, 20 de junio, FJ 5º.

¹⁷²⁷ Véase, el Auto emitido con fecha de 20 de diciembre de 1993.

¹⁷²⁸ Esta última construida, recuérdese, sobre la base de meras declaraciones de *obiter dictum* y en absoluto ajustadas a la máxima efectividad y realidad que ha de otorgarse al derecho de defensa en los procesos penales, según el mismo TC ha expresado en su STC 183/1994, de 20 de junio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

judicial y el especial supuesto de los delitos de terrorismo en el que se reconozca al Director la potestad de sujetar a limitación estas comunicaciones¹⁷²⁹.

En verdad, como con acierto la doctrina ha precisado, el precepto penitenciario no ofrece cobertura jurídica a una eventual injerencia de la Administración en el desarrollo de la comunicación entre el interno y su defensor; comunicación que, contrariamente, ha de tener lugar en condiciones de absoluta reserva. El aseguramiento de la confidencialidad de sus contactos, según todo apunta a considerar, no puede siquiera negarse en atención a aquellos fines de mantenimiento del orden y seguridad en el Centro o el interés del tratamiento mencionados por el legislador en el 51.1º LOGP.

Con el apoyo de esta renovada doctrina jurisprudencial, no pueden entenderse¹⁷³⁰ alternativos los presupuestos legitimadores de la limitación¹⁷³¹. La concurrencia de uno y otro sirve, pues, a la configuración de un régimen especial que únicamente afecta a las comunicaciones con Abogados y Procuradores.

Como de inmediato se conocerá, este privilegiado régimen al que ha de someterse la comunicación con Letrados viene caracterizado, de una parte, por la reducción de las posibilidades de injerencia, en la medida en que los posibles límites podrán solo operar respecto de comunicaciones habidas en el seno de causas delictivas relacionadas con el fenómeno terrorista y, de otra, por un incremento de las exigencias

¹⁷²⁹ Vid. AAN de 20 de diciembre de 1993, (FJ 10º).

¹⁷³⁰ A pesar de cuanto pueda desprenderse del tenor literal del precepto, se coincide con MARCHENA al considerar inadmisibles una interpretación extensiva de esta posible injerencia. Véase, "La injerencia de la Administración Penitenciaria ...", op. cit., pág. 307.

¹⁷³¹ Opinión que manifiestan, entre otros, MARCHENA GÓMEZ, A., "La injerencia de la Administración Penitenciaria ...", op. cit., pág. 307; MONTAÑÉS PARDO, MA., "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 27; RÍOS MARTÍN, JC., "Manual de ejecución penitenciaria", op. cit., pág. 142; RODRÍGUEZ ALONSO, A., "Lecciones de Derecho Penitenciario ...", op. cit., pág. 217 y TAMARIT SUMALLA, JMª. SAPENA GRAU, F., GARCÍA ALBERO, R., "Curso de Derecho Penitenciario...", op. cit., pág. 130; aunque tras cierta confusión inicial, dan cuenta de la evidencia PAZ RUBIO, JMª., GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., MARTÍNEZ ATIENZA, G., y ALONSO MARTÍN-SONSECA, M., "Legislación penitenciaria...", op. cit., pág. 222.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

requeridas para la legítima aplicación de la medida limitativa, que se resumen en la inexcusable mediación de orden judicial al efecto.

En consecuencia, la decisión, necesariamente motivada, de limitar las comunicaciones del interno con el Abogado defensor, ha de proceder exclusivamente de esta última autoridad, no pudiendo en caso alguno admitirse interferencias de la Administración penitenciaria.

Como se adelantaba, esta coherente y acertadísima doctrina jurisprudencial ha sido incorporada definitivamente al Texto del RP que inicia su andadura en 1996; una incorporación ésta que, desde la propia Exposición de Motivos de la nueva norma reglamentaria se anunciaba como uno de los principales objetivos de la reforma.

3.2.2.2. La solución del legislador expresada en el Reglamento Penitenciario de 1996.

La materia relativa a las comunicaciones con Letrado en prisión y su posible restricción, ciertamente, recibe atención particularizada por el legislador penitenciario en la nueva norma reglamentaria aprobada por RD 190/1996, de 9 de febrero. Como de inmediato se conocerá, en desarrollo de las previsiones de la LOGP, el nuevo Reglamento precisa el modo y supuestos en que cabe su limitación, así como la concreta autoridad que resulta competente para el acuerdo y aplicación de la limitación misma, en caso alguno el órgano administrativo que asume la dirección del Establecimiento.

Las comunicaciones del interno con el Abogado defensor o con el expresamente llamado en relación con asuntos penales, según explicita el art. 48.3º RP, "no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso por decisión administrativa". A tales efectos, se impone como presupuesto inexcusable la previa orden de la autoridad judicial¹⁷³².

¹⁷³² Art. 48. 3º in fine.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Las mismas garantías resultan precisas a la hora de limitar el desarrollo la comunicación epistolar que los dichos sujetos mantengan; según dispone el art. 46.6º RP, las comunicaciones escritas del interno con Abogados y Procuradores no admiten la injerencia en su desarrollo de la autoridad administrativa; en consecuencia, sólo el Juez puede decidir su intervención.

Puede observarse que, en su previsión de posibles límites susceptibles de afectar a la comunicación epistolar, el citado precepto no hace alusión alguna a específicos supuestos delictivos en los que la limitación resulte constitucionalmente legítima; sin embargo, si se tiene presente que la norma penitenciaria se refiere genéricamente a "las comunicaciones del interno" debe entenderse que, en su desarrollo y aunque nada menciona, el reglamento viene referido a ese mismo marco de delitos de terrorismo en el que únicamente se admite la eventualidad del límite.

El mismo Reglamento señala que, de hallarse intervenidas las comunicaciones ordinarias, puede acordarse la intervención de la correspondencia que el interno dirija a quien identifique como su representante o defensor¹⁷³³ si no existiera constancia expresa de su identidad en el Expediente o en el caso en que no pueda la Dirección del Centro acreditar que la persona designada sea, efectivamente, su Procurador o Abogado¹⁷³⁴.

En ocasiones, sin embargo, principalmente aquéllas en las que el interno tiene distintas causas pendientes, no consta expresamente en el expediente carcelario la identidad del Letrado que interviene como defensor en cada una de ellas; e, incluso, puede que en el expediente que maneja la Administración Penitenciaria no exista noticia alguna acerca del Letrado "expresamente llamado para asuntos penales" con el

¹⁷³³ Vid. Art. 46.6º RP.

¹⁷³⁴ Ello, en opinión de RÍOS MARTÍN, lleva a concluir definitivamente que la exigencia reglamentaria entraña una efectiva vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones interno-Abogado que nuestro Texto Constitucional consagra. "Manual de ejecución penitenciaria", op. cit., págs. 144 y 145.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que el interno precisa comunicar; circunstancias, una u otra, que hacen dudar de la licitud de la previsión.

Admitir la posible apertura de esta específica correspondencia, en circunstancias inciertas y con el solo apoyo en una previa intervención de las comunicaciones "ordinarias", resulta a nuestro juicio un tanto forzado; en evitación de errores y actuaciones inadecuadas, no parece hallarse mejor solución que un reforzamiento de las cautelas.

Ha de vencerse, en efecto, la dificultad a la que a menudo se enfrenta la Administración Penitenciaria que ha de decidir si concede o no protección privilegiada a ciertas comunicaciones del preso o penado cuando carece de la seguridad suficiente de que el beneficiado por dicha tutela es, efectivamente, el defensor del interno o el Letrado por éste requerido y no un sujeto distinto, y que actúan en el ejercicio de su profesión y no en una condición diferente que en absoluto merezca la protección del Derecho.

Sin embargo, a no ser que se pretenda hacer del derecho fundamental que al interno asiste mero formalismo, es claro que no existe más modo de conocer fehacientemente el verdadero destinatario de una misiva que dar lectura a su contenido; este sería, en efecto, el único medio que permite afirmar con garantías que la persona que figura como remitente o destinatario del correo dirigido o enviado por el interno es, en efecto, su Abogado defensor.

En este punto, es en parte acertada la observación de RACIONERO CARMONA acerca de la simplicidad con que, de ser concedida ilimitadamente esta especial tutela podría ser burlado el más complicado sistema de intervención de comunicaciones en prisión. En opinión del autor, resulta inadmisibles que la misma ley de amparo a situaciones en las que la mera indicación de un nombre -el del que se señala como Letrado- y una dirección -ya sea la que corresponde a su despacho

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

profesional, ya a su domicilio- consiga, si se opera fraudulentamente, frustrar la finalidad legítima que se hubiera pretendido con la limitación¹⁷³⁵.

Y, en verdad, el derecho del interno a corresponder con personas procedentes del exterior, como el defensor, no ha sido configurado por el legislador con carácter absoluto; sin embargo, la introducción de límites en su esfera de ejercicio a partir de la interceptación de las cartas enviadas o recibidas y su posterior lectura, por lo que en particular respecta a la especial correspondencia con el Abogado, es claro que ha de ser excepcional y ajustada a las estrictas exigencias que se señalaban de orden previa de la autoridad judicial y de proporcionalidad de la medida en atención a las circunstancias concurrentes y a la finalidad perseguida con su adopción, en el concreto marco de las causas seguidas por delitos de terrorismo.

Admitir, pues, la posibilidad de abrir y constatar el origen y destino de la correspondencia del interno no puede llevarse al extremo de admitir dicha injerencia en todo caso y condición; es más, en aquellos supuestos en que sea decidido su control conforme a la legislación penitenciaria -y, en consecuencia, para satisfacción de fines de esa misma naturaleza- éste no podrá ser llevado a cabo de espaldas o en desconocimiento de los sujetos afectados¹⁷³⁶.

En conclusión puede afirmarse que, sólo si se aprecian suficientes motivos de sospecha acerca de la falta de coincidencia en la identidad del remitente o destinatario

¹⁷³⁵ En defensa de una fiscalización general de las comunicaciones del privado de libertad esgrime RACIONERO CARMONA como argumento el que, en último término, siempre queda abierta al Letrado la posibilidad de acudir al Centro y gozar de la máxima protección en el desarrollo de una comunicación oral; argumento que, a nuestro juicio, carece de peso suficiente para inclinar la balanza en favor de dicha solución. RACIONERO CARMONA, F., "Derecho Penitenciario y privación de libertad", op. cit., págs. 190 y 191 y, asimismo, en "El derecho a las comunicaciones ...", op. cit., pág. 383.

¹⁷³⁶ El mismo art. 46.5º RP precisa que "en los casos en que, por razones de seguridad, del buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento, el Director acuerde la intervención de las comunicaciones escritas, esta decisión se comunicará a los internos afectados y también a la autoridad judicial de que dependan si se trata de detenidos o presos, o al Juez de Vigilancia si se trata de penados".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

del mensaje con las personas -interno y Abogado defensor- que, con exclusividad, han de resultar beneficiadas de la inviolabilidad de sus comunicaciones postales, parece hallar legitimidad la introducción de límites al desarrollo del derecho a la libre correspondencia en prisión.

Pero, en cualquier caso, de entenderse necesaria la detención y apertura de aquella específica mantenida Abogado-cliente, o la que circula en sentido inverso, la resolución judicial en que la medida se decidida, habrá de ser puesta en conocimiento de los interesados y su aplicación sometida permanentemente a control de la autoridad jurisdiccional.

Lo cierto es que, a la vista de las rotundas manifestaciones contenidas en la nueva norma reglamentaria, pierde sentido toda polémica, antes justificada por la falta de regulación en la LOGP y antiguo reglamento, de una posible intervención de las comunicaciones escritas; de este modo, puede hallarse solución a los no pocos conflictos protagonizados por la Administración penitenciaria -en su papel de órgano encargado de la ejecución material de la pena impuesta- y la autoridad jurisdiccional representada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en su misión de garante de los derechos fundamentales del sometido a prisión.

A la vista queda, pues, que la disposición penitenciaria que se examinada reúne la doble virtud de establecer el marco delictivo en que puede tener lugar la intervención de las comunicaciones con Letrado, cual es el relativo a los delitos de terrorismo, y el presupuesto que necesariamente ha de observarse que representa la previa orden de la autoridad judicial; una doble exigencia, en la que conviene a continuación profundizar.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

3.2.2.3. Análisis de los requisitos exigidos en orden a la legitimidad de la injerencia.

3.2.2.3.1. El necesario acuerdo de la medida por "orden de la autoridad judicial".

Es incuestionable que, la decisión de someter a limitación el derecho del interno a comunicar con el Abogado defensor hace precisa la intervención de un órgano investido de potestad jurisdiccional; ello, por cuanto la injerencia en el desarrollo de los contactos repercute, y de forma intensísima, sobre derechos fundamentales que reciben el máximo favor del ordenamiento. Se trata, en efecto, de derechos reconocidos constitucionalmente que "sólo pueden ceder ante los límites que la propia CE imponga o ante los que, de manera mediata o indirecta, se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros bienes y derechos jurídicamente protegidos"¹⁷³⁷.

A nadie escapa que, el derecho del interno a la libertad y secreto de sus comunicaciones personales, y entre ellas las mantenidas con Abogados¹⁷³⁸, en apariencia, podrían ser objeto de suspensión en virtud de lo dispuesto por el art. 55.2º CE; pero, al margen de este excepcional y muy discutible supuesto, lo cierto es que la Administración Penitenciaria, en caso alguno puede decidir la introducción de límites en la esfera de ejercicio del derecho, esto es, límites que mermen la confidencialidad de los contactos del privado de libertad con el Abogado defensor en desconocimiento de ambos¹⁷³⁹.

La aplicación de medidas que entrañen el levantamiento del secreto de estas comunicaciones de especial naturaleza, de espaldas al interno y a su interlocutor, excede ampliamente del marco en el que puede operar la legislación penitenciaria;

¹⁷³⁷ Vid. STC 141/1999, de 22 de julio, (FJ 4º), en la línea de anteriores resoluciones tales como las SsTC 11/1981 y 12/1982 y, asimismo, la STS 27/1994.

¹⁷³⁸ Sujetos éstos que, a diferencia del sujeto pasivo del proceso, ha de gozar de la plenitud de sus derechos constitucionales.

¹⁷³⁹ PAZ RUBIO, JMª., (et. alt.), "Legislación penitenciaria", op. cit., pág. 221.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

según expresamente ha señalado el TC al respecto de las comunicaciones personales de un interno en condición de preventivo¹⁷⁴⁰, esta intromisión secreta en el desarrollo de la comunicación puede hallar sólo justificación en las exigencias y necesidades derivadas de la instrucción sumarial¹⁷⁴¹ y para refuerzo de la finalidad cautelar perseguida con la privación de libertad; ámbito éste al que resulta del todo ajena la autoridad administrativa personificada en el Director del Establecimiento.

Este último en absoluto viene legitimado para apreciar la concurrencia de circunstancias relacionadas con la comisión del delito y surgidas al margen de su marco de acción, y la amenaza que las mismas puedan entrañar al perfecto desenvolvimiento de la instrucción y el éxito del proceso que se presume expuesto a un mayor riesgo. Dicho cometido corresponde con exclusividad a un órgano investido de potestad jurisdiccional que, tras una ponderada valoración de tales circunstancias, decida la aplicación y, en qué medida, de cualquiera de los límites legalmente previstos¹⁷⁴².

En conclusión, puede afirmarse que la suspensión o intervención de las comunicaciones de los internos con las personas que ejercitan su representación y defensa precisan, en cualquier caso, de orden¹⁷⁴³ de la autoridad judicial al efecto, no pudiendo entenderse legítimas las interferencias de la Administración Penitenciaria.

Es más, el alcance de esta última conclusión es mayor del que en apariencia resulta; la necesidad de orden de la autoridad judicial, a nuestro juicio, no ha de ser exclusiva de la limitación de las comunicaciones del interno con el Abogado defensor;

¹⁷⁴⁰ Vid. STC 183/1994, de 20 de julio.

¹⁷⁴¹ Véase la resolución antes citada en su FJ 5º.

¹⁷⁴² Como magníficamente expresara nuestro máximo intérprete constitucional en la STC 183/1994, de 20 de julio, "derivar la legitimidad de una intervención administrativa, es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales".

¹⁷⁴³ En su decisión -que ha de adoptar forma de auto- habrá el Juez de exteriorizar el resultado de una ponderación de la proporcionalidad de la medida limitativa y, en consecuencia, emitir una resolución suficientemente motivada y expresiva de las razones atendidas en orden a su acuerdo y, de la legitimidad de su aplicación en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

antes al contrario, la misma parece imponerse en orden a la legitimidad de toda intromisión en el derecho del privado de libertad a comunicar con la generalidad de personas autorizadas, de forma tal que su límite pueda sólo tener lugar previa decisión que proceda, bien del órgano instructor en los supuestos previstos por la LECrim, bien del Juez de vigilancia penitenciaria, de oficio o a instancia del Director del Establecimiento, en el marco de la legislación penitenciaria¹⁷⁴⁴.

3.2.2.3.2. Proporcionalidad de la medida y necesaria motivación de su adopción.

Es asimismo incuestionable que, la resolución judicial en que se acuerde la intervención de las comunicaciones con el Abogado defensor y que ha de ser puesta en conocimiento del sujeto afectado, habrá de reunir inexcusablemente, las exigencias de motivación y proporcionalidad, al efecto de la legitimidad de la medida limitativa a aplicar.

En efecto, en absoluto admite discusión la importancia y necesidad de motivación de la resolución judicial que acuerda el límite, por cuanto la misma da a conocer las razones que justifican la restricción del derecho¹⁷⁴⁵ y se convierte en un medio único para constatar que "la ya limitada esfera jurídica del ciudadano, interno

¹⁷⁴⁴ En este punto se coincide, pues, con el criterio expresado por el grupo comunista en la enmienda núm. 29 presentada en los debates parlamentarios al Proyecto de LOGP de 15 de septiembre de 1979. En dicha enmienda, este grupo político minoritario proponía, de un lado, la remisión a un último apartado del art. 51 de toda referencia a lo que suponga excepción al ejercicio del derecho del interno a comunicar y, de otro, la constancia expresa en él de la necesidad, en cualquier caso, de orden judicial para su acuerdo.

El resultado de los debates, como podrá adivinarse, fue el rechazo de la formulación propuesta; sin embargo, a nuestro modesto juicio, la misma es de mayor acierto que la que acabó imponiéndose y recoge la norma penitenciaria; la redacción en aquél momento sugerida, expresa magníficamente la solución que de *lege ferenda* se impone, por su perfecto ajuste a los dictados del Texto Constitucional. Vid. "La Ley Orgánica General Penitenciaria. Trabajos parlamentarios", op. cit., pág. 65.

¹⁷⁴⁵ Como bien advierte MARTÍN MINGARRO "nunca la comunicación Abogado cliente puede interferirse sin que el Juez la acuerde por los indicios y con la motivación suficiente y en base, sólo en base de que sea precisamente el Abogado el sospechoso de participar en el delito que se averigua o investiga". Vid. *El secreto de las comunicaciones*, "Rev. Otrosí", 1994, pág. 30. La misma opinión sostienen TORRES MORATO, MA., y DE URBANO CASTRILLO, E., *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, Pamplona, 1997, págs. 274 y 275.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

en un Centro Penitenciario, no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva"¹⁷⁴⁶.

A nadie se le escapa que la falta de motivación perjudica al interno, que no alcanza a conocer los motivos atendidos por el Juez en su decisión y, en su caso, la lucha frente a la misma a través del recurso que proceda, pero, asimismo a los órganos jurisdiccionales que hayan de resolver este último, por carecer de datos suficientes para apreciar la necesidad, idoneidad, y proporcionalidad en sentido estricto de la medida.

Es por ello que no puede entenderse bastante la sola reproducción en la misma de un determinado precepto penitenciario, alusivo a abstractos motivos de seguridad, buen orden o interés del tratamiento -fines que el art. 51.1º menciona como legítimos en orden a la posible restricción de las comunicaciones generales del interno- para entender proporcionada la medida y, aún menos, para excepcionar la inviolabilidad de las comunicaciones con Letrado¹⁷⁴⁷.

Contrariamente, la motivación de la decisión judicial habrá de contener la especificación de la finalidad perseguida con el acuerdo, así como de aquellas circunstancias de las que se deduzca la adecuación de la medida que se aplica al logro del fin definitivamente pretendido con la misma.

Dejando a un lado la cuestión relativa a la suficiencia de los únicos fines que se expresan, conviene reiterar que la legítima injerencia en el desarrollo de esta especial modalidad de comunicación requiere, inexcusablemente, de previa orden de la autoridad jurisdiccional que contenga la referencia, siquiera sucinta, de hechos y fundamentos de derecho sobre los que se apoye la decisión, acompañados de razones

¹⁷⁴⁶ Vid. STC 141/1999, de 22 de julio, FJ 5º.

¹⁷⁴⁷ Véase el AAN de 20 de diciembre de 1993 y, sobre la base de sus declaraciones, la opinión conforme de MARCHENA GÓMEZ, A., "La injerencia de la Administración Penitenciaria...", op. cit., pág. 299.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

materiales o indicios objetivos que sirvan a la exteriorización de los concretos motivos atendidos en orden a su acuerdo¹⁷⁴⁸.

Así, y en coherencia a aquella triple finalidad que se declara perseguida, la decisión judicial ha de responder a peligros concretos que incidan sobre esos bienes de seguridad y buen orden en el interior del Establecimiento¹⁷⁴⁹ -y es más, exclusivamente a éstos por lo que respecta a los internos sometidos a prisión provisional, no necesariamente sujetos a tratamiento- y, en consecuencia, individualizar los supuestos en que, por razón de las circunstancias subjetivas del interno o de aquellas que rodean la prisión, pueda justificarse la introducción de los límites previstos.

Sin embargo, según se desprende de la más reciente jurisprudencia constitucional, la sola alegación de la pertenencia del interno a una determinada organización delictiva o sector determinado de la población reclusa, no sirve a una justificación suficiente de la suspensión o intervención de las comunicaciones¹⁷⁵⁰. La duda se suscita, en particular, con respecto a los sujetos clasificados en primer grado e incluidos en los llamados ficheros de internos de especial seguimiento, los llamados FIES -previstos, en opinión de RÍOS MARTÍN¹⁷⁵¹, con "diversos y muy cuestionables objetivos de control"- por razón de la gravedad o repercusión social del delito que se sospecha o se ha declarado cometido por sentencia, la peligrosidad o conflictividad

¹⁷⁴⁸ FRANCO, N., *Diritto penitenziario e misure alternative*, Roma, 1979, pág. 19.

¹⁷⁴⁹ Vid. STC 175/1998, de 25 de noviembre.

¹⁷⁵⁰ A este respecto pueden verse, entre otras, las SsTC 200 y 201/1997, de 25 de noviembre. Según expresamente declaraba el TC en este último pronunciamiento, "el encontrarse el recluso clasificado en primer grado, no constituye *per se* una peligrosidad indiscutible para los principios de seguridad y buen orden". Esta razón, unida a otras que entiende igualmente insuficientes, llevan al Tribunal al rechazo de los argumentos esgrimidos por el Director del Establecimiento para prohibir las comunicaciones del interno en euskera con sus familiares y, en consecuencia, a entender vulnerado su derecho a la libre comunicación y conceder el amparo. Véase, en particular, el FJ 7º.

¹⁷⁵¹ "Manual de Ciencia penitenciaria...", op. cit., pág. 231.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

extrema demostrada¹⁷⁵², o la pertenencia de los mismos a organizaciones criminales, o su vinculación a bandas armadas o elementos terroristas.

Conforme a lo dispuesto en la Instrucción 21/1996 de la Dirección de Instituciones penitenciarias -DGIP, en adelante- los llamados "FIES" se orientan al fin fundamental de disponer de una amplia información acerca de determinados grupos de población reclusa, que posibilite "conocer sus intervenciones y una adecuada gestión regimental, ejerciendo un control adecuado frente a fórmulas delictivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario" y el eficaz desarrollo a las autoridades de las funciones regimentales para la prevención de incidentes en el Centro.

Pero, aunque la misma DGIP expresamente manifestaba que, dicho control en absoluto vulnera la legalidad regimental, según se ha constatado en la práctica y la doctrina no ha dudado en poner de manifiesto, parece tratarse de una argucia normativa que enmascara una realidad repleta de irregularidades legales.

En verdad, parece un tanto ingenuo considerar que esa especial vigilancia a la que se somete, "no afectará a la clasificación, tratamiento o vida regimental del interno¹⁷⁵³ y, para desconocerlos, a algunos de los derechos" que la LOGP o el RP consagran¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵² En torno al concepto de "peligrosidad" y, a pesar de la estrecha interferencia entre ambos términos, su distinción respecto de la "capacidad de delinquir" puede verse FRANCO, N., "Diritto penitenziario ...", op. cit., pág. 19.

¹⁷⁵³ Véase la Instrucción 21/1996, en la que definitivamente se contiene su regulación, de la que no habría de derivarse más que un efecto *ad intra* de la propia Administración, carente reflejo alguno en el régimen o tratamiento del interno.

¹⁷⁵⁴ Como acertadamente señala la doctrina penitenciarista, de este modo "se impone un *modus vivendi* fuera de los estrictos confines de la relación de sujeción especial" que sólo la LOGP y el RP pueden determinar a partir del respeto de los derechos fundamentales del interno, y en la medida que precisa el Texto Constitucional. Esta actuación administrativa, ciertamente, parece alejarse del que debiera ser principio rector de "intervención mínima" y "mínima lesividad", y contraría el propósito declarado por el legislador penitenciario de 1996 cuando hace prevalecer las exigencias del régimen frente a las del tratamiento. En este sentido, RÍOS MARTÍN, JC., "Manual de ejecución penitenciaria ...", op. cit., pág. 239.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En particular y por lo que ahora interesa, debe señalarse que la inclusión del interno en alguno de los tipos de fichero previstos, entraña una modificación de las condiciones de vida en prisión respecto de las que corresponden al ya excepcional régimen cerrado del art. 10 LOGP, que carecen de cobertura legal y se hallan exentas del necesario control judicial.

En síntesis, ese control reforzado se traduce en la adopción de medidas -de entre las cuales interesan aquéllas que afectan a las comunicaciones del interno con el exterior de la prisión- que en absoluto se ajustan a las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad requeridas a toda limitación de derechos que son reflejo, en este ámbito, de aquéllos constitucionalmente consagrados con el rango de fundamentales. En conclusión, y ante la inconveniencia de ir más allá de lo que pretendía ser mero apunte de sus caracteres esenciales, baste ahora señalar que el sometimiento del interno a este especial y, en opinión de la doctrina, polémico seguimiento, parece apoyarse en una presunción de peligro a la seguridad del Establecimiento -puede que no siempre justificada- que, según el mismo TC advierte, se resuelve en la ilegitimidad de la limitación de sus comunicaciones personales.

Semejante es la impresión que se obtiene al respecto de aquellos internos que, bien se sospecha, bien ha sido así declarado judicialmente, pertenecen a organizaciones terroristas y, particularmente, a aquellas que con cierta ironía LAMARCA denomina "clásicas"¹⁷⁵⁵, como son ETA o GRAPO; grupos delictivos que, según ha podido constatarse y el TC en alguna ocasión ha expresado "vienen atentando reiteradamente contra la seguridad de las prisiones y contra la vida y libertad de los funcionarios".

¹⁷⁵⁵ LAMARCA PÉREZ, C., *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", XLVI, 1993, pág. 549.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Lo cierto es que la sola alegación de la pertenencia, presunta o confirmada, del interno a esta agrupación delictiva, a juicio del TC, resulta bastante para entender completada la exigencia de individualización de las circunstancias que justifican una medida restrictiva del derecho del interno a las comunicaciones privadas con el exterior de la prisión¹⁷⁵⁶.

En verdad, conforme a esta doctrina jurisprudencial, singularizar las razones explicativas de la necesidad de la medida no implica la concreción de unas "circunstancias exclusivas y excluyentes del penado", sino que tratándose de circunstancias en las que coinciden los distintos integrantes de una determinada organización criminal, basta la mera referencia -ya sea expresa, ya implícita, pero incontrovertible en cualquier caso- a los rasgos o características que son comunes al grupo, en cuanto resultan aplicables individualmente; en estos supuestos, el objeto de individualización habrá de ser aquella característica común que a juicio de la Administración Penitenciaria, justifica en el caso concreto la adopción de la medida¹⁷⁵⁷.

En ello se distingue el supuesto que ahora ocupa respecto del anterior que aludía a la condición del privado de libertad por su pertenencia a un tipo de interno clasificado en función del tratamiento y, en consecuencia, a partir de características genéricas y heterogéneas tales como la peligrosidad extrema, inadaptación al régimen ordinario y abierto, o la presencia de anomalías o deficiencias en la personalidad del preso.

En cualquier caso, según la que parece firme doctrina jurisprudencial, la eventualidad de la intervención de las comunicaciones no se justifica, en verdad, por razón del tipo de delito cometido o la pertenencia a un grupo delictivo, sea o no

¹⁷⁵⁶ Vid. SsTC 200/1997, 24 de noviembre (FJ 5º), en la línea de lo dispuesto por la STC 141/1999, de 22 de julio.

¹⁷⁵⁷ Véanse las SsTC 200/1997 (FJ 4º) y 141/1999 (FJ 5º).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

terrorista, sino por cuanto el mismo viene realizando actividades que entrañan efectivo peligro al orden y seguridad de los Establecimientos.

En definitiva, es incuestionable la necesidad e importancia de la emisión de una resolución judicial motivada que concrete las temidas amenazas a la seguridad, buen orden o interés del tratamiento, de forma tal que el acuerdo de suspensión o intervención de la comunicación con el letrado responda a un juicio de proporcionalidad por reunir las garantías de necesidad, idoneidad, proporcionalidad de los sacrificios y determinación temporal¹⁷⁵⁸.

Directamente relacionado con la exigencia de proporcionalidad se halla el requisito de temporalidad de la medida que se aplica¹⁷⁵⁹, toda vez que su mantenimiento más allá del tiempo imprescindible a la consecución de los fines perseguidos podría lesionar -y, es así como sucede- el derecho, no ya a comunicar sino a la defensa especialmente afectado¹⁷⁶⁰.

Afirmar que la injerencia no ha de extenderse indefinidamente, según considera el Alto TC¹⁷⁶¹, no implica la necesaria constancia en la orden judicial de un fecha de inicio y finalización de la medida; su duración, en realidad, se condiciona a la subsistencia de las específicas causas atendidas en orden a su aplicación.

En definitiva, sólo si concurren y mientras perduren las concretas razones que lo justifican, y tras una ponderada valoración de la proporcionalidad de la medida,

¹⁷⁵⁸ STC 207/1996, FJ 4º.

¹⁷⁵⁹ Véanse al respecto, las SsTC 141/1999, de 22 de julio, en la línea de anteriores resoluciones, tales como las SsTC 175/1997; 200/1997, de 24 de noviembre; y en las anteriores SsTC 206/1991, FJ4º y 417/1996, FJ2º y 170/1996.

¹⁷⁶⁰ Vid. STC 170/1996 y, en el mismo sentido, las SsTC 417/1996, FJ 2º y 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4º.

¹⁷⁶¹ En este sentido se pronunciaba el Tribunal en su STC 206/1991, FJ 4º donde, en atención a la específica razón de pertenencia del interno a una organización delictiva concreta, entendía legítimo el acuerdo y mantenimiento de la intervención de las comunicaciones con su Abogado, hasta tanto hubiera constancia de la existencia de una completa ruptura del interno con la mencionada organización.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

halla legitimidad la suspensión o intervención de las comunicaciones del interno con el Abogado, en un intento de evitar que su esfera jurídica se vea afectada de restricciones innecesarias, inadecuadas o excesivas¹⁷⁶².

Cuestión distinta, aunque estrechamente relacionada con la anterior y de idéntica trascendencia, es la determinación de la autoridad judicial legitimada para el acuerdo de las medidas de injerencia aludidas, teniendo a la vista la doble condición en que puede el individuo hallarse en el interior de la prisión.

A estos efectos, y con relación primeramente al privado de libertad con finalidad cautelar, debe señalarse la competencia del Juez encargado de la instrucción de la causa -el mismo que acordara su prisión y que ha de velar por el respeto de sus derechos mientras la medida se mantenga¹⁷⁶³- o finalizada esta etapa procedimental, la del órgano judicial de quien en ese tiempo dependa, esto es, el Juez o Tribunal al que hubiere sido encomendado el conocimiento del asunto.

En opinión de algún autor¹⁷⁶⁴, una vez se estabiliza la posición del preso con la emisión de la sentencia de condena, sea o no definitiva, cesa en cierta medida el peligro de colusión de pruebas que se temía y pudo justificar importantes restricciones en el desarrollo de sus contactos; y es por ello que se admite que, en ese nuevo estadio, sea el Director del Establecimiento el que valore con qué sujetos y frecuencia pueda el privado de libertad comunicar.

Pero lo cierto es que esta consideración, aun cuando pudiera resultar admisible respecto de la generalidad de comunicaciones que se autoriza al interno mante-

¹⁷⁶² STC 179/1996 , FJ 5º y, en la misma línea, la STC 170/1996.

¹⁷⁶³ Véanse los arts. 523, 524 y 528, todos ellos, de la LECrim.

¹⁷⁶⁴ TORREBRUNO, G., *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Roma, 1986, pág. 101.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ner¹⁷⁶⁵, no puede llevarse al extremo de reconocer legitimidad a la decisión de este órgano administrativo para la limitación de las comunicaciones del recluso habidas con el Abogado, sea o no su defensor.

Es claro que, por su innegable incidencia sobre el fundamental derecho de defensa, la sujeción de estas últimas a posibles límites requiere de previa orden que proceda, exclusivamente, de la autoridad judicial a la que viene encomendada la salvaguarda de los derechos del interno por el tiempo en que se encuentre dando cumplimiento a la pena impuesta¹⁷⁶⁶; autoridad, que no es sino el Juez de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que se halle ubicado el Establecimiento.

A nadie se le escapa, sin embargo, que las especiales condiciones de la vida en prisión, en ocasiones, hacen precisa una urgente intervención de la autoridad administrativa¹⁷⁶⁷ en orden al aseguramiento de los fines perseguidos con la privación de libertad, actuación inicial de la que, en cualquier caso, se habrá de dar cuenta inmediata a la autoridad judicial, de quien precisa confirmación.

El alcance de esta exigencia de información al Juez, en realidad, va más allá de la mera comunicación o puesta en conocimiento de la adopción de la medida; al mismo corresponde una auténtica fiscalización *a posteriori* de las actuaciones en que se traduzca la decisión inicialmente adoptada por la autoridad penitenciaria.

Se impone, en efecto, la necesidad de control judicial de la legalidad de la medida con relación a su acuerdo, de suerte que si a la vista de las circunstancias

¹⁷⁶⁵ A nuestro juicio, sin embargo, a la vista de cuanto disponen los arts. 18.3º y 25.2º CE, y dejando a salvo los supuestos de urgencia, resulta igualmente precisa la decisión judicial en el acuerdo de medidas limitativas del derecho del interno a comunicar con la generalidad de personas autorizadas.

¹⁷⁶⁶ Art. 76.2º de la LOPJ.

¹⁷⁶⁷ A estos efectos, el art. 44 de la norma reglamentaria ha previsto la posibilidad de que el Jefe de Servicios, por propia iniciativa o a instancia del funcionario interviniente en el concreto servicio que se celebra, ordene la suspensión de la comunicación oral sostenida por el interno, quizás, con su Abogado defensor. Esta actuación, sin embargo, habrá de ser puesta de inmediato en conocimiento del Director quien, de confirmarla mediante resolución motivada, habrá de dar cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el más breve plazo. (Vid. Art. 44.2º RP).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

concurrentes procede su revocación, pueda ésta ordenarse a partir de una resolución motivada por parte del órgano jurisdiccional que se consolida como principal garante de los derechos del interno¹⁷⁶⁸.

Ahora bien, si se atiende -como es preciso- a una interpretación en el sentido más garantista que merece atribuirse a las comunicaciones del art. 51.2º LOGP que lleva a considerar complementarias las exigencias que impone, es claro que la suspensión o intervención de las comunicaciones con el defensor o el Abogado expresamente llamado para asuntos penales puede admitirse de ser judicialmente decidida pero, exclusivamente, en el concreto marco de los delitos de terrorismo¹⁷⁶⁹.

Esto último hace sospechar que, la verdadera intención perseguida por el legislador con la previsión de los mencionados límites se acerca, si no es que coincide plenamente, con el propósito de combatir con eficacia y erradicar definitivamente el que se ha venido mostrando como el más atroz, quizás, de los fenómenos delictivos de los últimos años.

3.2.2.3.3. La sola limitabilidad del derecho en el marco de los delitos de terrorismo.

En atención a lo dispuesto en el art. 51.2º de la LOGP, en efecto, pronto se evidencia la aplicabilidad de las medidas de intervención o suspensión de las comunicaciones con Abogados y Procuradores, con exclusividad, en el seno de causas relacionadas con la acción terrorista; medidas que, no debe ignorarse, pueden afectar tanto al interno que se sospeche participe, cuanto al que haya sido declarado por sentencia como autor de

¹⁷⁶⁸ Esta última conclusión, en efecto, se obtiene de una interpretación sistemática de lo dispuesto por los art. 76.1º y 2º g), en relación con el art. 94.1º, ambos de la LOGP, preceptos uno y otro, que consagran al Juez de vigilancia penitenciaria como órgano encargado de velar por el interno, en las situaciones que afecten a sus derechos y libertades fundamentales. Sobre el particular, pueden verse la STC 175/1997 de 27 de octubre, en su FJ 3º, y en el mismo sentido, las SsTC 207/1996, FJ 4º y 201/1997, FJ 7º.

¹⁷⁶⁹ Nótese que, de sostener la conclusión opuesta y entender alternativos los requisitos exigidos, podría incluso darse pie a una interpretación en el sentido de no circunscribir la posibilidad de límite a este solo supuesto delictivo, siempre que mediara orden de la autoridad judicial.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

alguna de las conductas antijurídicas configuradoras de este -algo incierto y por ello polémico- tipo delictivo.

3.2.2.3.3.1. Breve aproximación al delito de terrorismo.

En verdad, desde que el Texto Constitucional de 1978 acuñara esta denominación, la noción de terrorismo aparece rodeada de distintas connotaciones que dificultan la configuración de un concepto unitario¹⁷⁷⁰ que pueda servir a la delimitación del ámbito de aplicación de concretas medidas legislativas que, precisamente, han sido concebidas para la persecución de tan específicas conductas delictivas.

Aunque interesante, proceder a la búsqueda y determinación de dicho concepto supondría una extralimitación imperdonable del objeto de estudio; baste, pues, señalar algunos de sus caracteres más esenciales, al efecto de ofrecer cierta luz acerca de las concretas conductas delictivas¹⁷⁷¹ tomadas en consideración por el legislador para el acuerdo de severísimas medidas restrictivas de derechos, como las que a continuación se examinan.

La delincuencia terrorista se ha caracterizado, entre otros rasgos y desde un punto de vista sociológico, por su extremada violencia, y asimismo reúne como nota

¹⁷⁷⁰ Dificultad que, como con acierto señala LAMARCA PÉREZ, deriva de la circunstancia de que la noción de terrorismo no viene exclusivamente referida a un solo hecho delictivo, unida a la de constituir un concepto histórico dotado de una enorme carga emotiva o política, aplicado a realidades diversas en cada tiempo y lugar. "Sobre el concepto de terrorismo...", op. cit., pág. 535. Precisamente, según apunta ROJAS CARO, la evolución histórica del tratamiento jurídico dado por el legislador español al terrorismo se ha venido caracterizando por notorias vacilaciones manifestadas en constantes cambios de denominación, de jurisdicción o de proceso, o en la calificación de ordinaria o especial de la ley reguladora. Vid. *La intervención judicial y gubernativa de las comunicaciones en la ley de enjuiciamiento criminal*, Comentarios a la legislación penal, Tomo XI, págs. 496 y 497.

¹⁷⁷¹ Es interesante conocer que la ausencia de un concepto claro heredada de la ya derogada especial legislación antiterrorista llevó incluso al planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 11/1988, no resuelto favorablemente en la sentencia de 19 de julio de 1981; y, lo cierto es que aquella indeterminación del tipo delictivo considerada por el recurrente irrespetuosa con el necesario principio de legalidad penal que motivó el recurso, es nota que repite en su previsión la norma penal básica de 1973 y no ha abandonado del todo la configuración que del mismo se contiene en el nuevo Código de 1995.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

elemental una clara intencionalidad política o de desestabilización del sistema democrático¹⁷⁷².

Si se acude al Texto de las sucesivas normas especiales dictadas en la materia -parece que solo formalmente derogadas- puede obtenerse un concepto de terrorismo, en palabras del propio TC, "configurador de tipos específicos de asociación ilícita y colaboración, orientadas a la consecución de un fin específico"¹⁷⁷³.

En opinión de TERRADILLOS BASOCO¹⁷⁷⁴, en efecto, el proyecto político¹⁷⁷⁵ es esencial al delincuente terrorista, de forma tal que la grave alteración del orden constitucional y democrático de Derecho integren el objetivo último de la banda.

¹⁷⁷² GIMENO SENDRA, V., *Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista*, Documentación Jurídica, Madrid, 199., pág. 1245. En esta misma línea, identifica LAMARCA PÉREZ el fenómeno terrorista con una "delincuencia organizada con finalidad política". "Aspectos jurídicos del terrorismo", op. cit., pág. 200, obra, en la que se contiene un pormenorizado estudio acerca de la noción y evolución del concepto de terrorismo en el ordenamiento jurídico español, al que se remite al lector. La misma opinión manifiesta EBILE NSEFUM al señalar como móvil del delito terrorista, el "atentar contra la seguridad del Estado o alterar el orden político". Vid. *El delito de terrorismo. Su concepto*, Madrid, 1985, págs. 79 y 106.

¹⁷⁷³ Vid. STC de 12 de marzo de 1993.

¹⁷⁷⁴ Vid. "Terrorismo y Derecho. Comentario a la LO 3 y 4/1988 de reforma del CP y LECrim", op. cit., pág. 55. A juicio del autor, dicho proyecto puede faltar -y es, pues, nota que los diferencia- en el delito de pertenencia a banda armada, que en cualquier caso recibe tratamiento idéntico en el art. 55.2º de la Norma Fundamental. En el mismo sentido se pronuncia, EBILE NSEFUM, J., "El delito de terrorismo ...", págs. 79 y 80.

¹⁷⁷⁵ No cabe duda ninguna a PISAPIA de que la historia del terrorismo, en cuanto noción jurídica particular -*delictum sui generis*-, se halla estrechamente ligada a la historia del crimen político aunque, como con acierto señala, ninguno de ellos puede ser consumido por el otro. Sin embargo, en un Estado democrático de Derecho como el nuestro -en el que, en ejercicio de sus Derechos Fundamentales y libertades básicas, todo ciudadano puede criticar el poder instituido sin que ello pueda perseguirse como ilícito penal- carece de sentido referirse al concepto de crimen político. A juicio del autor, un elemento integrador esencial del concepto de delito de terrorista es la generación de un "estado de terror" de suerte que el mismo puede definirse como un "conjunto de actos contra la vida, integridad física o libertad, de destrucción o interrupción de servicios públicos, destrucción y apropiación de patrimonio que, verificados sistemáticamente, tienden a provocar una situación de terror que altera la seguridad y el orden público, con un fin político". En este sentido, es acertada la afirmación de SARDINHA cuando señala que el bien jurídico que se protege es el peligro que para el Estado representa, no ya sólo la falta de seguridad institucional del Estado, sino la seguridad de toda la comunidad. Vid. SARDINHA, J., "O terrorismo e a restrição ...", op. cit., pág. 20.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Por su parte, la Norma Penal Básica en su redacción anterior a 1995, aglutinaba una serie de conductas antijurídicas, hoy acomodadas en el capítulo 4º, Título XXII de la nueva norma, y repartidas entre los artículos 571 a 580; delitos¹⁷⁷⁶, en cuya configuración, parece el legislador partir de un común presupuesto.

De un lado, es premisa básica para entender cometido el delito que se examina, que el sujeto activo de la acción delictiva pertenezca, actúe al servicio o colabore con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la duda reside, sin embargo, en la determinación clara de lo que deba entenderse por este tipo específico de asociación ilegal. La indeterminación de nuestras leyes, hace obligado acudir a la jurisprudencia para su determinación, aunque lo cierto es que, en torno a este punto, tampoco nuestros jueces han llegado a pronunciarse de forma contundente.

En cierta ocasión¹⁷⁷⁷, sin embargo, el máximo intérprete constitucional se decidió a definirla como "agrupación para la acción armada prevista de cierta organización en la que nacen vínculos de alguna manera estables, presididos por las ideas de jerarquía y disciplina, y unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas con medios idóneos, armamento y explosivos que procura normalmente la organización criminal".

Además, y como segunda exigencia, la conducta antijurídica de terrorismo, aparece cualificada por un *animus* específico, que se entiende de "subversión al orden constitucional o grave alteración de la paz pública"¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷⁶ En efecto, en ese capítulo 4º se conoce y prevé el castigo como delincuentes terroristas, a sujetos que pertenecen, actúan al servicio colaboran, tomando parte de alguna forma en cualquiera de las distintas acciones antijurídicas que se previenen, con un móvil específico, cual es, "la subversión del orden constitucional o bien la grave alteración del orden público". Véase, el art. 571 del Código Penal aprobado por LO 10/1995 de 23 de noviembre.

¹⁷⁷⁷ Véase la sentencia de 25 de enero de 1982; en el mismo sentido, STC de 16 de diciembre de 1987.

¹⁷⁷⁸ La identificación -que a nivel doctrinal se defiende- del delito de terrorismo como conducta antijurídica orientada al desequilibrio del orden democrático, a la vista de lo dispuesto en la norma sustantiva de 1995, resulta un tanto limitada; y, en verdad, siendo respetuosos con esta última consideración, quedarían fuera del marco de operatividad de las medidas previstas para supuestos

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Sin embargo, en los últimos años se ha venido asistiendo a acontecimientos que han encendido nuevamente el debate en torno, precisamente, a esta cuestión conceptual de muy complicada respuesta. Al parecer, el detonante que hizo estallar de nuevo la polémica, no es sino el pronunciamiento emitido por la AN con ocasión del tan sonado caso Amedo y Domínguez, cuyo contenido hace en cierto modo obligada una revisión del concepto.

Tratar con la profundidad que merece una cuestión de esta naturaleza, excedería con mucho los propósitos de esta investigación -necesariamente limitada por su objeto- y es por ello que conviene obviar la reflexión en torno a múltiples e interesantísimos aspectos de la misma, no sin antes poner de manifiesto la preocupación que se comparte con LAMARCA PÉREZ por los efectos que pueden derivar de una muy peligrosa configuración jurisprudencial de la que dicha autora designa como "noción estricta de terrorismo".

El temido efecto al que se alude, no es otro que la imposibilidad de aplicar la suspensión de garantías prevista en el art. 55.2º CE a tipos de organización "aparentemente terroristas" cuya acción delictiva, según esta novedosa y nada clara doctrina

de "terrorismo" cuantas pretendieran imponerse ante la comisión, real o presunta, de determinados tipos de delincuencia organizada por sujetos que, si bien se reconocen pertenecientes a una "banda armada", no dirigen sus acciones a un fin terrorista.

El art. 571 del CP añade a ese ánimo de subversión del orden constitucional, aquél otro de grave alteración de la paz pública, en lo que parece dotar de mayor amplitud al cuadro de comportamientos antijurídicos integrantes de esta categoría.

En cualquier caso, conviene tener presente que los delitos de terrorismo a los que se alude, se incluyen en la noción de "delincuencia organizada", sobre las que habrán de operar las distintas novedades legislativas en materia de lucha contra la misma, que introduce la recentísima Ley Orgánica 5/1999 de 14 de enero; identificar, de una forma más o menos precisa, este singular catálogo de delitos lleva a atender a lo dispuesto en el nuevo art. 282 bis 4 LECrim, según el cual, por ésta ha de entenderse "toda asociación, de tres o más personas, para realizar de forma permanente o reiterada conductas que tengan por finalidad la perpetración de alguno de los delitos (...)" que se relaciona y en particular, los referidos en su letra j), los delitos de terrorismo tipificados por los arts 571 a 580 CP de 1995. Sobre el particular, puede verse QUERALT, J., *Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999 de 14 de enero*, "Rev. La Ley", núm. 4933, 23 noviembre de 1999, pág. 1.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

jurisprudencial, presenta un matiz diferencial que la aproxima a la que puede entenderse como delincuencia común¹⁷⁷⁹.

En cualquier caso y con ello se concluye, no ha de perderse de vista que el delito terrorista que castiga nuestro Código Penal -y, en torno al cual el legislador arbitra medidas onerosísimas como las que han movido a esta reflexión- se construye, como acertadamente señala LAMARCA, sobre dos pilares básicos: un elemento estructural constituido por la organización armada y un elemento teleológico, representado por el fin o resultado político¹⁷⁸⁰.

Afirmar que el fenómeno terrorista supone un desafío a la esencia misma del Estado de Derecho y que ha de ser combatido con eficacia es algo que no admite dudas, pero sí -y son muy serias las que se plantean- la legitimidad de alguna de las fórmulas arbitradas por el legislador en la estrategia de lucha para su erradicación.

3.2.2.3.3.2. La mayor intensidad de la injerencia estatal en el marco de estas graves conductas delictivas.

Como se adelantaba, la norma penitenciaria es expresa al señalar que la injerencia en el desarrollo de las comunicaciones del interno con su Abogado defensor o el

¹⁷⁷⁹ Según advierte LAMARCA, la línea jurisprudencial a la que abría paso la Sala 3ª de la Audiencia Nacional, en su sentencia 30/1991, de 20 de septiembre, lleva a la configuración del concepto de terrorismo a partir, no ya de una genérica finalidad política, sino la finalidad de alterar el sistema constitucional para desestabilizarlo, y no así en el caso de oponerse a él con el propósito contrario de defender su "estabilidad" aun cuando sea por "medios jurídicos repudiables" (Véase, en particular, el FJ 13º de la citada resolución judicial). La distinción entre un "terrorismo subversivo" y el llamado "terrorismo de Estado" y, en consecuencia, la línea que habría de trazarse entre las "clásicas" organizaciones terroristas ETA y GRAPO y la más incierta organización GAL, da idea bastante de la trascendencia y enorme repercusión de esta materia que, irremediablemente, ha de dejarse sólo apuntada para su reflexión, no sin antes remitir, por su interés, al estudio llevado a cabo por la citada penalista.

¹⁷⁸⁰ Vid. LAMARCA PÉREZ, C., "Sobre el concepto de terrorismo ...", op. cit., pág. 536.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

llamado para asuntos penales, puede solo acordarse en el marco de los delitos de terrorismo¹⁷⁸¹.

En verdad, al amparo de lo dispuesto por el art. 55.2º CE al que en anteriores páginas se aludía -relativo a la posible suspensión "individualizada" de ciertos derechos de la persona- y con el respaldo que le ofrece la que parece firme doctrina del TEDH, el legislador español incrementa las posibilidades de restricción de la esfera de derechos del ciudadano de algún modo relacionado con la comisión de estos concretos tipos delictivos¹⁷⁸².

Se trata, en verdad, de limitaciones intensísimas¹⁷⁸³ que se manifiestan ya en la fase de investigación e instrucción sumarial y que, en particular y por lo que a nuestro estudio interesa, se traducen en el imposible disfrute por el sujeto pasivo del proceso del derecho a mantener el contacto con su Abogado, como manifestación de su fundamental derecho a la asistencia y defensa técnica.

En el capítulo precedente se conocía que la persona que se sospecha participe en alguno de los delitos relacionados con el fenómeno terrorista y es sometida a la medida cautelar de prisión provisional, puede venir sujeta a incomunicación por un tiempo superior al plazo máximo de duración de la medida previsto para el resto de supuestos delictivos en los que puede ser acordada¹⁷⁸⁴. La medida de incomunicación,

¹⁷⁸¹ Conforme a una interpretación estricta, esta expresa referencia de la disposición penitenciaria a un sólo marco de conductas delictivas lleva a entender excluida toda posibilidad de intervenir o suspender las comunicaciones de aquellos privados de libertad -provisional o definitivamente- por consecuencia de su participación en delitos de cualquiera otra naturaleza, con Abogados y procuradores.

¹⁷⁸² LAMARCA PÉREZ, C., *Aspectos procesales y garantías en el terrorismo*, "Rev. Cuadernos Jurídicos", 1993, núm. 7, págs. 11 y 12.

¹⁷⁸³ En palabras de MAPELLI CAFFARENA, "la legislación penitenciaria española presenta un panorama pretendidamente represivo frente a los reclusos pertenecientes a bandas armadas"; sin embargo, quizás con el fin de lograr la paz social y definitiva erradicación del fenómeno delictivo, según constata este autor, la praxis ha conseguido atenuar el rigor del marco legal. Vid. *Política penitenciaria y terrorismo*, op. cit., pág. 171.

¹⁷⁸⁴ Véase el art. 520 bis 2 LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

como en su momento se señalaba, sirve al refuerzo de la finalidad cautelar perseguida con la privación de libertad y genera como principal efecto, el que ya se conoce e interesa, de imposibilitar al inculpado el disfrute del derecho a comunicar de forma reservada con el Abogado de libre elección¹⁷⁸⁵, un vez finalizadas las primeras diligencias de declaración o reconocimiento a las que se someta, según lo previsto por en el art. 527 LECrim.

En respuesta a esta previsión, el detenido o preso puede venir sujeto a la aplicación de las medidas previstas por la legislación penitenciaria y que operan en el modo y condiciones que la misma norma detalla. Esta doble previsión legislativa de medidas restrictivas, como en breve se conocerá, es origen de ciertas disonancias motivadas, en primer término, por la vaguedad con que el legislador procesal se refiere a los supuestos delictivos en los que puede ser decidida la incomunicación del sujeto, frente a la expresa mención en la LOGP de un cuadro de conductas delictivas específico.

Esta última referencia legislativa permite, pues, estrechar el ámbito de aplicación de una medida -la incomunicación de detenidos o presos- que, por su intensidad, habría de entenderse sólo excepcional y ser aplicada como *ultima ratio*, y al mismo tiempo revela la que parece ser finalidad última de lucha frente a esta delincuencia atroz, que ha movido al legislador a su previsión.

En cualquier caso, la mayor intensidad de la injerencia de las autoridades estatales en la esfera de derechos del individuo, presunta o judicialmente declarado partícipe en delitos de terrorismo no desaparece con la sentencia condenatoria; la misma se extiende al periodo en que ha de darse cumplimiento a la pena privativa de libertad que viene eventualmente impuesta.

¹⁷⁸⁵ Vid. Art. 527 LECrim, en sus apartados a) b) y c).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

El reforzamiento de la acción estatal en el combate frente a esta gravísima criminalidad se manifiesta con toda su fuerza en el ámbito penitenciario, uno más de los frentes desde los que se opera en el intento de su erradicación definitiva¹⁷⁸⁶. No ha de perderse de vista que, la aplicación de la política penitenciaria, al margen de la opinión que merezca¹⁷⁸⁷, condiciona el régimen de derechos de los que toda persona mantenida en prisión ha de gozar plenamente.

En este punto, no puede sino coincidirse con alguna de las conclusiones obtenidas en la VI Reunión de JVP, y concretamente la formulada en la letra o) del Texto que las recoge, según la cual, el régimen y tratamiento de los internos pertenecientes a bandas armadas ha de venir regulado por las mismas normas generales de régimen y tratamiento del resto de internos¹⁷⁸⁸, sin que la condición de integrante en la banda

¹⁷⁸⁶ Italia, como tantos otros países del entorno europeo, venía sufriendo en los primeros años de la década de los 80, un encrudecimiento del fenómeno terrorista y de criminalidad organizada que provocó la reacción del legislador calificada por GREVI como "auténtica situación generalizada de emergencia" y obligó a un reforzamiento de la lucha frente al mismo, de inevitable incidencia en el contexto del sistema carcelario. Sin embargo, superada esta primera época se asiste a una inversión de tendencias, de forma tal que la aplicación de regímenes de particular vigilancia sobre internos pertenecientes a estos grupos delictivos -antes dispuestos con enorme facilidad- va siendo sustituida por la de regímenes más suavizados en busca de un equilibrio entre las necesidades de seguridad interna y externa al Establecimiento, y el mayor celo en el específico régimen y tratamiento que merece todo interno. GREVI, V., *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma*, Padova, 1988, págs. 5 y 6.

¹⁷⁸⁷ Esta realidad hace precisa una más intensa intervención del JVP, en su función de garante de los derechos y beneficios del recluso que le asigna el art. 76.2º LOGP, como fue puesta de manifiesto en la VI Reunión de JVP, celebrada en Madrid, en 1992.

Según sus reflexiones finales, "el Poder ejecutivo detenta potestades administrativas y políticas, estas últimas relativas a la aplicación de la política penitenciaria, de tal suerte que, si cierto es que las decisiones del JVP deben ser acatadas, y no puede admitirse frente a las mismas desobediencia o incumplimiento aunque sí la posibilidad de interposición de los recursos oportunos, no lo es menos que, el poder del JVP no puede ser omnímodo".

¹⁷⁸⁸ En este punto, conviene atender a lo expresado en el Anexo a la Recomendación R(87) 3 de las Reglas penitenciarias europeas, que en su núm. 64 manifiesta que, "el internamiento mediante la privación de libertad ya constituye un castigo, y las condiciones de la detención y los regímenes penitenciarios no han de agravar, en consecuencia, el sufrimiento causado, salvo que lo justifique la separación o el mantenimiento de la disciplina"; ello, mediante esfuerzos tendentes a asegurar condiciones de vida compatibles con la dignidad humana y reducción al mínimo de los efectos perjudiciales de la privación de libertad y las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad. Véase el art. 65 a) y b) de dicho Texto.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que pueda por sí sola limitar o impedir el disfrute de los derechos y beneficios penitenciarios reconocidos por tales normas¹⁷⁸⁹.

Sin embargo, es el mismo legislador el que discrimina entre ilícitos tipificados por la norma penal sustantiva para, en el marco de los delitos de terrorismo, posibilitar más ampliamente la intromisión estatal¹⁷⁹⁰ en la esfera de derechos de quienes, presunta o efectivamente, los hubieren cometido; intromisiones que, al parecer, no han de alcanzar al privado de libertad como autor de delitos comunes pero igualmente graves.

Esta circunstancia invita a la búsqueda de las razones atendidas por el legislador penitenciario en su previsión de medidas limitativas, en particular y por lo que aquí interesa, del derecho a la comunicación con el defensor. Son medidas, en cualquier caso, no exclusivas del ordenamiento jurídico español toda vez que el problema del terrorismo y la necesidad de darle solución está presente en la mayor parte de Estados del marco europeo y, aunque el modo de responder no sea idéntico, sí parecen cobrar en todos ellos certeza las palabras de BASSIOUNI¹⁷⁹¹ al afirmar que "del mismo modo en que por consecuencia de las cruentas manifestaciones de violencia terrorista crece el peligro para la colectividad, aumentan en ese mismo contexto social las tentaciones de introducción de normas y medidas jurídicas peligrosas para los Derechos del Hombre y del ciudadano".

¹⁷⁸⁹ Vid. VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, op. cit., pág. 280. En el seno del ordenamiento penitenciario italiano anterior a la reforma de 1995, según señala GREVI, podía efectivamente detectarse la presencia de un verdadero "doble régimen" en atención a la naturaleza del delito cometido; régimen, que resultaba rigurosísimo al autor de delitos con finalidad terrorista o de subversión del ordenamiento constitucional, que había de enfrentarse a una prueba "casi diabólica" para demostrar la inexistencia de relación con la criminalidad organizada y evitar, de este modo, la sujeción a tan excepcionales condiciones regimentales. Vid. GREVI, V., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994.

¹⁷⁹⁰ Véanse al respecto las SsTEDH de 2 de agosto de 1984 (Asunto MALONE) y de 6 de septiembre de 1978 (Asunto KLASS), respectivamente.

¹⁷⁹¹ BASSIOUNI, MC., *Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci*, "Rev. Indice penale", 1990, núm. 24, pág. 25.

3.2.2.3.3.3. En torno a las razones justificativas de esta discriminación delictiva. La concreta finalidad perseguida con la limitación.

En esta labor de averiguación de los motivos concretos que han llevado al legislador a limitar la aplicación de la medida penitenciaria al concreto supuesto delictivo de terrorismo, no han de perderse de vista, por su relación directísima, medidas igualmente limitativas del derecho a comunicar con el defensor pero de muy distinta naturaleza, cual es la "incomunicación de detenidos y presos", de carácter procesal, según se concluía en el capítulo que precede.

Poner en conexión los fines que, según se ha tenido ocasión de señalar, persigue la adopción de la medida de incomunicación judicial con aquellos a los que ha de servir la medida expresada en el art. 51.2º LOGP -de naturaleza claramente penitenciaria y susceptible de afectar a presos y penados- evidencia que, no obstante su distinta naturaleza¹⁷⁹², una y otra previsión legislativa responden a un temor del legislador fundado en las especialísimas circunstancias que rodean la comisión de esta singular categoría de delitos.

Efectivamente, es de todos conocido que la acción terrorista se manifiesta en una serie de "actos continuados y perpetrados en la clandestinidad por personas integradas en un grupo organizado, de forma tal que, la investigación sobre los mismos, sea antes o después de la comisión, ofrece mayores dificultades que los supuestos de delincuencia común y cometida por sujetos aislados". Ante tan especial

¹⁷⁹² En consecuencia, distintos han de ser los fines que una y otra persiguen; si, como ha podido constatar, la incomunicación persigue el aseguramiento y éxito de la instrucción y así la efectividad de la futura sentencia, la satisfacción de intereses tales como la seguridad y el buen orden del Establecimiento, o el interés del tratamiento -aunque la LOGP no se pronuncia de modo expreso a este respecto- parecen ser los fines a los que se orienta la medida penitenciaria consistente en la limitación de las comunicaciones del recluso con el exterior al Establecimiento y, por extensión y aunque no debiera, con el Abogado defensor. La especial naturaleza de la relación interno-defensor, por su directa incidencia sobre el elemental derecho de defensa, hace obligado concluir que, la injerencia en el desarrollo de la comunicación que ambos mantengan, halla sólo legitimidad si se dispone al servicio de la instrucción de las causas criminales.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

circunstancia, en esta etapa procedimental de averiguación, los órganos estatales parecen irrogarse de las máximas potestades de intromisión en la esfera de derechos del ciudadano de algún modo involucrado en la comisión del delito, al que convierte en sujeto pasivo de medidas intensísimas -adoptadas en refuerzo del desarrollo de la instrucción que se sospecha expuesta a mayor riesgo- que, en particular y por lo que aquí interesa, afectan al desarrollo de sus comunicaciones personales¹⁷⁹³.

Así pues, ya resulte la privación de libertad del sometimiento del interno a prisión provisional, ya del cumplimiento de una pena de esta naturaleza, en un caso u otro por razón de la comisión de delitos de terrorismo o de la pertenencia del sujeto a estos grupos delictivos, parece temerse de "la influencia y los datos que pueda el preso transmitir en sus comunicaciones con el exterior"¹⁷⁹⁴; de ahí que la sola "vinculación del interno con un grupo armado", en opinión del máximo intérprete constitucional, resulta razón bastante para entender "necesaria y proporcionada la intervención de las comunicaciones en prisión, por razón de la seguridad, tanto del Establecimiento cuanto general" mientras no exista constancia de la ruptura o desvinculación del interno con la organización¹⁷⁹⁵.

La singularidad del delito terrorista como criminalidad realmente compleja, con multitud de conexiones y generadora de mayores riesgos a los fines, bien de la instrucción, bien de defensa de la comunidad, en verdad, justifica la introducción de limitaciones más intensas en el desarrollo de las comunicaciones con personas ajenas al Establecimiento. En particular, se hace preciso el "control de los datos que pueda el interno suministrar, en evitación de riesgos de fuga o represalias contra el personal o

¹⁷⁹³ Ámbito éste en el que queda a las autoridades gubernativas un amplio margen de actuación, en lo que constituye una excepción -solo inicial- a la nota de jurisdiccionalidad que ha de observar la limitación de todo derecho fundamental. A este respecto véase lo dispuesto por los arts. 579.4 y 520 bis LECrim.

¹⁷⁹⁴ Vid. STC 200/1997, de 24 de noviembre.

¹⁷⁹⁵ STC 141/1999, de 22 de julio, FJ 8º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Dirección del Centro", para de este modo "generar el clima de seguridad imprescindible al desarrollo de la actividad penitenciaria"¹⁷⁹⁶; neutralizar, en definitiva, la peligrosidad que deriva de una comunicación incontrolada, en atención a la personalidad, antecedentes o circunstancias del penado o datos incontrovertibles que confirmen la amenaza al orden y seguridad.

Por lo que al interno preventivo se refiere, la conclusión alcanzada en el capítulo que precede acerca de la razón motivadora de la decisión judicial de incomunicación, gana ahora firmeza; en verdad, el legislador dirige contra el imputado sometido a prisión en forma incomunicada por razón de su presunta participación en alguno de los delitos incluidos la categoría de terrorista¹⁷⁹⁷, una clara sospecha de confabulación con el Abogado interlocutor, dirigida a frustrar el éxito de la investigación e instrucción sumarial, facilitar la fuga o continuar la acción delictiva.

La sospecha, según advierte GÓMEZ COLOMER, se hace recaer sobre el Abogado defensor del presunto terrorista¹⁷⁹⁸ que, se presume, sirve al interno de enlace con la banda en el exterior. La comunicación del condenado con su Abogado defensor que, según la realidad de la práctica ha demostrado, generalmente comparte la ideología de su cliente, parece entenderse como el elemento de intermediación entre el interno y la organización delictiva; relación que, presumiblemente, incrementa sus posibilidades de evasión y permite, tanto continuar la actividad terrorista, cuanto fraguar desde el interior de la prisión nuevas acciones delictivas¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹⁶ Véase la STC 200/1997, en su FJ 6°.

¹⁷⁹⁷ Esta impresión se obtiene sin dificultad de la sola atención a los efectos derivados de la aplicación de la medida expresados en el art. 527 LECrim, y se ve confirmada tras conocer sus antecedentes, esto es, los debates sostenidos en torno a la redacción del art. 51.2° LOGP durante el desarrollo de los Trabajos parlamentarios previos a la aprobación de la LOGP. En particular, véanse las enmiendas núm. 82 y núm. 90 presentadas al proyecto. "Trabajos Parlamentarios. Cortes Generales", op. cit., págs. 57 y 59, especialmente.

¹⁷⁹⁸ "La exclusión del Abogado defensor de elección...", op. cit., pág. 101.

¹⁷⁹⁹ En reiteradas ocasiones el TC ha hecho manifiesta cierta presunción, por lo general fundada, de que la acción delictiva relacionada con el fenómeno terrorista continúa en el interior de las prisiones

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, si se atiende al tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOGP que se analiza, parece más claro y cercano el temor de ver frustrados los fines de seguridad y buen orden del Establecimiento o el interés máximo del tratamiento del interno, por los que ha de velar la Administración penitenciaria, y para cuya satisfacción el legislador entiende justificada la limitación del derecho del interno a comunicar reservadamente con una generalidad de personas.

En este sentido, manifestaba el TC ser "de general conocimiento que, la organización terrorista ETA es especialmente peligrosa para los bienes de seguridad personal y orden regimental que se quieren preservar, ya que en numerosas ocasiones ha atentado contra la seguridad de la prisión y contra la vida y seguridad de sus funcionarios (...)"¹⁸⁰⁰.

Ciertamente, por razón de la especial peligrosidad demostrada, al sujeto que pertenece a una banda terrorista se presume mayor capacidad de desestabilización del orden en el interior de la prisión¹⁸⁰¹ y, consecuencia, no se entiende desmedida una

e incluso se proyecta hacia el exterior. De ahí que, aunque en principio sea previsible una alteración del orden y seguridad que resulte de actividades realizadas en el propio Establecimiento penitenciario, no se descarte la posibilidad de que lo sea por consecuencia de actuaciones realizadas desde el Centro -esto es, acciones inducidas o facilitadas desde el interior- y dirigidas a elementos situados en el exterior del Establecimiento. Sobre el particular, véase la STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 5º.

¹⁸⁰⁰ STC 220/1997, de 24 de noviembre FJ 5º. Este argumento, según puede constatarse, sirve al Tribunal para no exigir la constancia expresa de este dato -suficientemente conocido por todos- como razón justificativa del acuerdo ya judicial, ya de la Administración penitenciaria, de intervención de las comunicaciones del interno.

¹⁸⁰¹ Ello, sin embargo, no ha de llevarse al extremo de admitir la adopción de especiales y onerosísimas medidas regiminales -de automática aplicación a este grupo de población penitenciaria- como parece suceder a partir de su inclusión en los ficheros FIES de especial seguimiento; cuestión ésta en la que, por lo limitado de este estudio, no procede detenerse aunque sí para hacer eco de la crítica dirigida por quienes, como MARTÍN RÍOS al examinar los efectos que de ello se derivan, sobre algunas de las medidas que alteran las condiciones de vida del interno en prisión; medidas manifiestamente ilegales, a juicio del autor, por no hallar respaldo en las distintas previsiones reglamentarias. Vid. "Manual de ejecución penitenciaria...", op. cit., págs. 236 a 246.

En este sentido manifestaba MAPELLI CAFFARENA que, en virtud de esta legislación, precisamente, y "por inconfesables razones de lucha antiterrorista" viene sometiéndose de forma casi automática a los miembros de bandas armadas a cierto régimen penitenciario, muestra de la ignorancia de que "el terrorista, antes que terrorista es un penado, y antes que penado una persona y, como tal, acreedora

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

eventual injerencia en el desarrollo de sus comunicaciones privadas; sin embargo, la duda se plantea en torno a la legitimidad del acuerdo de una medida de injerencia sobre las que pueda mantener con su Abogado defensor o el expresamente llamado para asuntos penales.

Tratándose de la especial comunicación del interno con el Letrado -ciudadano en libertad, que ha de ser mantenido en el disfrute de sus más elementales derechos¹⁸⁰² - y por razón de la preeminencia del derecho de defensa, parece que la intromisión en el ejercicio del derecho puede sólo hallar justificación en las necesidades que derivan de la instrucción de las causas criminales y, en consecuencia, ser decidida únicamente ante la concurrencia de indicios suficientes de connivencia delictiva entre interno y el Abogado con el que comunica.

Aun cuando la misma norma abre paso a esta posibilidad, la sola satisfacción de esa triple finalidad preventiva encomendada a la Administración penitenciaria, en verdad, no parece razón bastante para legitimar el levantamiento de la confidencialidad que ha de respetarse entre el Abogado y su cliente¹⁸⁰³; en cualquier caso, si efectivamente se constata la amenaza a los fines perseguidos, la medida de intervención en absoluto puede ser aplicada en desconocimiento del interno afectado.

La decisión, del todo excepcional, de intervenir la comunicación con el letrado, habrá de ser puesta en conocimiento de los interlocutores, quienes, advertidos de la

de todos los Derechos Fundamentales que no estén afectados por el cumplimiento de una pena". Vid. "Política penitenciaria y terrorismo", op. cit., pág. 174 y 176.

¹⁸⁰² AAN, de 20 de diciembre de 1993.

¹⁸⁰³ En absoluta fidelidad a la idea que se viene defendiendo en estas páginas, no puede sino expresarse cierto recelo en admitir la legitimidad de la intromisión en el desarrollo de las comunicaciones interno-Abogado, aun cuando sea ésta decidida por la autoridad judicial, si la misma se apoya en una mínima sospecha acerca del carácter delictivo de su relación, o la instrumentalidad de esta última para la comisión de hechos delictivos. El riesgo que se deriva de tales medidas de injerencia sobre el fundamental derecho de defensa hace obligado un especial celo en aquellas excepcionalísimas ocasiones en que haya de entenderse precisa la intervención de las comunicaciones que tienen lugar con el Letrado que, por principio, deben permanecer secretas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

a falta de reserva de sus contactos podrán optar de igual modo por celebrarlos, en las condiciones que se señalan.

3.2.3. FORMAS DE LIMITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES MANTENIDAS CON EL ABOGADO DEFENSOR O EL EXPRESAMENTE LLAMADO.

Como ya se conoce, la LOGP hace expresa referencia a la posibilidad de "suspender" o "intervenir" las comunicaciones de los internos con Abogados y procuradores, que sólo permite en los supuestos y bajo las condiciones que la misma norma señala. En esta doble operación -suspensión e intervención de los contactos- parecen, pues, resumirse los modos de injerencia en el ejercicio del derecho del interno a comunicar con dichos profesionales.

La norma reglamentaria de 1996, sin embargo, en los preceptos que dedica a la generalidad de comunicaciones del interno, hace mención no sólo de eventuales restricciones en cuanto a las personas o al modo de celebración, y a la posible intervención de las mismas, sino a la limitación que representa la también posible "denegación" de las solicitadas por el interno; una previsión ésta, con la que el Reglamento va más allá de la propia ley, que no parece contemplar dicha posibilidad¹⁸⁰⁴. En opinión de la doctrina, que se comparte plenamente, el mantenimiento de la comunicación con el exterior se configura en la LOGP como un derecho del interno que en ningún momento puede ser vetado por el reglamento¹⁸⁰⁵; de hacerlo, éste último estaría excediendo los márgenes a los que ha de ajustarse en el desarrollo de la previsión legislativa que nos ocupa.

Lo cierto es que la referencia del RP a una eventual "denegación" de contactos solicitados por el interno desaparece a propósito de la eventual limitación de las

¹⁸⁰⁴ Vid. Art. 43 del RP.

¹⁸⁰⁵ RODRÍGUEZ ALONSO, A., "Lecciones de Derecho Penitenciario", op. cit., pág. 210.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

comunicaciones con Abogados y procuradores; ello, unido a la consideración del mantenimiento de la comunicación con los sujetos que la LOGP menciona como un auténtico derecho en favor de presos y penados, hace obligado negar potestad discrecional a la Administración Penitenciaria para impedir este contacto, de no mediar orden de la autoridad jurisdiccional en contrario.

En consecuencia, siempre que la solicitud de autorización a una comunicación determinada reúna las condiciones exigidas, la autoridad penitenciaria habrá de concederla y facilitar su celebración, rodeada de cuantas garantías resulten precisas para preservar su secreto.

En este punto, sin embargo, conviene tener presente y distinguir la situación del privado de libertad que permanece en el Centro en perfecta comunicación con el exterior, de la de aquél otro que excepcionalmente y de forma interina, reúne la condición de "incomunicado".

A este respecto y por lo que en particular se refiere a los sujetos detenidos o presos, ha de atenderse a lo dispuesto por el art. 19 del RP, según el cual, "cuando la orden de mandamiento disponga la incomunicación" el sometido a prisión "pasará a ocupar una celda individual en el departamento que el Director disponga, será reconocido por el médico forense y atendido en ese tiempo únicamente por los funcionarios a quien se encomienda su cuidado y custodia"; y, mientras la medida de incomunicación se mantenga, sus comunicaciones se limitarán a las personas expresamente autorizadas por el Juez¹⁸⁰⁶.

Asimismo, según expresa la norma reglamentaria¹⁸⁰⁷, corresponde a la Dirección del Establecimiento adoptar las medidas precisas para dar cumplimiento a las

¹⁸⁰⁶ El mismo precepto expresa que "(...) si nada establece la orden de incomunicación, el Director recabará autorización del Juez de instrucción para que el interno incomunicado pueda disponer de aparatos de radio, TV, prensa escrita, o recibir correspondencia".

¹⁸⁰⁷ Art. 20 RP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

normas contenidas en la legislación procesal; lugar éste en el que, como no podría ser de otro modo, halla su regulación la medida de incomunicación judicial que, según ha podido concluirse, viene acordada en refuerzo de la finalidad cautelar perseguida con la privación de libertad.

Esto último, hace asimismo obligada la referencia y clara distinción de la medida hasta ahora aludida -la incomunicación de detenidos y presos que prevé la norma procesal- de la medida de aislamiento prevista en la LOGP y el reglamento, que igualmente entraña la restricción de las comunicaciones del recluso en el interior del Establecimiento, y que se configura como sanción al incumplimiento por el mismo de alguna de las exigencias del régimen¹⁸⁰⁸.

3.2.3.1. Sobre la sanción disciplinaria de aislamiento en celda.

En efecto, durante el tiempo de permanencia en prisión, y con independencia de su condición de preso o penado, puede el interno ser sometido a la medida de aislamiento en celda que prevé el art. 42 LOGP, por razón de la comisión de una falta considerada grave o muy grave, y siempre que en su actuación se aprecien muestras evidentes de

¹⁸⁰⁸ Esta diferenciación puede igualmente apreciarse en el derecho francés, que distingue "*l'isolement*" de "*l'interdiction du de communiquer*" adoptada por el Juez encargado de la instrucción y al servicio de una finalidad cautelar (Vid. arts. 170 y 171 del CPPfr, en contraste con lo expresado por el art. 145. 3º CPPfr).

El derecho penitenciario italiano, por su parte, prevé la aplicación de la llamada medida de "*isolamento*" al privado de libertad por razón de una triple causa; la medida puede ser dispuesta por razones estrictamente sanitarias o por consecuencia de la ejecución de una sanción disciplinaria consistente en la exclusión de actividad en común a culpables de infracciones del régimen especialmente graves; ello comporta, la prohibición de comunicar con el resto de compañeros y obtener correspondencia postal o telefónica y de mantener el contacto con familiares, salvo excepciones. Asimismo, por lo que respecta a detenidos y presos preventivos mientras la instrucción se desarrolla, viene reconocida a la autoridad judicial la potestad de disponer el aislamiento del sometido a prisión, siempre que resulte preciso para asegurar el perfecto desenvolvimiento y éxito de la misma; será pues, este órgano judicial quien, en definitiva, determine la modalidad de prisión que ha de cumplirse, en atención a las exigencias procesales que puedan apreciarse. Para un conocimiento en mayor profundidad, véase, CANEPA, M., "*Manuale di diritto penitenziario*", op. cit., pág. 59.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

agresividad o violencia¹⁸⁰⁹ o que con ella, altere grave y reiteradamente la normal convivencia del centro¹⁸¹⁰.

La medida de aislamiento, aunque coincide en algunos aspectos con la de carácter procesal o "incomunicación", presenta claras diferencias derivadas de su distinta naturaleza y la finalidad perseguida con su acuerdo¹⁸¹¹.

¹⁸⁰⁹ La posible aplicación de la sanción de aislamiento exige, en efecto, la concurrencia de un doble presupuesto cual es, la comisión de una de las faltas señaladas como graves por el legislador, sino la apreciación de cierta peligrosidad en el interno, por ser agresivo o violento, de tal entidad que genere una alteración de la convivencia en el centro.

Ciertamente, como bien advierte la doctrina penitenciaria, la sola manifestación de agresividad o violencia por parte del interno no es bastante para legitimar la aplicación de la medida de aislamiento; la misma, según se desprende de lo expresado por el art. 42.2 LOGP, ha de ser aplicada como *ultima ratio*, y como acertadamente sostiene PIÑOL RODRÍGUEZ, solo si la realización de ese acto efectivamente violento o agresivo, revela "una reacción desmedida, sin aparente justificación y actual o potencialmente peligrosa" por parte de quien haya de padecerla. La misma opinión sostiene ROIG BUSTOS, L., *La sanción de aislamiento en celda en el ordenamiento penitenciario español*, "Rev. La Ley", pág. 798.

Sucede, sin embargo, que el amplio margen de apreciación que la fórmula legislativa concede a la autoridad que ha de decidirla, según ha constatado TAMARIT SUMALLA, ha conducido durante el periodo de vigencia del RP de 1981 a una "desmesurada extensión de la medida" contraria, no ya al espíritu, sino al propio tenor de la ley. Véase, "Curso de Derecho Penitenciario", op. cit., pág. 184. El nuevo reglamento de 1996, parece haber atenuado mínimamente esta tendencia al permitir únicamente su adopción ante la comisión de faltas consideradas graves por el mismo reglamento, en lo que supone una primera reducción de su ámbito de aplicación (Vid. Art. 232.2º RP 1996).

¹⁸¹⁰ En efecto, consciente de la gravedad de la medida disciplinaria que se trata, refuerza las exigencias en orden a su adopción; así pues, aun cuando la misma resulte de aplicación por consecuencia de la comisión de faltas graves o muy graves, de lo dispuesto en el art. 42.4º se desprende la complementariedad de esta otra exigencia -apreciación de especiales circunstancias en la persona del sujeto infractor- demostrativa de la excepcionalidad que ha de caracterizar su adopción.

Téngase presente que, por su entidad, el acuerdo de esta sanción habrá de ser respetuoso con el principio de proporcionalidad, de manera que su aplicación proceda en el solo supuesto en que no resulte posible la de una medida distinta y que afecte a bienes de menor entidad o a los mismos de forma menos intensa, que permita idéntica eficacia. De esta opinión, PIÑOL RODRÍGUEZ, J., *El procedimiento disciplinario penitenciario*, "I Jornadas canarias de derecho penitenciario", y que comparte RÍOS MARTÍN, JL., "Manual de ejecución penitenciaria...", op. cit., pág. 160; asimismo, PAZ RUBIO, JMª., (et. alter), "Legislación penitenciaria...", op. cit., pág. 194; igualmente firme en esta convicción TAMARIT SUMALLA, JMº con SAPENA GRAU, F. y GARCÍA ALBERO, R., "Curso de Derecho Penitenciario", op. cit., págs. 183 y 184.

¹⁸¹¹ Expresa el nuevo reglamento en su art. 231, como finalidad primordial a la que el régimen penitenciario se orienta y por cuyo incumplimiento puede venir impuesta la particular sanción de aislamiento, el "garantizar la seguridad y buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada, de manera que estimule el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol, como presupuestos necesarios para la realización de los fines de la actividad penitenciaria"; fines, a los que habría de servir la imposición al interno infractor de una sanción como el aislamiento en

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En verdad, la medida que arbitra el legislador penitenciario se traduce en la reclusión del individuo¹⁸¹² -preferentemente en su propia celda¹⁸¹³, a no ser que por compartirla o en atención a razones de salvaguarda de su propia seguridad o buen orden haya de tener lugar en una distinta e individual, que en todo caso habrá de reunir análogas condiciones- durante las horas completas del día¹⁸¹⁴ a excepción de dos¹⁸¹⁵ en las que ha de permitírsele disfrutar en solitario en el patio de la prisión. En esta situación de aislamiento que le impide la convivencia con el resto de reclusos puede ser mantenido el interno por un plazo de tiempo limitado¹⁸¹⁶, recibiendo a diario la visita del médico del Establecimiento¹⁸¹⁷.

celda, cuya intensidad extrema, pone en seria cuestión la proporcionalidad de la misma para su satisfacción.

¹⁸¹² Se trata, según señala ROIG BUSTOS, de privar al individuo de esa "mínima libertad de la que goza en la cárcel". Vid. "La sanción de aislamiento ...", op. cit., pág. 797. Si, como en origen aparece concebida, la medida ha de suponer la prohibición al sujeto preso de toda relación con "algo distinto a su propia mente", no puede extrañar que se afirme como uno de los fines que han de perseguirse, "la reflexión y el arrepentimiento" posibilitado, según BENTHAM, a partir de la "sustracción del mismo de todo contagio moral". Vid. *El panóptico*, Madrid, 1987, pág. 56, citado por ROIG BUSTOS, L., "La sanción de aislamiento ...", op. cit., pág. 796.

¹⁸¹³ El Art. 43 LOGP, en efecto, se halla formulado en términos potestativos "se cumplirá" salvo en situaciones excepcionales, no perfectamente definidas, en que ello no resultare posible.

¹⁸¹⁴ En el derecho italiano, el aislamiento del interno fue en sus orígenes considerado un elemento esencial de la pena y, en consecuencia, de clara naturaleza afflictiva; mientras el nocturno era regla general, el "aislamiento diurno" fue en principio concebido como una agravación de la pena. De ello da cuenta, CANEPA, E., (et. alt.), "Manuale di diritto penitenziario", op. cit., pág. 58.

¹⁸¹⁵ El nuevo reglamento de 1996, ha ampliado el tiempo de una sola hora de paseo que concediera el art. 112 del RP de 1981.

¹⁸¹⁶ El aislamiento en celda, según determina el art. 42 LOGP, no podrá exceder de 14 días de duración, salvo en el caso de "repetición de infracciones", en el que el plazo podría ampliarse hasta la mitad de su máximo, o bien, en el supuesto en el que, impuesta más de una sanción de aislamiento por distintas faltas cometidas, hayan éstas de cumplirse de forma consecutiva; de ser así, el tiempo máximo al que el mantenimiento de la medida podrá extenderse, no habrá de sobrepasar el triple de la más larga de las sanciones, y en cualquier caso, nunca por encima de los 42 días de duración. (art. 42.5 LOGP).

¹⁸¹⁷ Ciertamente, la norma penitenciaria impone un estricto control en del desarrollo de la medida de aislamiento que, por sus especiales características puede prestarse al abuso y, en consecuencia, reclama de la mayor intensidad en el respeto de la dignidad y derechos fundamentales de la persona. De ahí, que se exija para darle inicio, el previo reconocimiento del interno por el médico de la cárcel y el seguimiento diario de su estado físico y mental; de la evolución de este último, habrá el facultativo de informar al Director con la propuesta, en su caso, de suspensión o modificación de la sanción impuesta. Ello se corresponde con lo previsto en el art. 38. 1º y 3º de las Reglas Penitenciarias europeas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La norma penitenciaria no es sin embargo explícita en cuanto a las posibilidades de comunicar con sujetos procedentes del exterior de las que goza el sancionado; y, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de incomunicación judicial, ni la Ley ni el Reglamento Penitenciario excluyen terminantemente la facultad de recibir visitas de determinadas personas en el lugar de aislamiento¹⁸¹⁸.

Ante el silencio del legislador, parte de la doctrina con la que se coincide, aboga por la permisibilidad de visitas al interno sancionado por parte de sus familiares¹⁸¹⁹, a las que en nuestra opinión habría de añadirse las de Abogados y procuradores, dada la especial trascendencia de su relación y ante el riesgo, si unas u otras se impiden, de agravar de modo injustificado el rigor, ya de por sí altísimo, de la medida de aislamiento misma.

En verdad, parece inadmisibile que en virtud de una interpretación extensiva de la norma reglamentaria, pueda venir anulado el derecho penitenciario que a todo interno asiste a recibir visitas en el Centro¹⁸²⁰; derecho, que es reflejo del de naturaleza

Asimismo, como especial mecanismo de garantía, se previene la exclusión de la aplicación de la sanción de aislamiento en celda respecto de las personas referidas en los arts. 43. 2º y 3º de la LOGP y 254. 3º del RP 1996, respectivamente.

¹⁸¹⁸ Salvo prohibición expresa, el acuerdo de la medida de aislamiento no ha de impedir, en cambio, que pueda el interno tener consigo y servirse de radios y otros medios de comunicación; la sola prohibición de diálogos y contacto con el exterior, como acertadamente señala ROIG BUSTOS, es ya castigo suficiente. Vid. "La sanción de aislamiento ...", op. cit., pág. 799. Sin embargo, durante el tiempo en que la medida se mantenga, será prohibida al interno la recepción de paquetes o encargos, o la realización de nuevas adquisiciones en el economato de la prisión; prohibición que, en opinión de RÍOS MARTÍN, no ha de incluir la del uso de objetos que se hallaren en posesión del interno con anterioridad, que la norma no menciona. "Manual de ejecución penitenciaria...", op. cit., pág. 162.

¹⁸¹⁹ Nada dice al respecto el art. 254 del RP de 1996, a diferencia del anterior art. 112. 5º del RP de 1981 que permitía la visita de un familiar una vez por semana por un plazo de tiempo no inferior a cinco minutos ni superior a diez.

¹⁸²⁰ TAMARIT SUMALLA, SAPENA GRAU, F., y GARCÍA ALBERO, R., en "Curso de Derecho Penitenciario ...", op. cit., págs. 184 y 185; en este mismo sentido, y como muestra de su favor por una interpretación garantista de las normas penitenciarias, RÍOS MARTÍN, JC., "Manual de ejecución penitenciaria...", op. cit., pág. 162.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

constitucional a la libertad y secreto de las comunicaciones personales, que la privación de libertad no debe anular¹⁸²¹.

De todo lo ahora expuesto se colige sin dificultad que la medida de aislamiento implica "una restricción de la libertad de movimientos en el interior del Establecimiento, que se añade a la privación de libertad determinada por sentencia judicial", e incluso puede entenderse como auténtica privación de libertad y en cualquier caso, una agravación intensísima de las condiciones de vida en prisión. Y si, como parece entenderse mayoritariamente en la doctrina, toda pena privativa de libertad -aunque, como igualmente se señala, el aislamiento no es estrictamente pena o medida de seguridad alguna- debe orientarse a fines de resocialización, se hace preciso la adopción de especiales cautelas, no solo en cuanto a la duración de la medida, sino a su modo de cumplimiento¹⁸²².

Lo cierto es que, a pesar de lo declarado por el máximo intérprete constitucional en alguna de sus sentencias, a nivel doctrinal e incluso jurisprudencial, son muy serias las dudas que se plantean acerca de lo acertado de la exclusión de la medida de aislamiento del marco de garantías establecidas en el art. 17 CE. Sobre la base de este argumento, a nuestro juicio erróneo, la Administración Penitenciaria viene alegando con frecuencia que su decisión de sancionar a un recluso con esta medida, no supone confrontación alguna con el art. 25. 3º de la Norma Fundamental.

Sin embargo, es claro que la misma -como expresamente declaraba la STC 74/1985- entraña una "grave restricción de la ya restringida libertad inherente al

¹⁸²¹ BERNARDI, E., "Corrispondenza dei detenuti e diritto ...", op. cit., 1414 y asimismo en "Colloqui del detenuto ...", op. cit., págs. 337 y 338.

¹⁸²² MAPELLI CAFFARENA, B., "Principios fundamentales del sistema penitenciario ...", op. cit., pág. 293; también en opinión de GARRIDO GUZMÁN, "la disciplina en los Centros de detención ha de facilitar la consecución de fines de readaptación social de la pena". Vid. *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Valencia, 1976, pág. 8.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

cumplimiento de la pena" que parece ir más allá de una simple modificación de las "condiciones de vida en la prisión"¹⁸²³.

En opinión renovada de la doctrina -y sobre la base de la que entendemos más acertada jurisprudencia, a cuya consolidación contribuyen declaraciones como las contenidas en los votos particulares a la STC 119/1996- aun cuando no se llegue a la denominación de auténtica "medida de privación de libertad", la alteración del singular y ya "modificado" *status libertatis* del interno que el aislamiento entraña, sí ha de reclamarse la observancia de cuantas garantías exige la limitación del derecho constitucional a la libertad y, en particular, la intervención en su acuerdo de la autoridad judicial.

Si, como parece incuestionable, la decisión y posterior aplicación de la medida implica la limitación del que, tras la vida, se reconoce como más alto de los derechos fundamentales de la persona, debe entenderse necesaria su imposición por dicho órgano y tras la tramitación de un procedimiento en el que se den cita las garantías de contradicción y defensa, y en suma, con respeto de las garantías constitucionales que exige toda restricción de la libertad individual.

En definitiva, se trata de hacer de la sanción una medida "no arbitraria", sino que su adopción comporte un proceso y una reglamentación específica previa que, por lo que a nuestro derecho respecta, se contiene en el título X del nuevo Reglamento¹⁸²⁴.

La norma penitenciaria, sin embargo, sólo prevé la intervención del órgano jurisdiccional en el proceso de imposición de la sanción de aislamiento, en el supuesto en que la misma resulte superior a los 14 días de duración, siendo su aprobación confiada al Juez de Vigilancia penitenciaria; aprobación que, según lo dispuesto en el

¹⁸²³ Véase, la STC 2/1987, de 21 de enero.

¹⁸²⁴ A este procedimiento sancionador dedica el Reglamento Penitenciario, básicamente, los arts. 240 y ss.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

art. 76.2º d) LOGP¹⁸²⁵, no puede sino entenderse una exigencia previa e ineludible a los efectos de la aplicación de la medida misma¹⁸²⁶. Este control judicial de la potestad sancionadora administrativa opera, pues, con independencia de la interposición de eventuales recursos contra la medida adoptada de los que el interno afectado puede servirse.

Ahora bien, si se tiene presente que al privado de libertad se otorga en prisión un *status libertatis* modificado y distinto del que corresponde al ciudadano en libertad¹⁸²⁷, es claro que el ataque o limitación del mismo ha de integrarse en el ámbito del art. 17 CE y que, en consecuencia, se impone la determinación por ley de toda eventual medida de injerencia.

A la vista de lo anterior y de lo dispuesto por el art 25.3 CE, no puede sino cuestionarse la legitimidad constitucional de la imposición de sanciones de esta naturaleza por la propia Administración Penitenciaria¹⁸²⁸. La sanción de aislamiento, en la medida en que entraña la privación de libertad del sujeto afectado, precisa para su imposición de un procedimiento al efecto en el que se observen todas las garantías y, en particular, el respeto de los derechos fundamentales de proyección procesal que reconoce el art. 24 CE¹⁸²⁹.

¹⁸²⁵ Vid. Art. 253.1º RP. Asimismo, según lo dispuesto en el art. 236.6º RP de 1996, si el interno hubiere de dar cumplimiento a distintas sanciones de aislamiento en celda y la duración de las que se acumulen superara el plazo de 14 días señalado, se exigirá la aprobación por el Juez de Vigilancia penitenciaria de todas ellas.

¹⁸²⁶ En contra puede verse la Orden de la DGIP de 17 de noviembre de 1981, en una interpretación corregida por la STC 2/1987, de 21 de enero. En sentido favorable a esta exigencia, GARRIDO GUZMÁN, L., "Tutela judicial efectiva y asesoramiento de Letrado ...", op. cit., pág. 121.

¹⁸²⁷ Vid. STC 57/1994 y, en la misma línea, la STC 35/1996.

¹⁸²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., "Principios fundamentales ...", op. cit., pág. 304; ROIG BUSTOS, L., "La sanción de aislamiento ...", op. cit., pág. 802, quien va más allá al cuestionar la falta de adaptación de la sanción, tanto al espíritu general de la Ley Penitenciaria, cuanto a las propias normas constitucionales.

¹⁸²⁹ En particular, derecho a ser informado de la acusación, en la forma y medida que permita al interno el conocimiento de los hechos e infracción disciplinaria que se le imputa y frente a la que ha de articular su defensa. Al mismo ha de reconocerse, pues, la participación en el procedimiento a partir de la proposición, para su práctica con las garantías debidas, de cuantos elementos de prueba

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Así las cosas, no falta razón a quienes afirman que dichas garantías son aplicables no sólo en el marco del proceso penal sino, igualmente, en los procedimientos administrativos sancionadores, toda vez que ambos han de entenderse manifestaciones del poder punitivo del Estado¹⁸³⁰, con las matizaciones derivadas de su propia naturaleza en lo referente al segundo de los ámbitos nombrados.

Una rápida mirada al derecho comparado europeo revela que la medida de aislamiento del interno, o la pudiera ser su equivalente, viene por lo general prevista como sanción a la comisión por este último de infracciones al régimen penitenciario.

El legislador procesal francés, en particular, reserva el art. D. 167 CPPfr a la regulación de la medida de "castigo en celda", como sanción a imponer al interno que incurre en responsabilidad y que, en esencia, consiste en situar a este último a solas en una celda individual destinada al efecto, donde no podrá ser visitado, viendo asimismo restringida la correspondencia no familiar.

Ahora bien, por lo que a este estudio interesa y según se desprende de lo dispuesto por los arts. D. 67, D. 411 y 419 del CPPfr, ha de tenerse presente que dicha sanción en caso alguno puede traducirse en el desconocimiento de la facultad, que ha todo privado de libertad ha de asegurarse, de comunicar libremente con la persona que asume la condición de Abogado defensor.

estime conducentes a su pretensión y el órgano judicial entienda pertinentes, sin admisión alguna de denegaciones arbitrarias. Vid. STC 97/1995.

Conviene asimismo tener presente que, la presunción de inocencia podrá solo resultar desvirtuada por la sentencia de condena fundamentada en una actividad probatoria, siquiera mínima, practicada en respeto de los principios de contradicción y defensa; exigencias, que hacen preciso el reconocimiento al interno de la facultad de valerse de los servicios del defensor que libremente designe.

En definitiva, el derecho a una tutela judicial efectiva a partir de la posibilidad de acudir al JVP y formular "quejas" ante él, y asimismo, la vía de recurso que se abre ante la Audiencia Provincial para la lucha frente a las resoluciones de dicho órgano contrarias a sus intereses, revelan la necesidad de garantizar el derecho a una asistencia y defensa técnica real y efectiva. En favor de la intervención del Letrado, "no preceptiva pero sí en todo caso posible" se pronuncia ROIG BUS-TOS, L., "La sanción de aislamiento", op. cit., pág. 801.

¹⁸³⁰ Vid. STC 297/1993, y la posterior STC 97/1995, de 20 de junio.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Pero, junto a esta medida de carácter o naturaleza disciplinaria, y al servicio de los fines de seguridad del establecimiento, la norma francesa prevé el llamado "*isolement*"¹⁸³¹ del interno, distinto de la medida que ya se conoce de "*interdiction du communiquer*" decidida por el Juez que preside la instrucción de la causa, en atención a razones relacionadas con el perfecto desarrollo y éxito de la misma¹⁸³².

Por su parte¹⁸³³, la norma penitenciaria italiana¹⁸³⁴ contiene la previsión de la medida de aislamiento en el art. 33 OP, de carácter excepcional¹⁸³⁵ y que, según se dispone, podrá ser sólo acordada por razones sanitarias¹⁸³⁶ o durante la ejecución de una sanción de "exclusión de la actividad en común" que puede imponerse al interno que comete infracciones disciplinarias de especial gravedad¹⁸³⁷.

Asimismo, prevé el citado precepto penitenciario la aplicación de la medida de aislamiento sobre imputados o personas sometidas a la "*indagine preliminari*"¹⁸³⁸

¹⁸³¹ Véanse los arts. D.170 y D. 171 CPPfr.

¹⁸³² Prohibición, ésta última, que se traduce una especial vigilancia sobre el interno a partir de su reclusión en una celda individual o cuarto separado, con la intención de evitar el contacto del sospechoso con otro u otros internos que puedan también serlo, y así, romper las relaciones del mismo que se entiendan peligrosas. Vid. Art. 145.4 CPPfr al que se aludía en el capítulo precedente.

¹⁸³³ Sobre el aislamiento en celda como sanción a la comisión por el privado de libertad de faltas disciplinarias graves, puede verse asimismo el art. 83 -que se incluye en el cap. 9º dedicado al régimen penitenciario, de la norma penitenciaria belga.

¹⁸³⁴ L 26.7.1975, n. 354, Ordin. pen.

¹⁸³⁵ En sus orígenes, el aislamiento del interno se consideraba elemento esencial de la pena por razón de la naturaleza aflictiva atribuida a la misma; más tarde, sin embargo, ese "aislamiento diurno" fue concebido como agravación de la pena teniendo en cuenta que el nocturno era la regla general; el derecho penitenciario actual, en cambio, reconoce absolutamente excepcional la situación de aislamiento de la persona en prisión. Sobre el particular, puede verse, CANEPA, con MERLO, "Elementi di Diritto Penitenziario", op. cit., págs. 58 y 59.

¹⁸³⁶ Según expresa el art. 68 del reglamento de desarrollo -D.P.R. 29.4.1976, n. 431 (Reg. es. l.26.7.1975, n.354)- el aislamiento continuo por razones sanitarias ha de ser prescrito por un facultativo médico en los casos de enfermedad contagiosa, y habrá de ser levantado tan pronto varíe o desaparezca ese estado peligroso.

¹⁸³⁷ Precisa el art. 68 en su pf. 3º OP que, durante el periodo de exclusión de la actividad en común, "a presos y penados no será permitido comunicar con el resto de reclusos, ni mantener correspondencia telefónica o coloquios"; solo les será permitida diariamente la lectura de libros y periódicos, y los contactos con familiares o convivientes solo se permitirán en muy excepcionales supuestos.

¹⁸³⁸ Ciertamente, el precepto se refiere "imputati" y "arrestati nel procedimento di prevenzione". (Vid. art. 33.3º OP).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

durante el desarrollo de la instrucción, si y hasta tanto el órgano jurisdiccional la entendiera precisa. En este supuesto, exclusivamente, la medida responde a las exigencias procesales que se derivan de la actividad instructoria, y que corresponde apreciar al órgano judicial al que se encomienda y que preside su desarrollo.

Interesa señalar que, según lo expresado por el art. 68. 6º de la norma reglamentaria, las condiciones de vida prisión del interno, mientras se halle sometido a la medida de aislamiento, no han de diferir sustancialmente de aquellas de las que disfruta el conjunto de la población reclusa, salvo las limitaciones dispuestas por la autoridad judicial que proceda; en esencia, la aplicación de la medida comportará la prohibición de comunicar con el resto de reclusos, y de recibir visitas o mantener correspondencia tanto postal cuanto telefónica con sus familiares, que sólo podrá tener lugar con carácter extraordinario¹⁸³⁹.

3.2.3.2. La suspensión o intervención de las comunicaciones con Letrado.

Levantada la incomunicación, por desaparición de las circunstancias atendidas en orden a su acuerdo o una vez agotado el plazo de duración previsto, si no hubiera sido decidida su prórroga¹⁸⁴⁰, el interno será autorizado a mantener contactos con el Abogado defensor o el expresamente llamado para asuntos penales, según prevé el RP; contactos, que a la vista de lo dispuesto por el art. 51.2º LOGP, podrán ser suspendidos o intervenidos previa orden de la autoridad judicial, exclusivamente, en el marco de la delincuencia relacionada con el fenómeno terrorista.

¹⁸³⁹ Vid. Art. 68. 3º y 4º, del reglamento de desarrollo (D.P.R 29.4.1976, n. 431).

¹⁸⁴⁰ Según la LECrim determina, la medida de incomunicación no habrá de extenderse más allá del tiempo indispensable y, por regla general, no superar los cinco días de duración; en excepcionalísimos supuestos, podrá mantenerse por el plazo indispensable para evitar confabulación, y de decidirse nuevamente la incomunicación, agotada una primera, la duración de ésta última no habrá de ser superior a tres días "si la causa mereciere méritos para ello", Véanse al respecto, los arts. 506 a 508 de la LECrim.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Como en páginas precedentes se señalaba, la medida de "intervención", aun cuando no interrumpe o impide el desarrollo de la comunicación, implica una intensa injerencia en el ejercicio del derecho, al imposibilitar su celebración de forma reservada; la medida persigue, en efecto, la captación del contenido de la comunicación para su conocimiento, parece que al objeto de salvaguardar la seguridad y buen orden del establecimiento, o interés del tratamiento, como fines que la LOGP declara perseguidos.

Asimismo, es expresa en la norma penitenciaria la referencia a una eventual "suspensión" de las comunicaciones con letrado; límite éste que se traduce en la privación al interno, con carácter temporal, del disfrute del derecho a comunicar de forma reservada con su Abogado defensor o el expresamente llamado para asuntos penales, y asimismo parece aludir a la interrupción de un contacto iniciado, ante la concurrencia de determinadas circunstancias de riesgo a los fines pretendidos con el internamiento.

Lo cierto es que, la norma reglamentaria previene expresamente esta última, que ha de entenderse excepcionalísima potestad de suspender el contacto oral mantenido por el interno con la generalidad de personas autorizadas, y que atribuye a representantes de la Administración penitenciaria; concretamente, según determina el art. 44 RP, es el Jefe de servicios quien, por propia iniciativa o a propuesta del funcionario que presencia su celebración, podrá ordenar la suspensión de la comunicación; si bien, el precepto exige la inmediata comunicación de la medida al Director del establecimiento que, de confirmarla por resolución motivada, en el mismo día o al siguiente, a su vez habrá de dar cuenta al Juez de vigilancia penitenciaria.

La medida, regulada en precepto separado del relativo a eventuales restricciones o intervenciones, viene configurada en evitación del peligro que genera la "existencia de razones fundadas para creer que los comunicantes puedan estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia o la

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

seguridad del establecimiento, o que estén propagando noticias falsas que perjudiquen o puedan perjudicar gravemente a la seguridad o buen orden del establecimiento"; pero, podrá asimismo tener lugar "cuando los comunicantes no observen un comportamiento correcto".

En cualquier caso, la contundencia de la declaración contenida en el art.48 del Reglamento Penitenciario de 1996 -que ha de poner fin, definitivamente¹⁸⁴¹, a toda discusión vertida sobre el ambiguo art. 51.2 LOGP- conduce a afirmar sin reservas que, "las comunicaciones del interno con el Abogado defensor o el expresamente llamado para asuntos penales" en caso alguno podrán ser "suspendidas o intervenidas por decisión administrativa", sino "previa orden expresa de la autoridad judicial"¹⁸⁴².

Nada nombra, sin embargo, el art. 51.2º LOGP que se maneja, acerca de la finalidad perseguida por el legislador con la previsión de esta doble forma de limitación del derecho a comunicar; silencio, que contrasta con la expresión de ciertas razones entendidas bastantes por el legislador para restringir, en cuanto a las personas y al modo, la generalidad de comunicaciones del interno; razones, de las que hace mención el art. 51.1º LOGP *in fine*, y que se resumen en la salvaguarda del orden y seguridad del establecimiento o del interés del tratamiento al que viene aquél sometido.

Esto último, lleva a concluir que las posibilidades de limitación del derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones privadas del interno al amparo de la legislación penitenciaria, se hallan orientadas a los fines de prevención que la misma norma menciona; nota ésta, que permite la clara distinción de las medidas de limitación previstas por la LOGP y desarrolladas en el Reglamento, de aquellas otras

¹⁸⁴¹ De este modo, parece triunfar el criterio doctrinal sostenido, entre otros, por JIMÉNEZ BLANCO, A., con JIMÉNEZ BLANCO, G., MAYOR, P., OSSORIO, L., *Comentario a la Constitución*, Madrid, 1995, pág. 382.

¹⁸⁴² Art. 48.3º del RP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

medidas de injerencia arbitradas por el legislador procesal, de aplicación en el marco y al servicio de los fines de investigación e instrucción de las causas por delito.

Si, como parece, son distintos los fines perseguidos o necesidades a satisfacer en uno y otro caso, no cabe duda que habrá de ser diverso el régimen al que ha de sujetarse todo acto limitador del derecho del interno a comunicar; de ahí que, junto a las garantías comunes de previsión legislativa y necesario acuerdo del órgano jurisdiccional al efecto, la aplicación de las medidas previstas en el art. 51.2 LOGP exijan su previo conocimiento por parte, tanto del interno afectado, cuanto de su Abogado en el exterior¹⁸⁴³.

Resulta, pues, inadmisibles la intervención secreta de los contactos mantenidos entre ambos sujetos, ni aun tratándose de delitos relacionados con el fenómeno terrorista¹⁸⁴⁴; lejos de lo anterior, habrá de darse cuenta de la decisión suspender o intervenir la comunicación que hubiera de celebrarse a uno y otro de los sujetos implicados, quienes, conocidos estos extremos y las condiciones en que habrá de desarrollarse, accederán o no a celebrar la comunicación sometida a vigilancia.

3.2.4. APROXIMACIÓN A LOS FINES PERSEGUIDOS CON LA MEDIDA PENITENCIARIA.

En páginas precedentes se adelantaba como conclusión que, la limitación del derecho a comunicar de espaldas a su titular persigue fines de naturaleza procesal que se resumen en la persecución del delito y descubrimiento de su autor. La aplicación de la medida se legitima, pues, ante la concurrencia de motivos bastantes para considerar

¹⁸⁴³ El mismo TC echa de menos la observancia de esta última garantía, en la STC 128/1997 de 14 de julio (FJ 6º). Según expresa la citada resolución, dicha ausencia (...) "hubiera determinado la inconstitucionalidad de la intervención acordada por el Centro y su pronunciamiento por el Juez".

¹⁸⁴⁴ PAZ RUBIO, JMª., (et. alt.), "Legislación penitenciaria", op. cit., pág. 221.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que a través de la misma puede lograrse dicha finalidad, en atención a la cual resulta la proporcionalidad de la medida limitativa misma.

En verdad, cuando la norma penitenciaria alude a razones de seguridad, interés del tratamiento o buen orden del Establecimiento¹⁸⁴⁵, no hace sino "acotar el campo dentro del cual la Administración penitenciaria puede invocar causas específicas para limitar el derecho a la libertad y secreto de la correspondencia"¹⁸⁴⁶; la apreciación -inexcusable a estos efectos- de necesidades y circunstancias relacionadas con la actividad instructoria, a las que resulta completamente ajena la Administración Penitenciaria, es labor que corresponde a la autoridad jurisdiccional y que, en consecuencia, escapa al ámbito de acción de sus representantes en la Dirección de la prisión.

Así pues, se ha de rechazar de plano la delegación de competencias en esta materia -que se reconocen exclusivas de la autoridad jurisdiccional- en favor de órganos administrativos, siquiera en los supuestos de intervención de las comunicaciones de sospechosos de participación en delitos de terrorismo o de colaboración con banda armada; tampoco se sostiene el argumento consiste en alegar razones de urgencia para *ex art. 579.4º* LECrim, reconocer la intervención *ab initio* de la autoridad gubernativa¹⁸⁴⁷.

¹⁸⁴⁵ Según precisa el TC en su sentencia 141/1999, de 22 de julio, las razones de seguridad y orden en el Centro, o interés del tratamiento se configuran, efectivamente, como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones genéricas del interno y la consiguiente restricción de sus comunicaciones escritas. (Vid. FJ 7º). Sobre el particular, véase asimismo RACIONERO CARMONA, F., "Derecho Penitenciario y privación de libertad", op. cit., págs. 177 y 178.

¹⁸⁴⁶ Determinar *a priori* en cada caso cuáles son las circunstancias específicas exigidas resulta imposible, y es por ello que la ley se limita a utilizar fórmulas genéricas; ahora bien, "esa alusión no puede equipararse a la motivación (...) pues ello convertiría tales fórmulas en criterios absolutamente elásticos justificadores de cualquier arbitrariedad, inatacables e inimpugnables ya que, por definición, coincidiría con el criterio de la ley". Vid. AAP de Madrid, de 22 de septiembre de 1994.

¹⁸⁴⁷ En esta opinión se coincide con MARCHENA GÓMEZ, M., "La injerencia de la Administración penitenciaria", op. cit., pág. 304.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

De lo anterior se concluye que, de concurrir motivos bastantes para considerar peligroso el pleno ejercicio por el interno de su derecho a la libre comunicación con el letrado, sea por razón de la amenaza a los fines de seguridad del Establecimiento, sea por consecuencia de la constatación de indicios de delito, las autoridades penitenciarias habrán de dirigirse al órgano jurisdiccional que corresponda -el Juez de Vigilancia penitenciaria, en el supuesto de penados y en atención a los solos fines penitenciarios, o la autoridad judicial de quien dependa el preso provisional- en solicitud de la limitación del derecho, quien de acordarla habrá de asumir el control de su ejecución.

Esta, como cualquier otra conclusión que llegue a alcanzarse, probablemente no quedaría exenta de crítica, habida cuenta de la dificultad de compatibilizar la necesaria salvaguarda de intereses -si no del todo opuestos sí, cuanto menos, enfrentados- que precisan ser satisfechos.

Lo cierto es que, como advierte MARCHENA¹⁸⁴⁸, la complejidad del problema de la intervención de comunicaciones del interno -y en particular, las que a nuestro estudio interesan y que mantiene con el Abogado defensor, no es consecuencia exclusiva de la ambigüedad de la fórmula contenida en ese art. 51.2º LOGP, sino de las sobradamente conocidas deficiencias de la norma procesal, en su previsión de los límites susceptibles de ser introducidos en el derecho fundamental a la libertad y secreto de las comunicaciones privadas.

A lo largo de estas páginas se habrá tenido ocasión de constatar que la delicada problemática planteada en torno al régimen jurídico de las intervenciones de la comunicación, sea oral, escrita o telefónica, se hace especialmente sensible en el ámbito penitenciario, desatendido por el legislador español en este y muchos otros aspectos.

¹⁸⁴⁸ "La injerencia de la Administración penitenciaria", op. cit., pág. 303.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esta constante, parecía haber sido atenuada por la reforma reglamentaria operada en 1996; la nueva norma tiene el mérito de incorporar la doctrina sentada por nuestros jueces para integrar el vacío legislativo y definir el verdadero alcance de inciertas previsiones de la LOGP que, a diferencia del Reglamento, no ha llegado a ser retocada. El legislador español, ha hecho nuevamente uso de la socorrida técnica de parcheo, con la que difícilmente puede darse solución a los problemas y resolver las dudas que envuelven la materia relativa a la privación de libertad de la persona como pena, y más si cabe como medida cautelar y, especialmente, cuantas se plantean en torno al *status* jurídico que corresponde al sujeto que la padece.

3.2.5. PARTICULAR INCIDENCIA DE LA LIMITACIÓN SOBRE EL FUNDAMENTAL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA TÉCNICA.

Llegados a este punto del análisis, a nadie escapará la especial incidencia de una eventual injerencia en el desarrollo de las comunicaciones con letrado, sobre el que resulta ser el más básico de los derechos procesales.

En efecto, conforme expresamente ha declarado el TC "el hondo detrimento que sufre el derecho de defensa por razón de este tipo de intervenciones se basa en la peculiar trascendencia instrumental que tiene el ejercicio de este derecho para quien se halla privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación o las condiciones en que se desarrolla.

Que dicho detrimento es producido por consecuencia de la intervención de las comunicaciones del preso con el Abogado y, por el hecho de que dicha intervención sea administrativa, es algo tan ostensible que no requiere grandes esfuerzos argumentativos; la importancia que el secreto de tales comunicaciones tiene para el adecuado diseño de la estrategia defensiva, hace obligada la demanda de las máximas garantías para su limitación, como lo es el hecho de que su objeto pueda ser la propia

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

atribución de infracciones penales o administrativas en la Administración penitenciaria"¹⁸⁴⁹.

De lo ahora expresado se colige sin dificultad que la posible suspensión o intervención de las comunicaciones con Letrado prevista en la norma penitenciaria, alcanza tanto al privado de libertad con finalidad cautelar, cuanto al interno condenado, titulares uno y otro no sólo del derecho que consagra el art. 18.3º CE, sino del fundamental derecho de defensa que resulta afectado.

En páginas precedentes se señalaba la repercusión, enorme y del todo negativa, de la limitación a la libertad y secreto de tan especial comunicación sobre la eficacia del elemental derecho de asistencia y defensa de detenidos o presos; y, conviene en este espacio averiguar en qué medida afecta al derecho de defensa del sujeto que se halla en prisión dando cumplimiento a la pena impuesta por sentencia, igualmente titular de ese derecho fundamental.

Quizás pueda a primera vista pensarse que, el art. 51.2º LOGP, por razón de su incidencia sobre la mencionada garantía procesal, se ha concebido para ser aplicado al preso preventivo; ello, sin embargo, supondría una absoluta ignorancia de la vigencia de la elemental y altísima garantía de defensa¹⁸⁵⁰ también en este otro estadio procesal.

Lejos de lo anterior, es premisa básica de la que ha de partirse, la consideración del interno condenado como titular del fundamental derecho de defensa y asistencia letrada que consagra el art. 24.2º del Texto Constitucional, aunque con las limitaciones que se deriven de especial relación de sujeción en la que se halla; derecho, del que puede servirse frente a la potestad sancionadora que corresponde a la

¹⁸⁴⁹ Vid. STC 58/1998, de 16 de marzo, (FJ 5º).

¹⁸⁵⁰ Asimismo, no será extraña la coincidencia en un mismo sujeto de la doble condición penado y de interno preventivo por causas pendientes, habiendo de gozar respecto de estas últimas del beneficio de la presunción de inocencia.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Administración penitenciaria, y ante las incidencias de la ejecución que eventualmente se plantean.

Efectivamente, como con frecuencia ha declarado nuestro máximo intérprete constitucional, el amplio cuerpo de garantías reunidas en el citado precepto "son trasladables al procedimiento administrativo sancionador"¹⁸⁵¹, habida cuenta de que, al igual que sucede en el marco del proceso penal, en él se actúa el *ius puniendi* estatal, si bien, "con las matizaciones resultantes de su propia naturaleza"¹⁸⁵².

Parece, sin embargo, que a pesar del reconocimiento al privado de libertad del derecho de defensa durante la fase de ejecución de la condena y, en consecuencia, de la facultad de participar de modo específico en cuantos procedimientos hayan de tener lugar ante el Juez de Vigilancia penitenciaria¹⁸⁵³, la esfera de ejercicio del derecho en el marco de la legislación penitenciaria se ve un tanto recortada.

En efecto, el derecho de defensa que ha de garantizarse al interno en el seno del proceso sancionador -éste último, seguido en su contra por consecuencia de la presunta infracción de alguna de las exigencias regimentales- incluye el derecho a la asistencia letrada junto a otras manifestaciones tales como, el derecho a conocer la

¹⁸⁵¹ Entender la defensa aplicable en el procedimiento administrativo sancionador, en forma y grado que se estimen proporcionados a la infracción, sanción y procedimiento -como señala la STC 74/1985- es exigencia que RODRÍGUEZ ALONSO considera puede verse satisfecha con la posibilidad de designar libremente letrado por el interno, para que le asista durante la tramitación del expediente. Vid. "Lecciones de Derecho Penitenciario", op. cit., pág. 31.

¹⁸⁵² Véanse las SsTC 2/1987, 145/1992 y 297/1993. En este punto, sin embargo, la cuestión que se plantea es si debe o no reconocerse al derecho de defensa en este ámbito una proyección idéntica a la que posee en sede de proceso penal.

¹⁸⁵³ Advierte DI RONZA en el derecho italiano, si no un perfecto paralelismo, una incuestionable analogía entre el reconocimiento del derecho de defensa por la norma procesal y el ordenamiento jurídico penitenciario, en cuanto se refiere a las distintas facultades subjetivas en que se traduce. *Manuale di diritto e della esecuzione penale*, Padova, 1989, págs. 23 y 24.

Semejante afirmación precisaría sin embargo en nuestro derecho ser matizada, en tanto en cuanto el legislador descuida la garantía en esta etapa procesal de una de las que se reconocen manifestaciones básicas de su ejercicio, y no es otra que, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita; ausencia ésta, criticada con acierto por la doctrina penitenciarista que espera impaciente la respuesta del legislador.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

acusación formulada en contra, el derecho a proponer pruebas pertinentes para su autoexculpación¹⁸⁵⁴ e, incluso, recurrir las resoluciones que estime que perjudiquen a sus intereses.

Pero, lo cierto es que el derecho a recibir asistencia y defensa técnica no resulta en este ámbito reconocido de forma plena¹⁸⁵⁵. En este punto, el mismo TC ha llegado a manifestar -contrariando el firme propósito de garantizar una defensa real y efectiva, y no meramente formal, que proclama el Alto TEDH¹⁸⁵⁶- que el mencionado derecho del interno, "no alcanza a la facultad de obtener asistencia jurídica gratuita, aunque sí la de valerse en todo caso del asesoramiento de un defensor de libre elección"¹⁸⁵⁷.

Esta falta de reconocimiento del derecho a la designación de Abogado de oficio en caso de necesidad coloca al interno en situaciones de auténtica indefensión¹⁸⁵⁸ en el supuesto, nada infrecuente, de que carezca de recursos económicos suficientes para hacer frente a los honorarios del Letrado¹⁸⁵⁹; en un intento de paliar este efecto, el

¹⁸⁵⁴ Ello, en un intento de contrarrestar o, cuanto menos, no permitir una sobrevaloración del parte redactado por el funcionario, sobre el que es propuesta la sanción. Vid. RÍOS MARTÍN, JC., "Manual de ejecución penitenciaria", op. cit., pág. 172.

¹⁸⁵⁵ Vid. STC 2/1987, de 21 de enero.

¹⁸⁵⁶ Doctrina ésta que el mismo TC viene sosteniendo en buen número de resoluciones, de entre las que puede mencionarse la STC 21/1981.

¹⁸⁵⁷ En este sentido se pronunciaba el máximo intérprete constitucional en las SsTC 74/1985, 2/1987, 190 y 192/1987.

¹⁸⁵⁸ Ello sucede cuando el propio Texto Constitucional proclama que, "todos" -y ello incluye al privado de libertad- tienen derecho a la asistencia y defensa técnica que permita la tutela de sus derechos e intereses (Art. 24. 2 CE).

¹⁸⁵⁹ Con su silencio, el legislador ha desaprovechado la magnífica oportunidad que ofrecía la LAJG de 1996 para, definitivamente, asegurar al ciudadano que se halle dando cumplimiento a la condena, el derecho a recibir asistencia jurídica gratuita en procedimientos disciplinarios seguidos en su contra y para la formulación de peticiones y quejas ante la Administración y el JVP. En el sentido de afirmar la necesidad de garantizar al penado el auxilio de Letrado se han manifestado, entre otros, CÁRMENA CASTILLO, M., "La eficacia del control jurisdiccional ...", op. cit., págs. 23 y 31; GARRIDO GUZMÁN, L., "Tutela judicial efectiva ...", op. cit., pág. 123; MARTÍN OSTOS, J., "La posición del imputado ...", op. cit., pág. 821; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", op. cit., págs. 3611 y 3612 y, el mismo autor, "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 888; PIÑERO GÁLVEZ, J., "El Abogado ante la legislación penitenciaria", op. cit., pág. 290; SÁNCHEZ YLLERA, I., "Tutela judicial efectiva en prisión", op. cit., pág. 96.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

legislador penitenciario introduce la figura del Jurista Criminólogo que ha de prestar al interno asesoramiento.

Pero, la singularidad de las circunstancias que caracterizan el ámbito penitenciario y la delicada posición de inferioridad en que el mismo se halla en el interior de la prisión hacen que, aunque pueda y deba¹⁸⁶⁰ obtener información de este sujeto acerca de su situación penal, procesal y penitenciaria¹⁸⁶¹ y valerse de su consejo, la ayuda que dicho profesional pueda prestarle no alcance a evitar la desigualdad de posiciones en que se halla frente a la Administración penitenciaria sancionadora¹⁸⁶².

La realidad demuestra, sin embargo, que el interno generalmente no acude ni suele valerse de los servicios que dicho funcionario puede ofrecerle; en ocasiones, es la pertenencia de dicho profesional a la Junta de Régimen la que impide que pueda prestar al recluso asistencia técnica, pero, en cualquier caso, el rechazo de este auxilio es consecuencia de la desconfianza que, por su condición de funcionario de la Administración penitenciaria -la parte contraria en el procedimiento de la sanción y a los ojos del recluso, defensor de los intereses de la misma- despierta en el ánimo del conjunto de la población reclusa.

Así pues, ha de entenderse superada la doctrina jurisprudencial antes citada, en el sentido de otorgar el más amplio reconocimiento del fundamental derecho a la asistencia letrada en el marco penitenciario en el que, por el momento, son muy débiles las manifestaciones de tan elemental garantía¹⁸⁶³.

¹⁸⁶⁰ En este sentido puede verse la STC 161/1993.

¹⁸⁶¹ Véase el art. 281. 5º RP.

¹⁸⁶² ASECIO CANTISAN, *Régimen disciplinario y medidas coercitivas*, Vigilancia Penitenciaria, Madrid, CGPJ, 1993, pág. 40. De esta opinión participan, entre otros, RÍOS MARTÍN, JC., "Manual de ejecución penitenciaria...", op. cit., pág. 170 y TAMARIT SUMALLA, JMª., (et. alt.), "Curso de Derecho Penitenciario", op. cit., pág. 179.

¹⁸⁶³ Así, lo expresado en la STC 74/1985, de 18 de junio -y, en esta misma línea, la STC 2/1987, de 21 de enero- a cuyo tenor, "la asistencia letrada debe ser permitida en forma y grado estimables como proporcionados a la falta, a la sanción y al procedimiento", ha de ser interpretada en la forma más amplia y favorable a la efectividad del fundamental derecho de defensa.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La norma penitenciaria, y en su desarrollo el Reglamento, aunque no exigen preceptivamente la representación y defensa técnica en el procedimiento arbitrado para la imposición de sanciones disciplinarias, reconocen de forma expresa al interno la facultad de asesorarse de Letrado durante la tramitación del expediente sancionador; valerse, pues, de los servicios de un técnico en la redacción del pliego de descargo, en ejercicio de su defensa y por razón de la vigencia en dicha sede de los principios de contradicción e igualdad procesal¹⁸⁶⁴ y servirse de su consejo en la proposición, para su práctica, de aquellas pruebas que, siendo pertinentes, puedan resultar favorables al éxito de su pretensión¹⁸⁶⁵.

Asimismo es claro que, el presunto infractor del régimen penitenciario, ha de gozar de esa asistencia técnica para preparar su comparecencia ante la Junta de Régimen y asimismo, aunque nada se dice acerca de la posibilidad para el letrado de estar físicamente presente, la facultad de acudir acompañado por el mismo a dicha audiencia¹⁸⁶⁶.

Así pues, aunque es principio informador del procedimiento sancionador la exclusión de todo obstáculo que pudiera derivarse de la exigencia de postulación procesal, ha de reconocerse al interno el derecho a la asistencia y defensa técnica, por razón de su instrumentalidad a la efectividad del derecho que le asiste a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a recurrir las resoluciones emitidas

¹⁸⁶⁴ RIOS MARTIN, JC., "Manual de ejecución penitenciaria", op. cit., págs. 173 a 175.

¹⁸⁶⁵ No se olvide que, denegada la admisión de cualquiera de las pruebas propuestas, queda al interno abierta la vía de recurso ante el Juez de Vigilancia penitenciaria donde, nuevamente, puede precisar de la asistencia del letrado, en el momento de expresar los motivos por los que está en desacuerdo con la resolución o entiende vulnerada cualquiera de las normas de procedimiento.

¹⁸⁶⁶ Autores como BUENO ARÚS -en su estudio, *La jurisprudencia del TC en materia penitenciaria*, "Rev. Poder Judicial", núm. esp. III, pág. 171- y TAMARIT SUMALLA, JM^a., (et. alt.), "Curso de Derecho Penitenciario", op. cit., pág. 179- abogan por el reconocimiento a todo interno de la facultad de recibir la asistencia del Letrado en un momento anterior a la celebración de la audiencia, y para su preparación; más allá incluso, considera RÍOS MARTÍN posible y conveniente que el recluso pueda comparecer a dicho acto junto a aquél técnico en Derecho; en opinión de ROIG BUSTOS, la intervención del defensor en el procedimiento sancionador no es preceptiva pero sí en todo caso posible. Vid, "La sanción de aislamiento ...", op. cit., pág. 801.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

por los órganos administrativos¹⁸⁶⁷ ante el JVP¹⁸⁶⁸, o las que procedan de este último y le perjudiquen, a través de las vías de impugnación arbitradas por las normas penitenciarias¹⁸⁶⁹.

En particular, ante este órgano jurisdiccional que ha de velar por el respeto de sus derechos en el interior de la prisión y garantizar, en cualquier caso, que la ejecución de la pena siga los términos previstos en la ley y el Reglamento, puede el interno interponer los recursos de reforma¹⁸⁷⁰, de apelación y queja a los que se refiere la DA 5º LOGP¹⁸⁷¹.

¹⁸⁶⁷ Ciertamente, contra el acuerdo sancionador de la Comisión disciplinaria, primeramente se prevé la interposición por el afectado de un recurso de alzada, para cuya preparación habrá de recibir el asesoramiento preciso de un Abogado libremente elegido o solicitado de oficio.

¹⁸⁶⁸ Véase, el art. 242.2 i RP. Pero asimismo, no cabe duda que el asesoramiento del letrado continúa siendo preciso si, como probablemente sucederá, una vez la sanción viene definitivamente impuesta, se pretende suspender su ejecución.

Se ha de tener presente que, aun cuando la interposición del recurso, como regla, determine la suspensión de la ejecución (art. 44.3 LOGP), en lo que se aconseja sea sólo excepcional, se reconoce a la Administración penitenciaria la potestad de ejecutarla de forma inmediata en aquellos supuestos de indisciplina grave y de entenderse que la corrección no puede demorarse. Ante esta eventualidad, en un intento debilísimo de contrarrestar el amplio margen de discrecionalidad que resta a la autoridad administrativa, se reconoce al interno la facultad de solicitar la suspensión de la sanción ante la Comisión disciplinaria, mediante un escrito que habrá de contener los motivos por los que considera injusta la decisión; y, asimismo, tratándose de la inmediata ejecución de una sanción de aislamiento en celda, se prevé la posibilidad para el mismo de interponer un recurso de queja ante el JVP independiente del que pueda estar en marcha y que habrá de tramitarse con carácter preferente (véase el art. 245.2 RP).

¹⁸⁶⁹ El núm. 82 de los criterios de actuación aprobados en la VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 1994, expresaba que las decisiones del JVP que resuelven peticiones y quejas de los internos según lo previsto en el art. 76.2 g) LOGP habían de entenderse resoluciones de primera instancia, y en consecuencia, admitían ser recurridas en apelación y queja. Y asimismo, puede leerse en el número siguiente que "contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia cabe recurso de apelación en todo caso, salvo en materia disciplinaria" habiendo el mismo de ser tramitado con arreglo a las normas de la LECrim sobre el procedimiento abreviado. (Vid. núm. 83 del citado Texto).

¹⁸⁷⁰ El recurso, se ajusta en su tramitación a lo previsto para el mismo con carácter general, a salvo la necesaria postulación procesal, que no viene exigida en este otro ámbito.

¹⁸⁷¹ Recursos éstos que, por su trascendencia, hacen precisa la intervención del Fiscal en el desarrollo de la tramitación a los fines de salvaguarda de las más elementales garantías procesales tanto respecto de la Administración, cuanto de los internos. A este respecto puede verse, la *VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, celebrada en Madrid, mayo de 1992, pág. 279; en particular, véase la letra m) del acuerdo.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Por lo que se refiere a eventuales acuerdos de suspensión e intervención de las comunicaciones del interno, y en particular cuando son decididas por la autoridad administrativa, la intervención del JVP ha de ir más allá de un simple conocimiento de dicha decisión una vez le es comunicada por el primero; la misma, en realidad, ha de consistir en un control -independiente del recurso del sujeto afectado- que evite que dichas medidas constituyan acuerdos sancionatorios encubiertos¹⁸⁷².

Es más, la especial naturaleza de la comunicación con su Abogado que a nuestro estudio interesan, según se ha venido afirmando, hace precisa la orden previa de la autoridad judicial a quien se reserva la decisión de la medida¹⁸⁷³, aunque, como criterio de *lege ferenda*, debiera igualmente imponerse la intervención del órgano jurisdiccional en la limitación de la generalidad de comunicaciones privadas del interno.

En cualquier caso, de incumplirse los requisitos legales y las exigencias legítimas de la intromisión en el derecho, puede el interno luchar para su cese

a través de la formulación de peticiones y quejas ante el Director del Establecimiento, si procediera de este órgano la decisión, mediante la interposición del recurso de queja ante el JVP y, contra la decisión de éste último, a través del recurso de reforma y posterior apelación ante la Audiencia Provincial, como pasos previos a la eventual interposición de un recurso de amparo, habida cuenta del rango de fundamental del derecho que se sabe amenazado y que deja asimismo abierta la vía del recurso ante el TEDH.

¹⁸⁷² Sobre el particular, véase el Texto nacido de la *VI Reunión de Jueces de Vigilancia penitenciaria*, Madrid, 1992.

¹⁸⁷³ Véanse los arts. 51.2º LOGP y 48 del RP de 1996.

4. BREVE REFERENCIA AL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO.

Una breve aproximación al modo en que la cuestión relativa a la intervención de las comunicaciones en prisión, en especial con letrados, recibe tratamiento en distintos ordenamientos europeos tales como el alemán¹⁸⁷⁴ o el italiano¹⁸⁷⁵, revela ciertas semejanzas con el modelo español, básicamente, en cuanto a su construcción a partir de la general autorización de las visitas o de la correspondencia con el exterior - si no la configuración de un auténtico derecho del interno a comunicar- acompañada de eventuales restricciones y posibilidades de limitación, con carácter excepcionalísimo. Regulaciones continentales más estrictas¹⁸⁷⁶, en cambio, exigen concretas autorizaciones de acceso al Centro para la celebración de visitas y el mantenimiento de comunicaciones con el preso.

Pero, al margen de esto último, lo cierto es que el conjunto de legislaciones examinadas reconocen al interno la facultad, por lo general ilimitada, de expedir o recibir correspondencia; correspondencia que, salvo en supuestos excepcionales que a los efectos de este estudio interesan, es susceptible de control por parte de las autoridades penitenciarias.

Parece nota común a los distintos Textos normativos analizados, el expreso reconocimiento al privado de libertad del derecho a mantener comunicación oral y escrita de forma libre con Abogados, ya ostenten o no la condición de defensor en el proceso; sin embargo, se aprecian diferencias en la respuesta dada por los mismos a la controvertida cuestión relativa a la posible intromisión, aun excepcional, de las autoridades estatales en su desarrollo; pronto se conocerá que, sólo alguna de las

¹⁸⁷⁴ Vid. § § 24 y 25 StVollzG.

¹⁸⁷⁵ Art. 18 OP.

¹⁸⁷⁶ Entre éstas últimas pueden nombrarse las legislaciones francesa, holandesa y belga.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

normas a las que se ha limitado el estudio, contienen una prohibición expresa de dicha injerencia, siendo en el resto sólo implícita y, en ocasiones, incluso permitidas previa concurrencia de estrictos presupuestos¹⁸⁷⁷.

La brevedad que se pretende en este análisis, hace obligada la selección entre distintas regulaciones para, sin obviar del todo la referencia a las previsiones contenidas en algunos otros ordenamientos jurídicos del marco europeo, dedicar mayor atención a los modelos alemán e italiano, especialmente interesantes por la singularidad de sus previsiones y su rigor, enorme en el ordenamiento jurídico germano; en cualquier caso, todos ellos sin excepción, han de servir de referente al legislador español de cara a regular, definitivamente y superando las deficiencias que lleguen a observarse en los tomados como referencia, el régimen al que han de venir sujetas las comunicaciones de todo interno con Letrado, mientras se halle dando cumplimiento a la medida cautelar o a la pena definitivamente impuesta por sentencia.

4.1. ESPECIAL REFERENCIA AL MODELO ALEMÁN.

Conviene comenzar este análisis haciendo notar que el legislador germano reparte en dos cuerpos normativos distintos la regulación del modo de dar cumplimiento a la privación de libertad y, por lo que ahora interesa, el régimen de comunicaciones y visitas que corresponde a la persona mantenida en prisión en espera de juicio, y aquél otro que viene reconocido al penado.

De un lado, pues, habrá de atenderse a lo dispuesto en la norma dedicada a la ejecución de la prisión provisional, *Untersuchungshaftvollzugsordnung* de 15 de diciembre de 1976 -en adelante, UVollzO- que, en respuesta a las previsiones

¹⁸⁷⁷ Para un conocimiento en mayor profundidad de la materia, puede verse DE SOLA DUEÑAS, A., con GARCÍA ARÁN, M., *Legislación penitenciaria europea comparada*, Barcelona, 1991, pág. 46, en particular.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

contenidas en los § 148 y 148 a de la StPO, regula las posibilidades de comunicación del imputado preso con su defensor, a partir de la autorización de visitas al Centro y la celebración de entrevistas e intercambio de correspondencia entre ambos.

El art. § 36 UVollzO, en particular, consagra el derecho de todo interno en condición de preventivo a comunicar oralmente con el Abogado defensor sin trabas o necesidad de autorización¹⁸⁷⁸, como principio fundamental¹⁸⁷⁹, y sin que sus contactos puedan venir sujetos a limitación¹⁸⁸⁰.

A estos efectos, el Abogado habrá de presentarse en el Centro y acreditar su condición de defensor designado por el imputado preso o nombrado por el Tribunal, mediante un documento que especifique que es él, efectivamente, el profesional que ha de realizar las funciones de defensa en el proceso. La norma, sin embargo, prevé la eventualidad de que el Abogado acuda al Centro en calidad de defensor y posea un permiso o autorización para la visita, pero no alcance a acreditar aquella condición a través de la documentación señalada; en ese supuesto, la comunicación podrá tener lugar a partir de la presentación de un "volante de comunicación" con validez limitada a la ocasión y que, en consecuencia, da derecho al Abogado a una única comunicación con el interno¹⁸⁸¹.

Igualmente singular es la situación en que puede hallarse el profesional de la Abogacía a quien, contrariamente, no hubiere sido encomendado el cometido de la

¹⁸⁷⁸ Según expresa el § 36 (7) UVollzO, corresponde a la máxima autoridad penitenciaria conjuntamente a la que ejerza las funciones decanales del Colegio de Abogados, determinar cuáles son, en general, los días y horas en que habrán de permitirse las visitas de estos profesionales.

¹⁸⁷⁹ SCHLOTHAUER, R., con WEIDER, HJ., *Untersuchungshaft*, Heidelberg, 1996, págs. 32 y 33.

¹⁸⁸⁰ Con carácter general, reconoce el § 25 UVollzO al encarcelado el derecho a recibir visitas en el Centro, que serán autorizadas por el Juez o fiscal, de forma escrita y con expresa indicación de la duración, día y hora de la misma. Esta autorización, sin embargo, podrá negarse a determinadas personas, de sospecharse que el concederlas y posibilitar la visita hace surgir serios riesgos de desestabilización del orden en el Centro (Vid. § 26 (3) UVollzO).

¹⁸⁸¹ Vid. § 36 (3) UStVollzO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

defensa¹⁸⁸²; este otro Letrado podrá también mantener comunicaciones con el imputado, previa autorización por escrito del Juez o fiscal aunque, por lo general y a diferencia de las anteriores, el desarrollo de estas últimas vendrá sometido a control o fiscalización¹⁸⁸³.

La misma norma determina asimismo que, durante la celebración de las visitas, el letrado no podrá hacer entrega al interno de objetos no autorizados, a excepción de aquellos escritos que el mismo interno le hubiere entregado con anterioridad u otro tipo de documentos relacionados con la defensa.

En cualquier caso, no ha de perderse de vista lo previsto en los arts. § 148 (2) y 148 a) de la StPO cuya aplicación, como se hacía saber en páginas precedentes, se traduce en el sometimiento a control del intercambio de información o correspondencia entre el inculcado y su defensor. Si se tiene presente, sin embargo, que esta última disposición procesal opera solo en supuestos excepcionales, no puede extrañar que la relación epistolar que el interno mantenga con su Abogado defensor, reciba en el derecho alemán tutela privilegiada¹⁸⁸⁴.

Efectivamente, en coherencia con cuanto prevé el citado art. § 148 StPO en su primer apartado, la norma de ejecución reconoce al sometido a prisión provisional,

¹⁸⁸² Según prevé asimismo el § 36 (6) UStVollzO, si el defensor designado por la parte cediera su puesto a un Abogado pasante con el consentimiento de quien le ha elegido, podrá el sustituto mantener comunicaciones con el interno en las mismas condiciones que habrían de rodear las celebradas por el titular de la defensa; igualmente, esta circunstancia habrá de ser acreditada por el nuevo letrado interviniente, mediante la presentación de la documentación que le fuere requerida por el Director del Establecimiento.

¹⁸⁸³ Véase, § 36 (4) UVollzO. El reconocimiento de la posibilidad de fiscalizar las visitas, en general, que el interno reciba en el establecimiento, se contiene en el § 27 (1) de la misma norma, cuyo apartado 3º faculta a los sujetos encargados de la vigilancia la intervención al efecto de interrumpir la celebración de las entrevistas, de sospecharse peligroso el contenido de las conversaciones o, si se produjeran vulneraciones de las normas del Centro o se intentara la transmisión entre los comunicantes de objetos no autorizados. Vid. § 27 (3) UVollzO.

¹⁸⁸⁴ JULIUS, "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 548; KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 532; LAUFHÜTTE, K., "Karlsruher Kommentar", op. cit., págs. 708 y 709; MÜLLER, M., con SAX, W., *Kommentar zur Strafprozessordnung*, Darmstadt, 1966, págs. 509 y 510.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

el derecho a mantener comunicación escrita con su Abogado¹⁸⁸⁵ y, a diferencia de lo que sucede respecto del resto de comunicaciones permitidas, sin necesidad de autorización y sin sujeción a control o limitación alguna¹⁸⁸⁶.

Como podrá sospecharse, la singular protección que a la correspondencia de la defensa o con ella relacionada confiere el § 37 UVollzO hace precisa, en orden a su efectividad, una clara distinción de la misma frente a la que en general se dirige al interno, a través de una anotación o distintivo en la misiva que permita su reconocimiento; con el mismo propósito, se exige al interno el franqueo de la que halla de remitir al Abogado haciendo constar los datos auténticos -identidad y domicilio- que correspondan a este último.

Pero, como se adelantaba, de concurrir los presupuestos de los que se hace mención, sobre el imputado preso puede venir acordada la medida prevista en el apartado 2º del § 148 StPO, así como aquello que se dispone en el § 148 de la misma

¹⁸⁸⁵ § 37 UVollzO.

¹⁸⁸⁶ Por lo general, los escritos que se dirijan al interno son remitidos por el Centro penitenciario al Juez o fiscal interviniente, dentro de un sobre abierto que acompañará al cerrado; una u otra autoridad, de no encontrar reparo alguno al desarrollo de la comunicación, hará constar su consentimiento a la misma en el sobre que contiene la misiva y acto seguido, lo remitirá al Establecimiento para su entrega al interno (véase, § 33 UVollzO.

Asimismo, la autoridad judicial se haya investida de potestad para acordar la detención de aquellos escritos que, con carácter general el imputado expida o reciba y resulten ilegibles o hayan sido redactados en lengua extranjera y, de igual modo podrá procederse cuando se sospeche que, de ser llevada a cabo la comunicación, pueda verse entorpecido el perfecto desarrollo del proceso o se entienda que el normal curso de la misma entraña serios riesgos al buen funcionamiento del Centro.

Según entiende el legislador germano, esta circunstancia de peligro de alteración del orden en el Establecimiento o su normal funcionamiento, puede derivar de la inclusión en el escrito de groserías o la descripción deformada del Centro o sus condiciones, siempre que sea de cierta relevancia, de la inclusión de ofensas o del hecho de que la no interrupción de la comunicación, en atención a su contenido, genere hechos o acciones punibles o sancionables, así como cuando el escrito sirva a la preparación de una acción punible; circunstancias éstas, que pueden motivar la detención del escrito conforme a lo previsto en el § 34(2) UStVollzO.

Pero, en cualquier caso, excluye la norma expresamente la posibilidad de detener y así, evitar que lleguen a manos de encarcelado, aquellos escritos que han de quedar exentos de control o fiscalización por las autoridades del Centro según el § 34 (3) UVollzO, como es el caso de los escritos que procedan del Abogado defensor.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

norma procesal, que excepciona la aplicación de tan singular protección a sus intercambios de escritos.

El régimen de visitas e intercambio de correspondencia que el legislador alemán configura en favor, no ya del preso provisional, sino del interno condenado, en cambio, se contiene en el título 4º de la norma llamada a regir el cumplimiento de la pena de privación de libertad y medidas de seguridad y prevención de esta naturaleza - *Strafvollzugsgesetz* (StVollzG, en adelante) de 16 de marzo de 1976, objeto de reforma en ocasiones posteriores.

En particular, la regla general relativa a las posibilidades de visita¹⁸⁸⁷ e intercambio de correspondencia reconocidas al penado se halla contenida en el art. 23 de dicha norma, mientras el art. 26 de esa misma ley prevé la autorización de visitas relacionadas con la causa legal del interno por parte de su defensor o de otros Abogados y notarios¹⁸⁸⁸; visitas, que no han de impedirse¹⁸⁸⁹, pero cuya celebración, por razones de seguridad, puede hacerse depender del hecho de que el visitante se someta a registro que no habrá de alcanzar a los escritos que pudiera llevar consigo.

¹⁸⁸⁷ El Director del Establecimiento es la autoridad legitimada para acordar la prohibición, en su caso, de las visitas en aquellos supuestos en que se vea amenazada la seguridad y el orden en el Centro, o bien, tratándose de visitantes que no sean parientes del detenido, puedan causar una influencia perjudicial sobre el detenido o puedan obstaculizar la reinserción; véase asimismo el art. § 25 StVollz. Véase, LAUBENTHAL, K., "Strafvollzug", op. cit., pág. 185.

Las visitas autorizadas, por lo general, según determina el art. § 27 StVollz podrán ser objeto de vigilancia por razón del tratamiento, la seguridad y el buen orden en el Centro. Sin embargo, la conversación que se mantiene podrá solo ser controlada si, por estas mismas razones, llegara a entenderse conveniente esta intervención; como de inmediato se conocerá, las comunicaciones con el defensor, en cambio, no habrán de ser sujetas a vigilancia. Vid. JOESTER, E., (et. alt.), "Kommentar zur Strafvollzugsgesetz", op. cit., págs. 201 y 204.

En cualquier caso, se prevé la posibilidad de interrumpir el contacto iniciado ante cualquier contravención de la ley -o de las órdenes que se deriven de lo en ella dispuesto- por parte del interno o sus visitantes. (Vid. § 27 (2) StVollz).

¹⁸⁸⁸ EDIT, HH., "Verkehr des Gefangenen mit der Aussenwelt ...", op. cit., pág. 381; JOESTER, E., (et. alt.), "Kommentar zur Strafvollzug", op. cit., págs. 203 y 204.

¹⁸⁸⁹ EDIT., HH., "Verkehr des Gefangenen mit der Aussenwelt ...", op. cit., pág. 381.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Consciente, pues, de la tutela privilegiada que éstos merecen, y a diferencia del modo de operar en el resto de supuestos, el legislador alemán determina que los objetos -en este caso escritos y otros documentos- relacionados con la tramitación de la causa que afecte al privado de libertad, que porte el defensor en sus visitas y pretenda hacer llegar al interno, no sean objeto de detención y puedan transferirse¹⁸⁹⁰.

Razones idénticas, le llevan a eximir del control la correspondencia de los mismos con el Abogado defensor, a salvo la concurrencia de especiales circunstancias en que dicha regla viene excepcionada¹⁸⁹¹; la injerencia estatal en el desarrollo de la comunicación no resulta, pues, absolutamente excluida¹⁸⁹².

En efecto, la norma alude al supuesto en que el cumplimiento de la condena proceda de la comisión de un delito de los relacionados en el § 129 StGV, y que determina la aplicación de cuanto previenen los § 148.2º y 148 a) de la StPO¹⁸⁹³.

La ley de ejecución germana prevé asimismo que, el interno será autorizado a comunicar vía telefónica o telegráfica con el exterior; según se precisa, mientras la primera forma de comunicación queda sujeta al régimen que se prevé al respecto de las visitas, la segunda de las nombradas queda sometida a las previsiones relativas a la correspondencia¹⁸⁹⁴.

¹⁸⁹⁰ Vid. § 29 (1) y 31 (4) StVollZ. Sobre el particular, véase LAUBENTHAL, K., "Stafvollzug", op. cit., págs. 178 y 179.

¹⁸⁹¹ Véase el § 27 (2) StvollZ.

¹⁸⁹² Cfr. EDIT, H., "Verkehr des Gefangenen ...", op. cit., págs. 381 y 382; JOESTER, E., (et. alt.), "Komentar zur Stafvollzugsgesetz", op. cit., pág. 203; LAUBENTHAL, K., "Strafvollzug", op. cit., pág. 179.

¹⁸⁹³ Sin embargo, el control al que vendría sujeta la comunicación con el defensor por esta vía, según el mismo precepto determina, no ha de operar con respecto a aquellos internos que se hallen en situación de régimen abierto, o hubieren obtenido beneficios en el cumplimiento de la condena o permisos, y no exista razón que autorice al Director del Centro para su revocación.

¹⁸⁹⁴ Vid. § 32 StVollZ. Vid. EDIT, HH., "Verkehr des Gefangenen mit der Aussenwelt ...", op. cit., pág. 380.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, al igual que sucede al respecto de las comunicaciones orales mantenidas por el interno con su defensor, las que sostenga telefónicamente no han de ser controladas o sometidas a escucha¹⁸⁹⁵.

A la vista de lo expuesto, es claro el reconocimiento a todo privado de libertad de la facultad de mantener comunicaciones con distintas personas ajenas al Establecimiento, y muy especialmente con defensores y Abogados; comunicaciones que podrán ser celebradas de forma oral -a través del contacto directo que permiten las visitas del Letrado al Centro Penitenciario o por medio del teléfono- y de forma escrita, esto es, vía postal o telegráfica, que han de gozar de una especial y muy privilegiada tutela.

Como se ha tenido ocasión de constatar, la eventual aplicación de medidas de vigilancia y control de las comunicaciones que el interno queda autorizado a celebrar con la generalidad de personas viene impedida, también con carácter general, cuando se trata de las comunicaciones que mantiene con el Abogado defensor, que sólo se permite en excepcionalísimos supuestos; la limitación de estas últimas parece, pues, posible, aunque es extraordinaria y en todo caso, se halla relacionada con la necesidad de satisfacer exigencias derivadas de la instrucción de las causas criminales.

Téngase presente que la norma procesal penal abre paso al posible acuerdo de ciertas medidas limitativas, de aplicación a un concreto marco de conductas delictivas de la máxima gravedad y para su averiguación; como ya se conoce, se trata de supuestos en los que el temor de un mayor riesgo al éxito de la investigación e instrucción de la causa, provocado por la peculiaridad de la relación que une al

¹⁸⁹⁵ JOESTER, E., (et. alt.), "Kommentar zur Stafvollzuggesetz", op. cit., pág. 224; KLEINKNECHT, T., con MEYER-GOSSNER, L., "Strafprozessordnung", op. cit., pág. 531; LAUFFHÜTE, "karlsruhe Kommentar", op. cit., págs. 706 y 707; MÜLLER (et. alt.), "Kommentar zur Strafprozessordnung", op. cit., pág. 60.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Abogado y su cliente, el legislador ha entendido legítima la injerencia en el desarrollo de los contactos.

En la medida en que estas últimas previsiones han sido ya objeto de análisis en anteriores capítulos, y para evitar reiteraciones, resta por señalar la oportunísima inclusión en la norma germana de un precepto, el art. § 34 StVollzG, que alude al uso o finalidad a la que han de servir los conocimientos adquiridos como resultado de la vigilancia en las visitas o el control de la correspondencia; medidas, una y otra que, como se señalaba, no han de afectar a las que se celebran con el defensor a no ser que concurren excepcionalísimas circunstancias¹⁸⁹⁶.

Conforme al tenor del precepto, tales conocimientos podrán ser sólo empleados, si fueran necesarios para la salvaguarda de la seguridad o el orden en el Centro, para la prevención, la evitación y persecución de los delitos o, si conviniera, por razones de tratamiento del interno¹⁸⁹⁷.

Si se tiene en cuenta que la norma contiene como exigencia el escuchar y posibilitar al interno la oposición al acuerdo de la medida de injerencia, pronto puede deducirse que su aplicación es conocida por los sujetos que intervienen en el desarrollo de la comunicación; y, si ello es así, el fin o fines perseguidos con su adopción no pueden ser ya aquellos relativos a la investigación e instrucción delictiva, cuya eficacia precisa del secreto y que, por su distinta naturaleza, han de ser decididos en condiciones y bajo garantías más estrictas y, en cualquier caso, por autoridades distintas de las penitenciarias.

¹⁸⁹⁶ JOESTER, E., (et. alt.), "Kommentar zur Strafprozessordnung", op. cit., págs. 204 y 224; LAUBENTHAL, K., "Strafvollzug", op. cit., pág. 184.

¹⁸⁹⁷ Esta información, en consecuencia, se reserva al conocimiento de los empleados o funcionarios penitenciarios, Tribunales y autoridades competentes para prevenir, impedir o perseguir delitos o ilegalidades. Vid. § 34 (2) StVollzG.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

4.2. EL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO ITALIANO.

Al igual que en el modelo español, el derecho italiano permite al privado de libertad -ya sea en condición de imputado o "detenuto", esto es, sometido a una medida cautelar, ya en la de condenado- mantener entrevistas y correspondencia con distintas personas, "incluso a los fines de llevar a cabo actos jurídicos", en departamentos que habrán de ser acordes a la exigencia de imposibilitar un control auditivo, que no visual, de su desarrollo, por parte del personal de custodia¹⁸⁹⁸; es más, las comunicaciones del imputado con su Abogado defensor, según dispone art. 35.6 Rgl., se han de celebrar en locales especialmente destinados al efecto.

La norma penitenciaria, sin embargo, prevé distintas medidas de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones en prisión y, en particular, abre paso a la posibilidad de someter a control la correspondencia de concretos internos, previa resolución motivada de la autoridad competente¹⁸⁹⁹; autoridad que, según se desprende de lo expresado en el art. 18.8 OP, no es otra que la judicial para el acuerdo de la medida de control sobre la correspondencia y la autorización de las comunicaciones telefónicas hasta el pronunciamiento de la sentencia de primer grado, y para la autorización de las comunicaciones con posterioridad a la emisión de dicha sentencia, el Director del Establecimiento penitenciario; ello, según expresa el precepto, "a salvo lo dispuesto en el art. 18 bis OP"¹⁹⁰⁰.

¹⁸⁹⁸ Vid. Art. 18 de la L 26.7.1975 Ordinamento penitenziario (OP, en adelante).

¹⁸⁹⁹ La autoridad judicial que decida la sujeción a control del desarrollo de las comunicaciones del interno, según dispone el art. 18.9° OP, podrá delegar su práctica en el Director o un funcionario perteneciente a la Administración penitenciaria.

¹⁹⁰⁰ Este singular precepto, exclusivo de la norma penitenciaria italiana, viene referido a las posibilidades de comunicación, como su título indica, a los fines de la investigación, y consiente al personal de la "Dirección de la investigación antimafia" así como a oficiales de Policía designados por los responsables de dicha Dirección, la visita a los Establecimientos penitenciarios y el mantenimiento de comunicaciones personales con los detenidos e internos, a los efectos de obtener informaciones útiles para la prevención y represión de los delitos de criminalidad organizada; del desarrollo de estos contactos, habrá de dejarse constancia en un registro exhaustivo al que tendrá pleno acceso la autoridad judicial.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, y conforme a lo dispuesto por el art. 18 OP *in fine*, es dicha autoridad judicial la que puede decidir la limitación de la correspondencia y recepción de correo por el interno. El precepto, que sufría una primera modificación por l. 12 de enero de 1977, era posteriormente declarado "ilegítimo" por la Corte Constitucional italiana¹⁹⁰¹, "en la parte en que no prevé que el interno condenado por sentencia firme, tiene derecho a comunicar con el defensor desde el inicio del cumplimiento de la pena"¹⁹⁰².

En desarrollo de lo previsto por la norma penitenciaria, el Reglamento de ejecución de 1976 señala lo siguiente al respecto del eventual control tanto de las entrevistas, cuanto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, en especial con Abogados.

Por lo respecta a la celebración de contactos directos -que han de ser autorizados, bien por el Director del Instituto, bien por la autoridad judicial que proceda, prevé el art. 35.4 Rgl. una primera medida de interrupción de aquella comunicación en la que no sea observado un comportamiento correcto por parte de los interlocutores, entre los que puede hallarse el defensor, dando a conocer esta actuación al Director del Establecimiento que decidirá la exclusión definitiva del desarrollo del contacto.

En cuanto se refiere a la correspondencia de partida y llegada al centro, ésta será sometida a inspección a los fines de evitar el porte en su interior de elementos u objetos peligrosos o no permitidos; dicha inspección, en cualquier caso, ha de

Estas mismas comunicaciones podrán ser celebradas sin necesidad de previa autorización por el Procurador General antimafia, a los fines del ejercicio de funciones de impulso y coordinación; órgano este último al que, por otra parte, habrá de darse noticia de las autorizaciones concedidas y que afecten a personas sometidas a investigación, imputados o condenados por alguno de los delitos relacionados con la criminalidad organizada, a los que se refiere el art. 51.3 bis de la norma penal sustantiva.

¹⁹⁰¹ Véase la sentencia de 19 junio a 3 de julio de 1997 (n.212).

¹⁹⁰² Vid. *Codice e leggi per l'udienza penale*, bajo la dirección de CHIAVARIO, M., y PADOVANI, T., Bologna, 2000, pág. 830.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

realizarse de un modo tal que excluya el control sobre lo escrito, esto es, el conocimiento de su contenido¹⁹⁰³.

Ahora bien, según prevé el aludido art. 36.6º del Rgl., en el supuesto en que la Dirección del Centro Penitenciario albergue la sospecha de que la correspondencia contiene elementos u objetos que constituyan cuerpo del delito, o que puedan suponer un peligro para el orden y la seguridad en el Centro, la carta o misiva podrá ser detenida, poniendo de inmediato dicha circunstancia en conocimiento de la autoridad judicial¹⁹⁰⁴. El mismo precepto reglamentario, en su apartado 7º, es rotundo al señalar que dicho control sobre la correspondencia postal del interno ha de ser además decidido por el "magistrado di sorveglianza" o la autoridad judicial que corresponda.

Con carácter excepcional, podrá asimismo autorizarse a detenidos y condenados a mantener comunicaciones telefónicas con sus familiares cuando, siendo necesario el contacto, singulares y graves motivos de urgencia impidan la comunicación oral ordinaria o la correspondencia postal o telegráfica¹⁹⁰⁵; la ley italiana, sin embargo, no es explícita en su reconocimiento al interno de la facultad de comunicar a

¹⁹⁰³ Vid. art. 36.5º del DPR 29.4.1976, n. 431 (Reglamento de desarrollo de la ley 26.7.1975, n. 354 - Rgl., en adelante-).

¹⁹⁰⁴ Las disposiciones que se contienen en los apartados 6º y 7º del art. 36 Rgl, según se prevé, se aplicarán asimismo a los telegramas que se reciban. En este punto, si la dirección considera que un telegrama que se envíe no debe ser transmitido por los motivos que señalan en el apartado 6º informará al magistrado o autoridad judicial que proceda, que decidirá si debe o no procederse de este modo. Vid. Art. 36.8 Rgl. de 1976.

¹⁹⁰⁵ Véase el art. 37 Rgl. de 1976. Según en él se prevé, el interno que precise mantener una comunicación telefónica habrá de dirigir un escrito a la autoridad que corresponda, indicando el número telefónico y la identidad de la persona con la que se desea comunicar, así como la razón motivadora de la urgencia y que justifica la solicitud. (Art. 37.6 Rgl.). De la celebración de estas llamadas habrá de quedar constancia en un registro y, especialmente, de las solicitadas por detenidos o condenados por razón de los delitos indicados en el art. 4 bis de la ley de 26 de julio de 1975, n. 354, cuando se trate de colaboradores con la Administración de Justicia en la lucha contra la criminalidad organizada, aun cuando de la colaboración no se obtengan datos objetivamente útiles por falta de actualidad; asimismo, tratándose de detenidos o penados por razón de delitos de terrorismo o criminalidad organizada, esta extraordinaria facultad -al igual que ciertos beneficios penitenciariamente previstos- solo podrá concederse si no se aprecian elementos que lleven a presumir la subsistencia de relaciones con la criminalidad organizada o eversiva. Vid. Art. 37, apartado 9º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

través de esta vía con el Abogado defensor aun cuando, como no puede ponerse en duda, este es precisamente uno de los supuestos en los que frecuentemente concurren motivos de urgencia de muy considerable trascendencia.

Y, al igual que sucede al respecto de las comunicaciones escritas, la autoridad judicial podrá disponer que las conversaciones telefónicas sean sometidas a escucha y registradas a través de medios idóneos a estos efectos¹⁹⁰⁶.

En cualquier caso, esta posibilidad de someter a vigilancia o control el desarrollo de las comunicaciones orales y escritas del privado de libertad se excepciona *ex art. 103.6º CPPit*, en relación con lo dispuesto por el art 35. disp. att.¹⁹⁰⁷, cuando en su desarrollo participa el profesional de la Abogacía¹⁹⁰⁸; este último no podrá ver intervenidas las comunicaciones que, en ejercicio de las funciones de defensa, mantenga con su cliente que se encuentra preso, so pena de ineficacia en el proceso de toda información obtenida a partir de dicha operación¹⁹⁰⁹.

4.3. LAS PREVISIONES DEL LEGISLADOR PENITENCIARIO BELGA.

La norma penitenciaria belga es explícita en su reconocimiento a todo interno del derecho a mantener comunicación por escrito con personas que se hallen en el exterior de la prisión, y a recibir de ellas correspondencia, quedando asimismo autorizados a recibir en el Establecimiento o Centro de detención, con la frecuencia

¹⁹⁰⁶ Vid. Art. 37.8 Rgl.

¹⁹⁰⁷ Según prescribe este último precepto en su apartado 4º, la correspondencia entre el imputado detenido y su defensor, siempre que se observen las exigencias que prescriben los apartados 1º y 2º, no será de aplicación lo previsto en el art. 18.8º y 9º de la norma penitenciaria de 1975, antes apuntado, y de los artículos correspondientes del Reglamento de ejecución de 1976, igualmente mencionados.

¹⁹⁰⁸ Vid. *infra* capítulo 2º de este estudio.

¹⁹⁰⁹ Sobre el particular, véase lo dispuesto por el art. 103. 5º, 6º y 7º del CPPit.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que resulte posible, visitas de distintos sujetos, de entre las cuales, interesa la del Abogado defensor¹⁹¹⁰.

En efecto, según expresa el art. 29 del Reglamento penitenciario belga, los Abogados estarán autorizados a comunicar libremente y a cualquier hora del día, con aquellos detenidos que les hubieren llamado y encomendado la asistencia técnica, tras la celebración por éstos de una primera declaración y salvo que hubiera sido ordenada sobre los mismos la prohibición de comunicar; los mismos podrán efectuar visitas a sujetos condenados por sentencia firme e internos reincidentes de los que hubieren sido defensores, cuando aquellos demanden o acepten la visita y, previa autorización del Colegio profesional del lugar en el que se halle ubicado el Centro, también a penados y sometidos a prisión por aplicación de la ley de defensa social, incluso si no hubieron sido antes defensores¹⁹¹¹.

La norma belga, además, contiene una específica referencia a las comunicaciones escritas de los no penados que, según se prevé, pueden ser sometidas al control que representa la transmisión de cuantas se envíen o reciban por el Director de la Institución penitenciaria al Juez encargado de la instrucción de la causa¹⁹¹². Ahora bien, la eventualidad de este control de la correspondencia se excepciona en determinados supuestos y, como no podría ser de otro modo, en aquellos en los que pueda resultar afectado el elemental derecho de defensa.

¹⁹¹⁰ La información acerca del derecho penitenciario belga es tomada de la interesante obra de GARCÍA ARÁN, M., con DE SOLA DUEÑAS, A., *Legislació penitenciària europea comparada*, Barcelona, 1991, págs. 225 a 231.

¹⁹¹¹ Conviene atender a la previsión contenida en el art. 35 del Rgl. belga, según la cual, si el Director del Centro descubriera algún plan o inteligencia entre el detenido y una persona procedente del exterior, la hará expulsar de inmediato e impedir su entrada al Establecimiento en el futuro, y de haber intentado o facilitado la evasión, la pondrá a disposición de las autoridades; mientras, el interno será privado hasta nueva orden de recibir visitas de personas ajenas a la Administración.

¹⁹¹² En efecto, el derecho a la libre comunicación del preso provisional viene consagrado en el art. 17 de la norma belga, según el cual, salvo que le fuere impedida por orden judicial la facultad de comunicar, los internos no condenados por sentencia podrán mantener a diario comunicación por escrito con personas del exterior y recibir de ellas correspondencia.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Excluye, pues, el legislador belga la aplicación de posibles límites a la libre correspondencia que puede el interno mantener con las personas a las que se refiere el art. 24 de las que ahora interesa el Abogado defensor del interno que menciona el apartado segundo del precepto; así, entre las facultades que se reconocen a todo interno en el art. 29.3º el Rgl. belga, se haya incluida la de corresponder con un Abogado, sea o no su antiguo defensor, sin sometimiento a tipo alguno de censura o control.

En todo momento, pues, e incluido el caso en que se hallaren cumpliendo una sanción disciplinaria de aislamiento, que les impida comunicar con la generalidad de personas, podrá el interno dirigir cartas a determinadas autoridades y, según precisa el art. 24.2º intercambiar correspondencia con el Abogado de su elección; ello, a no ser que sobre el mismo hubiera sido legalmente ordenada la prohibición de comunicar.

4.4. BREVE ALUSIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS Y AL DERECHO PORTUGUÉS.

Según expresa el art. D. 257 del **Código Procesal francés**, desde el momento del ingreso en el Centro de detención, ha de darse al recluso conocimiento de las reglas de régimen interno, y particularmente, de las posibilidades de comunicar de que goza en ese tiempo, en especial, con su Abogado defensor.

En este punto, la misma norma procesal señala en su art. 716 CPPfr que los inculcados preventivos o acusados sometidos a detención, han de gozar para el ejercicio de su propia defensa todas las facilidades compatibles con las exigencias de la disciplina y seguridad de la prisión¹⁹¹³.

¹⁹¹³ El ingresado en prisión en espera de juicio, indiscutiblemente, ha de gozar de un *status* privilegiado; de ahí que, con carácter general, pueda recibir visitas y corresponder más ampliamente que un interno condenado

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esta facultad, sin embargo, no se agota llegada la sentencia; el condenado podrá continuar manteniendo comunicación con el defensor que les ha asistido a lo largo del procedimiento¹⁹¹⁴, en las mismas condiciones que los internos preventivos¹⁹¹⁵.

En el **ordenamiento jurídico portugués**, no falta el reconocimiento al privado de libertad, sea con finalidad cautelar, sea a los fines punitivos, del derecho a mantener comunicaciones con el exterior de la prisión, y en especial, con el profesional de la Abogacía.

La norma penitenciaria de 1981, tras aclarar que al cumplimiento de la prisión provisional son aplicables las normas relativas al régimen de penas privativas de libertad en la medida en que la ley no disponga lo contrario, ya expresaba que a todo interno habrán de autorizarse las visitas que favorezcan el tratamiento y sean necesarias para la resolución de asuntos personales, jurídicos o económicos no susceptibles de ser tratados por correo¹⁹¹⁶; de ahí que al mismo permita las visitas de Abogados defensores, notarios u otros Abogados, destinadas a tratar de asuntos jurídicos afectantes a su persona¹⁹¹⁷.

Sucede que, en circunstancias excepcionales y de albergarse fundadas sospechas acerca de su intención de entregar al recluso objetos que por razón de su peligrosidad no deba recibir, la celebración de la visita estará supeditada al pertinente y previo registro¹⁹¹⁸ del visitante; registro del que habrá de excluirse el contenido de

¹⁹¹⁴ Sobre el particular, véase PRADEL, J., "La condition juridique du detenu", op. cit., pág. y del mismo autor "Les atteintes a la liberté ...", op. cit., pág.

¹⁹¹⁵ Vid. GARCÍN, C., *L'essentiel Procédure Pénale*, Lyon, 1996, pág. 112.

¹⁹¹⁶ En estos términos se halla formulado el art. 216 A del Reglamento Penitenciario portugués de 1981 (RPPort, en adelante).

¹⁹¹⁷ Vid. DE SOUSA BRANDAO, M., *Direito Penitenciário*, Porto, 1981, págs. 91 y ss., y de MALÇA CORREIA, A., *Tratamento Penitenciario*, Lisboa, 1981, págs. 211 a 216, en sus comentarios al art. 32 RPPort de 1981.

¹⁹¹⁸ El art. 37 del RPPort de 1981 contiene una referencia expresa a la entrega de objetos durante las visitas que se permiten sólo en supuestos excepcionales y siempre que resulten debidamente

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

textos escritos y demás documentos que el Abogado de la defensa lleve consigo¹⁹¹⁹ a la celebración de los contactos con su cliente.

Debe asimismo señalarse que la visita de aquellos profesionales y, en general, de las personas que deban tratar con el interno asuntos confidenciales, habrá de tener lugar en un local reservado de suerte que la conversación no pueda ser escuchada por el funcionario encargado de la vigilancia¹⁹²⁰, aunque quede a la vista de este último su celebración¹⁹²¹.

De otra parte, al recluso viene reconocido el derecho a recibir o enviar correspondencia; derecho cuyo ejercicio puede prohibirse con determinadas personas si de garantizarse plenamente, con él se pusiera en peligro la seguridad y el orden del establecimiento, o se entendiera que del mismo pueden derivar efectos nocivos sobre la persona del interno que dificulten su reinserción social.

Asimismo, y con carácter general se prevé que, la correspondencia expedida o recibida por el recluso sea debidamente fiscalizada por un funcionario designado por el Director del Centro, si bien, parece que de dicha censura ha de excluirse a aquellos internos sometidos a prisión provisional¹⁹²².

autorizados. Esta regla, sin embargo, no resultará de aplicación a las que efectúe el Abogado defensor en lo relativo a escritos y demás documentos que éste lleve consigo, ni en relación a los que hayan de ser entregados al recluso para la resolución de asuntos de naturaleza jurídica referentes a su persona.

¹⁹¹⁹ Vid. art. 32 RPPort de 1981.

¹⁹²⁰ Vid. Art. 35 del RPPort de 1981. Se trata de visitas en cuya celebración han de otorgarse mayores facilidades que en el resto de supuestos; de ahí que, según precisa el art. 34 de la misma norma, junto a otras de interés en las que concurra urgencia, las comunicaciones del Abogado del recluso pueden ser autorizadas por el Director del Establecimiento fuera de los días y horas regularmente previstos.

¹⁹²¹ El desarrollo de las comunicaciones en presencia de un vigilante, según manifiesta SARDINHA, se fundamenta en la necesidad de garantizar la seguridad del Establecimiento penitenciario y del conjunto de la comunidad social, que no desea el retorno -si consiguiera fugarse- de quien se entiende autor de delitos de extrema gravedad, antes de haber sido sometido a las medidas establecidas en el sistema de Justicia penal. Vid. "O terrorismo e ...", op. cit., pág. 117.

¹⁹²² Vid. MALÇA CORREIA, A., "Tratamento Penitenciário", op. cit., pág. 95.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esta limitación del derecho del interno a la libre correspondencia, de la que habrá de ser informado¹⁹²³, se manifiesta en la retención de dichas misivas, a excepción de aquellas que contengan o resulten ser escritos no susceptibles de control conforme a lo que legalmente se determina¹⁹²⁴, como sucede respecto de los relacionados con la defensa de sus derechos e intereses jurídicos.

En cualquier caso, de ser llevada a cabo la intervención de las comunicaciones del interno, el art. 45 del Texto Penitenciario que se maneja establece la obligación para las autoridades intervinientes en su práctica, de guardar secreto acerca de lo conocido a través de la misma¹⁹²⁵, así como su empleo tan sólo si resulta preciso para la salvaguarda y seguridad del orden en el Establecimiento, o para prevenir o impedir la comisión de ilícitos penales.

Por lo que respecta, en particular, a la ejecución de la prisión provisional, prevé el legislador penitenciario portugués ciertas reglas especiales, bajo la filosofía de que dicha medida cautelar habrá de ejecutarse evitando toda restricción de la libertad del sujeto que la padece, que no sea estrictamente indispensable para los fines de mantenimiento de la disciplina, seguridad y orden del Establecimiento¹⁹²⁶.

Lo cierto es que, el régimen general de cumplimiento de la medida no es otro que la vida en común del sujeto con otros internos y su aislamiento durante la noche, a no ser que el mismo se sometido al régimen de incomunicación previsto por el art. 211 de la mencionada norma.

¹⁹²³ Art. 43.1º y 3º del RPPort de 1981.

¹⁹²⁴ art. 43.6º RPPort de 1981.

¹⁹²⁵ Determina el art. 45.3º RPPort que las informaciones referidas en el número anterior pueden ser transmitidas al personal encargado de la ejecución, de los tribunales y las autoridades competentes para prevenir, impedir o combatir la comisión de hechos punibles.

¹⁹²⁶ Vid. DE SOUSA BRANDAO, M., "Direito Penitenciário", op. cit., págs. 182 y 183.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

El precepto, en efecto, determina que la persona sometida a prisión provisional puede, en virtud de orden de la autoridad judicial competente y en los términos que precise el Código Penal, ser sometida a incomunicación, bien absoluta, bien limitada a cierto grupo de personas. En este último caso, la resolución, exclusivamente judicial, en que se acuerde habrá de indicar por escrito y taxativamente las limitaciones específicas en que haya de consistir la medida.

Ahora bien, según expresa el apartado 3º del mismo precepto, este especial régimen de incomunicación ha de impedir al preso la comunicación con las personas que tenga derecho a comunicar personalmente -entre las que habrá de entenderse incluido el Abogado defensor- en los términos que la ley establezca.

Asimismo, y por razones relacionadas con la necesidad de asegurar el éxito de la investigación que conduzca al descubrimiento de la verdad, la norma procesal faculta al Juez de Instrucción el acuerdo de medidas de intervención de las comunicaciones que sujeto imputado y su Abogado mantengan, en el supuesto en que albergue fundadas razones para considerar que a partir de la misma puede obtener elementos útiles a la investigación.

En particular, se abre paso a la posibilidad de interceptar la correspondencia que uno y otro intercambiaran si mediara la sospecha de que aquella constituye objeto o cuerpo de un delito¹⁹²⁷, y por razones idénticas, resulta asimismo posible la intervención de sus comunicaciones telefónicas¹⁹²⁸.

El imputado, según declara dicha norma, habrá de tener acceso al auto en el que la limitación fuere acordada, salvo que a juicio del órgano jurisdiccional, su

¹⁹²⁷ Esta previsión se contiene, con carácter general, en el art. 179. 2º CPPPort, según el cual, "queda prohibido bajo pena de nulidad la aprehensión o cualquiera otra forma de control de correspondencia entre el imputado y su defensor, salvo que el Juez tuviere fundados motivos para creer que constituye cuerpo o elemento del delito.

¹⁹²⁸ Vid. arts. 187 y 188 CPPort.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

conocimiento pueda poner en peligro el desarrollo de la investigación e instrucción e instrucción criminal; aquél material que considere el Juez de utilidad para el proceso será incorporado al mismo, pero, de concluir la irrelevancia a los efectos probatorios del material obtenido, la norma procesal ordena su destrucción, quedando el Juez y el conjunto de sujetos que hubieran participado en las operaciones, obligados a guardar secreto acerca de lo conocido e inútil al conocimiento del delito¹⁹²⁹.

5. VALORACIÓN Y CRÍTICA A LA LIMITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES DEL INTERNO PREVISTOS EN EL ART. 51.2º DE LA LOGP.

Junto a las previsiones contenidas en la norma procesal con relación al régimen de prisión provisional incomunicada, la norma penitenciaria contiene una regulación específica de las posibilidades y límites a las comunicaciones, en particular con el Abogado defensor o aquél llamado con relación a asuntos penales, que posibilita la aplicación de aquella medida procesal de naturaleza cautelar en la forma antes vista.

La previsión penitenciaria, sin embargo, reduce la operatividad de la limitación al solo marco de los delitos de terrorismo, y siempre que medie orden previa de la autoridad judicial, lo cual, revela que la finalidad última de la medida de incomunicación que el legislador procesal ha preferido ocultar, no es otra que la evitación del riesgo de frustración de la investigación e instrucción de las causas seguidas por delitos de esta naturaleza, ante la sospecha -más fuerte en estos casos- de confabulación delictiva entre los comunicantes.

¹⁹²⁹ Véase el art. 188 CPPPort, en sus distintos apartados.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Al tiempo que instrumental a la medida de incomunicación judicial, la suspensión o intervención de las comunicaciones con el Letrado a la que abre paso el art. 51.2º viene configurada en la LOGP como medida independiente y de aplicación a todo interno¹⁹³⁰, orientada a fines no expresamente declarados, pero que según todo apunta a considerar, se resumen en la salvaguarda de la seguridad y el buen orden del establecimiento, y el interés de su tratamiento¹⁹³¹.

No se olvide asimismo que la intervención de las comunicaciones que se celebran en prisión podría servir como acto de investigación y adquisición de fuentes de prueba, en cuyo acuerdo habrían de observarse las exigencias del régimen que establece el art. 579 LECrim y derivadas del principio de proporcionalidad; en este caso, sin embargo, por razón de los sujetos intervinientes en el desarrollo de la comunicación y tratándose de comunicaciones habidas por razón de la defensa, tales injerencias carecerían de legitimidad desde el punto de vista constitucional.

Siendo distinta la naturaleza y finalidad de las medidas descritas, distinto habrá de ser su régimen y bien diferentes los supuestos y condiciones en que se legitima su acuerdo¹⁹³²; examinados, pues, los principales aspectos caracterizadores de la medida instructoria, procede a continuación una valoración de las eventuales restricciones previstas por el art. 51.2 LOGP desde su consideración como medida de estricta naturaleza penitenciaria y con especial atención a los efectos que de su

¹⁹³⁰ Téngase presente asimismo la medida de suspensión de una comunicación ya iniciada prevista en el art. 44 del RP de 1996, a la que se atendía en anteriores páginas.

¹⁹³¹ En este punto, y aun a riesgo de resultar reiterativo, conviene incidir en la idea de que, aun cuando la limitación de las comunicaciones con el exterior prevista en el art. 51 LOGP afecte por igual a presos y penados, lo cierto es que la misma no ha de ser decidida sobre el sometido a la medida cautelar por razones relativas al interés del tratamiento, al que no necesariamente queda sujeto.

¹⁹³² De esta misma opinión, RACIONERO CARMONA, F., "Derecho Penitenciario y privación de libertad", op. cit., pág. 186, y asimismo en "El derecho a la comunicaciones ...", op. cit., pág. 378, a quien sigue, NOYA FERREIRO, M^aL., "La intervención de comunicaciones directas ...", op. cit., pág. 223.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

aplicación genera sobre el derecho fundamental a la asistencia y defensa técnica que ha de garantizarse al privado de libertad.

4.1. EN TORNO A LA MEDIDA PENITENCIARIA DE SUSPENSIÓN O INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES CON EL DEFENSOR.

Si se parte de la idea, ya en páginas precedentes expuesta, acerca del inexcusable respeto de sus derechos fundamentales a la persona privada de libertad¹⁹³³, no puede ponerse en duda que, todo límite al ejercicio del derecho que consagra el art. 18.3º CE, cuya titularidad conserva el interno, viene sujeto a las exigencias que el mismo precepto determina.

Ello revela la necesidad de que la decisión de suspender o intervenir las comunicaciones del interno, por lo que aquí interesa, con el profesional de la Abogacía, en todo caso proceda de una autoridad judicial¹⁹³⁴; decisión que, como bien advierte GONZÁLEZ CANO¹⁹³⁵, ha de proceder, bien del Juez de instrucción, bien del Juez de vigilancia penitenciaria, según venga afectado un interno en condición de preventivo o penado; a uno u otro corresponderá, pues, apreciar la proporcionalidad de la medida en atención al caso concreto y, en caso de resolver su aplicación, asumir personalmente el control de su desarrollo o el levantamiento de la medida si desaparecieran o variaran las circunstancias inicialmente atendidas en orden a su acuerdo.

¹⁹³³ Con las singularidades que de la relación de sujeción se deriven para el penado pero ajustadas, en cualquier caso, compatibles con la garantía máxima que merece el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

¹⁹³⁴ ASENCIO MELLADO, JM^a., "La prisión provisional ...", op. cit., pág. 168; RACIONERO CARMONA, F., "El derecho a las comunicaciones ...", op. cit., págs. 378 y 379; NOYA FERREIRO, M^aL., "La intervención de las comunicaciones directas ...", op. cit., pág. 237.

¹⁹³⁵ "La ejecución de la pena ...", op. cit., págs. 373 y 374.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esto último, según se ha tenido oportunidad de constatar, es incuestionable por lo que respecta a toda intervención de las comunicaciones personales para fines de investigación o instructorios. Sólo el órgano jurisdiccional, tras la apreciación de las circunstancias concurrentes y una ponderada valoración de los intereses enfrentados, viene legitimado para excepcionar la inviolabilidad de las comunicaciones del imputado al efecto de obtener datos útiles a la investigación, aun cuando, como en su momento se hizo notar, dicha legitimidad se excluya con relación a las comunicaciones habidas con el Abogado y por razón de la defensa. En caso alguno puede reconocerse a la Administración Penitenciaria, ajena a la instrucción y a su desarrollo, potestad para decidir la limitación del derecho a los efectos de a la averiguación de un hecho que presente caracteres de delito¹⁹³⁶.

Ahora bien, pronto se observa que la posible suspensión o intervención de las comunicaciones a las que se refiere el art. 51.2º LOGP y, especialmente si se atiende al dato de la necesaria comunicación previa de la medida al sujeto al que afecta¹⁹³⁷, persigue una finalidad distinta a la investigadora o instructoria antes aludida.

Ello obliga a reclamar del legislador futuro, de un lado, la concreta regulación de la intervención de las comunicaciones del interno como diligencia al servicio de la averiguación del delito en el ordenamiento penitenciario, en cualquier caso ajustada a las pautas que suministra aquél art. 18.3º CE y el principio de proporcionalidad y, de otro, mayor perfección en su previsión de medidas de injerencia con fines estrictamente penitenciarios.

¹⁹³⁶ En este sentido se halla expresada la STC 183/1994, 20 junio, y la más reciente STC 200/1997, de 24 de noviembre, también aquí tratada. En esa misma línea, véase el AAN de 20 de diciembre de 1993.

¹⁹³⁷ A estos efectos, como acertadamente señala NOYA FERREIRO, resulta indicativo el que se exija, en aquellos supuestos en que en la comunicación pretenda ser empleada una lengua extranjera, el previo aviso al Director de la prisión a los efectos de adoptar las medidas oportunas. Vid. "La intervención de las combinaciones directas ...", op. cit., págs. 236 y 239. De la misma opinión, RACIONERO CARMONA, F., "Derecho penitenciario y privación de libertad", op. cit., pág. 188.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

4.2. EFECTOS DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES CON LETRADO EN EL MARCO DE LA LOGP.

En primer término, es importante hacer notar que esa misma exigencia de jurisdiccionalidad que se apuntaba, viene impuesta con ocasión de la suspensión o intervención de las comunicaciones que el interno, en otro caso, viene autorizado a mantener con su Abogado defensor o el llamado expresamente para asuntos penales; ello, por razón de la especial naturaleza de la relación de que se trata, sujeta a un especial y privilegiado régimen que difiere en este punto de aquél al que se sujeta la limitación de sus comunicaciones en la generalidad de supuestos.

En efecto, según determina el art. 51.2º LOGP, la limitación de los contactos a los que se refiere resulta sólo posible ante la concurrencia de un doble presupuesto, cual es la mediación de una orden previa de la autoridad judicial al efecto, conjuntamente a la exigencia de su adopción en un supuesto delictivo de terrorismo. La duda que de inmediato surge y a la que el legislador no responde explícitamente, es la relativa a la finalidad que puede legitimar la injerencia en este tipo de comunicación, de especial naturaleza por razón de su afectación al fundamental derecho defensa.

El acuerdo y aplicación de la medida de intervención de las comunicaciones del interno a la luz de lo dispuesto en el art. 51.2 LOPJ, viene sujeta al régimen que dicha disposición establece, y al servicio de los fines penitenciarios expresados en el precepto, aunque en distinto apartado¹⁹³⁸.

La injerencia en el desarrollo de las comunicaciones del interno con su defensor, como medio de investigación y como instrumento para la adquisición de elementos de prueba y, en consecuencia, sin la previa información de su celebración al sujeto que la padece, no parece ajustada a las exigencias que constitucionalmente se

¹⁹³⁸ Vid. RACIONERO CARMONA, F., "Derecho Penitenciario y privación de libertad", op. cit., págs. 186 y 178.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

establecen. De ahí que, la información que de la medida se obtenga, por lo que de lesión entraña al fundamental derecho a la defensa, carece de eficacia a los efectos procesales.

Pero asimismo sucede que, la intervención de las comunicaciones que celebra el interno con el Abogado que no ostente la condición de defensor, al margen de ese otro llamado para asuntos penales, afecta al secreto profesional por el que se halla cubierto el contenido de sus contactos, y cuya garantía es la base sobre la que se sostiene la confianza que preside su relación. No se entiende, en consecuencia, la sujeción de los límites al desarrollo de la comunicación con estos otros profesionales a un régimen distinto¹⁹³⁹, por lo que idéntica es la conclusión a la que se llega respecto del valor a otorgar a los resultados derivados de la intervención de esta especial comunicación, en fraude de la garantía que establece el art. 24.2 CE.

Si, como parece, se genera una prueba ilícita o prohibida, su consecuencia no puede ser otra que la imposibilidad para la misma y cualquiera otra que tenga en ella su causa, de surtir efectos en el proceso. La fuente de prueba adquirida con la intervención no habrá de admitirse al proceso, pero de haber sido incorporada al mismo, resultará la imposibilidad para el juzgador de valorarla y tenerla en consideración a los efectos de fundamentar su sentencia.

Pero, como se adelantaba, aun celebrada en las condiciones que se señalan de previa información a quien ha de padecerlas y que, conociendo dicho control, decide celebrar la comunicación, creemos que la injerencia en el desarrollo de las comunicaciones con el defensor al servicio de los fines penitenciarios que parecen perseguirse, no bastan para legitimar su acuerdo sobre el privado de libertad en condición de preso

¹⁹³⁹ En opinión que compartimos de NOYA FERREIRO, siendo como es preciso el garantizar la confianza entre el Abogado y su cliente, se hace obligada la protección de esta especial relación que no admite distinciones en cuanto al régimen al que ajustar los límites al desarrollo de sus comunicaciones. "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., págs. 241 y 242.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

provisional. Como magníficamente ha expresado el Alto TS¹⁹⁴⁰, "razones de seguridad, buen orden e interés del tratamiento, no pueden justificar estas limitaciones, y no son incardinables en el ejercicio del derecho de defensa del interno".

Lo cierto es que, lo expresado por el legislador en el art. 25.2º CE, de un lado, y en los arts. 523 y 524 LECrim, de otro, no parece respaldar la aplicabilidad de este otro procedimiento de injerencia -de marcada naturaleza administrativa- sobre las comunicaciones del privado interinamente de libertad por razón de su sometimiento a una medida cautelar.

Esto último obliga a afirmar la nulidad de distintas previsiones que al respecto se contienen en el Reglamento y que, aunque con carácter extraordinario pueden ser decididas sobre el penado ligado a la Administración Penitenciaria por una especial relación de sujeción, en caso alguno sobre aquél otro sujeto beneficiado de la presunción de inocencia, que no ha ver restringida su esfera de derechos más allá de lo exigido por necesidades derivadas de la instrucción sumarial¹⁹⁴¹.

Si cierto es que el condenado, durante el tiempo en que se halla dando cumplimiento a la pena ha de gozar del fundamental derecho de defensa, aun con las especialidades impuestas por razón de la mencionada sujeción con la Administración¹⁹⁴², lo es aún más que el preso provisional debe ser mantenido en el más íntegro disfrute de la mencionada garantía.

A nadie escapa que, el ejercicio del derecho de defensa que asiste a todo imputado preso viene ya limitado por razón de esa misma privación de libertad; en consecuencia y como contrapartida, debe ser especialmente tutelado. Ha de garantizarse, en efecto, la plena igualdad de todo sujeto sometido al proceso, en cuanto a las

¹⁹⁴⁰ Vid. STS de 23 de abril de 1997.

¹⁹⁴¹ En este punto se comparte plenamente la opinión de GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), expresada en "Los Procesos Penales", op. cit., Tomo IV, pág. 249.

¹⁹⁴² Vid. la STC 128/1997, en la misma línea de lo ya expresado por la STC 170/1996.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

posibilidades defensivas se refiere, ya mantenidos en el disfrute de su libertad de movimientos, ya privado de ella mientras el mismo se desarrolla y hasta su finalización, e incluso durante el tiempo en que se ha de dar ejecución a la pena impuesta por sentencia.

En conclusión a todo lo expuesto, y con un amplio respaldo doctrinal¹⁹⁴³ y jurisprudencial¹⁹⁴⁴, puede afirmarse que la posibilidad de intervención administrativa de las comunicaciones prevista en la norma penitenciaria y, concretamente, en el art. 51 LOGP¹⁹⁴⁵, no es aplicable a las comunicaciones con el Abogado defensor o con el expresamente llamado en relación con asuntos penales.

¹⁹⁴³ Véanse, por todos, GIMENO SENDRA, V., "Los Procesos Penales", op. cit., Vol. IV, pág. 249 y RACIONERO CARMONA, F., "Derecho penitenciario y privación de libertad", pág. 186.

¹⁹⁴⁴ Vid. STC 183/1994, de 20 junio, y más recientemente en la de 18 de marzo de 1998.

¹⁹⁴⁵ Ésta últimas, han de venir sujetas al especial régimen de limitación que establece el apartado segundo de dicho precepto y en su desarrollo, en el art. 48 del RP de 1996.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



CAPÍTULO 6º LA ILEGITIMIDAD DE LA INTROMISION EN EL DERECHO A COMUNICAR CON EL ABOGADO DEFENSOR Y SUS EFECTOS

1. VISIÓN GENERAL.

A lo largo de los capítulos que preceden se hacía mención de distintos modos de injerencia en la esfera del derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones del sujeto pasivo del proceso y, en particular, de las que mantiene con la persona a la que confía su defensa.

En un primer momento se atendía a medidas que suponen el levantamiento de la confidencialidad que ha de caracterizar los contactos imputado-defensor para el pleno y más eficaz desarrollo de la actividad defensiva; medidas que, como se recordará, consisten en la intervención de sus comunicaciones a los efectos de obtener datos útiles a la investigación y adquisición de fuentes de prueba.

Pero, aun cuando no parecía plantear dudas la legitimidad del sometimiento a control del común de comunicaciones personales del imputado -ello, siempre que se observen los presupuestos y garantías legalmente exigidas- las mantenidas con el defensor, por razón de su repercusión sobre el elemental derecho de defensa, constituyen la excepción. La misma razón lleva a entender ilegítimo el control de las que el Letrado celebre, no sólo con su cliente, sino con otras personas en el ejercicio de la función de defensa jurídica que se le encomienda.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En un segundo instante la atención se centraba en cierta medida -la incomunicación de detenidos y presos- cuya aplicación se traduce en la posibilidad de impedir al sujeto que la padece la relación con su Abogado defensor, que ha de ser necesariamente designado de oficio, así como en la imposibilidad para el mismo de celebrar con el Letrado la entrevista reservada a la que, en otro caso, tendría derecho al término del interrogatorio al que hubiere sido sometido.

Este último límite del derecho a comunicar libremente con su defensor cuantas veces precise durante el tiempo de su estancia en prisión, repercute de forma intensísima sobre el más elemental de los derechos procesales, cual es la defensa que, aun cuando no viene absolutamente excluido, padece intensísimas restricciones a partir de la limitación de cada una de las facultades en que se manifiesta.

Precisamente son las situaciones de privación de libertad el marco en el que, en un tercer momento, se ha examinado el derecho, centrando toda atención en las posibilidades de injerencia estatal en el desarrollo de las comunicaciones del interno, ya en condición de preventivo, ya en la de penado, con el Abogado defensor o el llamado para asuntos penales.

En este ámbito se detectaban importantes desajustes constitucionales cuyo origen puede remontarse a la falta de una definición clara en nuestras normas del régimen jurídico que ha de reconocerse al privado de libertad con finalidad cautelar frente al que corresponde al penado, ligado a la Administración penitenciaria a partir de una especial relación de sujeción.

En cualquier caso, por pertenecer a la esfera del ejercicio del derecho defensa, el derecho de presos y penados a la libertad y secreto de la comunicación con el Abogado, en absoluto puede ser limitada a los fines de la averiguación delictiva por la autoridad administrativa encargada de su custodia. Sólo un órgano jurisdiccional viene *ex constitucione* legitimado para decidir la intromisión en el derecho que reconoce el art.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

18.3° CE en relación directísima con el de defensa consagrado en el art. 24 CE en cuyo disfrute ha de mantenerse al privado de libertad, aun en el marco de los delitos relacionados con el terrorismo.

Se observan, en efecto, ciertos desajustes con las exigencias constitucionales en algunas de las previsiones contenidas en la LOPG y su reglamento desarrollo, particularmente, con ocasión del sometimiento del preso provisional a la eventual limitación de las comunicaciones en prisión con su defensor al servicio de los fines penitenciarios que se señalan; fines en los que sólo puede hallar justificación, y con carácter extraordinario en cualquier caso, las injerencias que afecten al condenado.

A diferencia del penado, el privado de libertad en espera de juicio no ha de sufrir mayor restricción en su esfera de derechos que las que exija el perfecto desarrollo y éxito de la instrucción sumarial; de ahí que la intervención de sus comunicaciones que se oriente a fines de averiguación e instructorios haya de ser decidida con exclusividad por el órgano jurisdiccional que preside esta etapa procesal preparatoria, de quien depende.

A la vista de lo anterior, es posible concluir que la injerencia acordada sobre las comunicaciones del interno -ya sean orales, ya escritas- dirigidas a la obtención de elementos configuradores de futuras pruebas practicadas de espaldas al sujeto afectado por imperativo de su eficacia, habrá de sujetarse a las exigencias que impone el principio de proporcionalidad y las que mínimamente diseña el art. 579 LECrim.

El acuerdo y aplicación de la medida de intromisión en las comunicaciones del privado de libertad conforme a lo dispuesto por la Ley General Penitenciaria y su Reglamento de 1996 para fines y en modo distinto al que corresponde a una medida de naturaleza penitenciaria, no puede sino traducirse en la absoluta carencia de efectos en el proceso, esto es, la absoluta exclusión de virtualidad probatoria al resultado de la intervención.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Sentadas estas premisas, lo interesante es examinar el valor que, a los efectos procesales, ha de otorgarse al resultado que arroja la aplicación de los distintos límites al derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones con el Abogado defensor aquí expresados.

A estos efectos, se ha de partir de la convicción de que toda injerencia ilegítima en la esfera del derecho, cualquiera que sea el modo en que éste se violenta, determina la imposibilidad de reconocer aptitud probatoria a los resultados que de la misma se obtengan; la lesión del derecho a la libre comunicación con Letrado -cualquiera que sea el frente desde el que proceda el ataque- y, por su instrumentalidad, del más amplio derecho de defensa generan una prueba ilícita o de valoración prohibida, que impide al Juez tenerla en consideración a los efectos de fundamentar su sentencia.

2. EFECTOS DERIVADOS DE LA ILEGITIMIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON LETRADO A LOS FINES DE LA INVESTIGACIÓN.

2.1. IDEAS PREVIAS.

Al examinar ahora las consecuencias que derivan de la ilegitimidad en la intervención de las comunicaciones y, en particular, de aquellas en las que participa el profesional de la Abogacía, parece conveniente señalar ciertos puntos de los que ha de partirse en la reflexión.

En primer término, y por lo que se refiere a la verdadera naturaleza de las medidas que arbitra el art. 579 LECrim, conviene dejar sentado que las mismas no

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

constituyen sino medios de investigación¹⁹⁴⁶, tanto directos cuanto indirectos¹⁹⁴⁷ que, como tales, se orientan a la averiguación de circunstancias "de relevancia para la causa" y están dotados de cierta virtualidad probatoria.

La medida, en efecto, sirve a una inmediata función investigadora y, de modo mediato, a una función de carácter probatorio, toda vez que la medida permite la adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba a valorar por el órgano jurisdiccional, una vez se incorporen válidamente al proceso¹⁹⁴⁸.

La intervención de una comunicación personal -o, si se prefiere, el resultado derivado de su práctica- genera una fuente de prueba que, de incorporarse a juicio a través del medio probatorio que corresponda, habría de ser apreciada por el juzgador a los efectos de fundamentar su sentencia¹⁹⁴⁹.

Se ha de hablar, pues, de fuentes y no medios de prueba como elementos que, lejos de preexistir a la medida, se forman en el mismo instante de su captación¹⁹⁵⁰. Este singular rasgo de instantaneidad, ha llevado a ver en la medida de intervención de las comunicaciones, un supuesto de anticipación o, con mayor acierto si se tiene presente la

¹⁹⁴⁶ En palabras de LÓPEZ-FRAGOSO -especialmente referidas a las comunicaciones telefónicas- se trata de una "medida instrumental instructoria". Vid. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones ...", op. cit., págs. 16 y 86.

¹⁹⁴⁷ Ello, en la medida en que, de un lado, posibilita el conocimiento directo de ciertos datos útiles a la investigación y, de otro, permite la ordenación de nuevos actos de investigación a partir de los anteriores. WELP, J., "Die Strafprozessuale Überwachung ..." op. cit., pág. 51.

¹⁹⁴⁸ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., pág. 16.

¹⁹⁴⁹ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., págs. 41; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., págs. 100 y 102. MONTERO AROCA, J., "Detención y apertura de envíos y paquetes postales", op. cit., pág. 113; RÍOS MOLINA, C., "Sobre la intervención telefónica", op. cit., pág. 479.

¹⁹⁵⁰ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., págs. 220 y 221, y de la misma opinión, LOZZI, G., "Lezioni di Procedura Penale", op. cit., págs. 189 y 190. Sobre la distinción entre fuente y medio de prueba, puede verse la magnífica reflexión de SENTÍS MELENDO, S., *Fuentes y medios de prueba*, en "La prueba", Buenos Aires, 1978, págs. 144 y ss., de cuyas palabras se hace eco, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1998, págs. 69 y ss., y asimismo en, "La intervención de las comunicaciones ...", op. cit., págs. 351 a 354, o en "Detención y apertura de envíos y paquetes postales", op. cit., pág. 113.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

imprevisibilidad de su imposible reproducción, un acto de preconstitución de la prueba¹⁹⁵¹.

Esta idea, sin embargo, no parece convencer del todo a LÓPEZ-FRAGOSO, quien sostiene que el efecto probatorio que se deriva de la práctica de la medida, no constituye una suerte de prueba preconstituída sino una medida de aseguramiento de determinadas fuentes de prueba para su posterior introducción en el juicio oral¹⁹⁵². A juicio del autor, la intervención no ha de entenderse fuente ni medio de prueba, sino antes, una actividad técnica de la que pueden derivar efectos útiles a la investigación y que permite la obtención y configuración de elementos de prueba¹⁹⁵³ a valorar por el órgano jurisdiccional¹⁹⁵⁴.

Es claro, en cualquier caso, que el resultado de la medida que se practica -al tiempo que sirve a los fines de la investigación- permite la configuración de futuras pruebas si, tras su obtención de modo legítimo, a la misma se da entrada debidamente en juicio a través del medio probatorio que corresponda, y que en opinión de la doctrina, no puede ser otro que el medio de prueba documental¹⁹⁵⁵ o de inspección ocular¹⁹⁵⁶.

¹⁹⁵¹ Opinión ésta, sostenida por ASENCIO MELLADO, a la vista de la irrepitibilidad estructuralmente congénita y verificable *ex ante*, que detecta en la medida de intervención. Vid. "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 172. En esta idea asimismo coinciden GIMENO SENDRA, V., (et. alt.) "Los procesos penales", op. cit., pág. 410 y MORENO CATENA, quien con absoluta rotundidad manifiesta que, "la intervención en el desarrollo de las comunicaciones es un acto de investigación y, al propio tiempo, de preconstitución de prueba". Vid. "El Proceso penal", (op. col.), Vol. II, pág. 875.

¹⁹⁵² "Nulidad de las fuentes de prueba...", op. cit., pág. 35. Como bien advierte el autor, se trata de actos irrepitibles y, en el momento de su práctica, no sometidos a la intermediación judicial ni a la contradicción que se precisa, que ha de posponerse. De ahí, la importancia de su aseguramiento -en la forma de mayor ajuste a la vía de comunicación que se intervenga- en orden a posibilitar la ulterior garantía de dichas exigencias. Véase asimismo, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 105. En la misma línea de opinión, GÓMEZ DE LIAÑO, F., "El proceso penal", op. cit., pág. 140.

¹⁹⁵³ WELP, J., "Die Strafprozessuale Überwachung ...", op. cit., pág. 51.

¹⁹⁵⁴ LOPEZ FRAGOSO, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., págs. 88 y 102.

¹⁹⁵⁵ En este sentido, pueden verse las SsTS de 11 de marzo de 1996, de 6 de febrero de 1995, de 31 de mayo de 1994, de 11 de octubre de 1993 y de 16 de junio 1993. El sentido de esta doctrina parte de la consideración como documento de las cintas magnetofónicas empleadas en la grabación de una conversación telefónica, o de su transcripción escrita, que en otras ocasiones el mismo Tribunal ha considerado "pieza de convicción" como objeto que sirve para probar un hecho con trascendencia

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En verdad, no falta razón a RODRÍGUEZ RAMOS cuando, con relación a los resultados de una intervención de comunicaciones telefónicas señala que "el acusado ha de disponer de todos los medios de defensa referentes a tales datos y de un modo especialmente intenso y extenso, si se tiene en cuenta que tanto en la adopción como en la ejecución de la medida (...) se produce una indefensión tan total como inevitable por necesaria, y tal posibilidad de defensa "ex post" exige la práctica de cuantas diligencias se soliciten respecto de las grabaciones y transcripciones"¹⁹⁵⁷.

Esto último resume el sentido de la segunda de las premisas que se anunciaban, referida a un doble presupuesto inexcusable a la consecución del efecto probatorio aludido, cual es, la legitimidad de la operación de obtención o aseguramiento del elemento probatorio, en primer término y, a continuación, la lícita incorporación del mismo al proceso.

En este punto, resulta obligada la distinción a la que en anteriores páginas se aludía, entre la observancia de requisitos de naturaleza constitucional, que se imponen en el desarrollo de la actividad de búsqueda de la prueba, y requisitos de legalidad

en el proceso. Vid. SsTS de 19 de julio de 1995, y de 29 de septiembre de 1993. Un estudio pormenorizado de la jurisprudencia del TS vertida sobre esta cuestión puede verse en MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones", op. cit., págs. 265 y ss. La doctrina, sin embargo, no es del todo coincidente en la consideración del medio de prueba documental como el más adecuado para dar entrada en el proceso a las fuentes resultantes de la intervención, en particular, de las comunicaciones telefónicas. GÓMEZ COLOMER, JL., (et. alt.) "Derecho Jurisdiccional", Tomo III, ed. 8º, 1999, págs. 171 y 172.

Como medio de prueba para dar entrada a estas fuentes "preconstituidas en prueba" en el juicio oral, se decantan por el documento, entre otros, GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Los procesos penales", op. cit., pág. 450 y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 644; MARTÍN PALLÍN, JA., "Escuchas telefónicas", op. cit., pág. 392.

¹⁹⁵⁶ Por este medio de prueba parece inclinarse la doctrina germana, en atención a la posibilidad que ofrece de ser acompañado de otros medios probatorios tales como la pericia o el testimonio. Véanse, entre otros, ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", op. cit., págs. 183 y 184 y PFEIFFER, G., *Gründzuge des Strafverfahrensrecht*, München, 1987, pág. 42. Asimismo, en un opinión de un amplio sector de nuestra doctrina, uno y otro medio probatorio se ajusta a las peculiares características de la fuente y, en consecuencia, podrían admitirse ambos. Vid. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 113 y la misma idea, en "Nulidad de las fuentes ...", op. cit., pág. 29; MORENO CATENA, V., (et. alt.) "El Proceso Penal", op. cit., pág. 875. A este respecto puede verse igualmente, la STC 190/1992, de 16 de noviembre.

¹⁹⁵⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 457.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ordinaria, exigidos a la hora de su introducción en la fase de juicio, de cuya inobservancia no pueden sino derivarse consecuencias también distintas.

Lo cierto es que, en un intento de no extender en exceso el contenido de este capítulo de cierre, se ha optado por prescindir del análisis de estas últimas exigencias procesales para centrar toda la atención en los efectos que derivan de la legitimidad en el acuerdo y posterior aplicación de la medida de injerencia, frente a aquellos otros que resultan de la ilicitud de esa actividad de adquisición de la fuente de prueba motivada por la ignorancia de alguna de las garantías constitucionales exigidas.

Según todo apunta a señalar, éste es precisamente el efecto que se deriva de la intervención de las comunicaciones del imputado habidas por razón de la defensa que resultan manifiestamente ilegítimas.

2.2. EFECTOS DERIVADOS DE LA LEGÍTIMA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES Y LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE SU ILEGITIMIDAD.

Cierto es que, en principio, todo resultado derivado de una intervención en el desarrollo de las comunicaciones personales del imputado -en cuyo acuerdo haya sido observada la suma de requisitos constitucionales y exigencias que derivan del principio de proporcionalidad que la legitiman- puede adquirir valor probatorio y servir de fundamento a la sentencia.

La medida sirve, en efecto, a la obtención de información útil al conocimiento de los hechos y de la responsabilidad de su autor; información que, indudablemente, puede resultar de manifestaciones autoincriminatorias prestadas por el propio imputado en desconocimiento del control al que se halla sujeta la comunicación que celebra.

A la vista de lo anterior y teniendo presente que al inculcado asiste el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesar su culpabilidad, de

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

inmediato surge la duda acerca de si tales datos indiciarios de su responsabilidad por los hechos, pueden o no ser valorados y, en consecuencia, resultar o no determinantes de la condena. A esta primera duda se añade una segunda relativa al valor que ha de otorgarse al resultado de la intervención de las comunicaciones del mismo imputado con Abogados que, actúen o no en calidad de defensor, vienen exentos de la obligación de prestar testimonio acerca de lo conocido en el ejercicio de su funciones.

En verdad, sin la profundidad que aquí se pretende, la respuesta a este segundo interrogante se adelantaba en el tercero de los capítulos de este trabajo, dedicado al análisis de las posibles medidas de injerencia en las comunicaciones del imputado y de los límites que, a su vez, afectan a esa misma posibilidad de limitación; análisis del que pudo obtenerse como conclusión la ilegitimidad de una eventual medida de intromisión que afecte a la comunicación imputado-defensor, por su directa repercusión sobre el alto derecho de defensa, a salvo en el excepcional supuesto de que la sospecha de participación en la comisión del delito alcance al mismo defensor.

La oportunidad que de nuevo se brinda a la reflexión sobre estas cuestiones ha de servir ahora para precisar el alcance de las consecuencias procesales que derivan de la intervención de dichos contactos, ya sea directamente decidida por la autoridad judicial, ya sea casual ante la imposibilidad material de excluir *a priori* la afectación de la general intervención de las comunicaciones a la que tiene lugar con el Abogado defensor.

En un primer momento y partiendo de la legitimidad de la intervención de las comunicaciones personales del sujeto pasivo del proceso, interesa averiguar cuál es el valor que ha otorgarse a una eventual información autoinculpatoria resultante de la práctica de la medida.

En un segundo instante, la atención ha de centrarse en la injerencia en el desarrollo de las comunicaciones del imputado habidas con su Abogado por razón de la defensa, de cuya manifiesta ilegitimidad no pueden sino derivarse resultados

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

- ▷ infructuosos a los fines del proceso. La ilicitud en el origen de la fuente de prueba que
- ▷ fácilmente se detecta obliga a introducirnos en la interesantísima materia relativa a las que, con mayor o menor acierto, se ha dado en llamar "prohibiciones probatorias" o "pruebas de valoración prohibida".

2.2.1. SOBRE EL VALOR DE EVENTUALES MANIFESTACIONES AUTOINCRIMINATORIAS DEL SUJETO PASIVO DE LA INJERENCIA.

Resulta, en verdad, interesante la búsqueda de una respuesta a la duda que inevitablemente se plantea en torno al valor que ha de otorgarse al resultado de una legítima intervención de las comunicaciones del imputado cuando éstas, en particular, incluyen datos que, por ser incriminatorios, resultan perjudiciales a su posición en el proceso; búsqueda en la que parece obligado partir como premisa de la consideración del contenido de toda conversación interceptada o de la correspondencia detenida y abierta como un mero hecho, el hecho de haber realizado manifestaciones en un determinado sentido y en presencia de una o varias personas también determinadas.

Nadie parece cuestionar la voluntad en el sujeto del que procede la comunicación sometida a control, de transmitir a un sujeto distinto cierta información quizás relacionada con su participación en el presunto delito. Sin embargo, como con acierto señala ILLUMINATI, no puede verse en ello una verdadera intención de llevar a cabo un acto procesal relevante¹⁹⁵⁸.

El sujeto pasivo de la medida no presta "declaración", de modo que las manifestaciones que realiza -algunas quizás autoincriminatorias- no pueden entenderse dirigidas al conocimiento del órgano jurisdiccional. El resultado de la comunicación que se intercepta, como se adelantaba, no es sino un hecho, cual es el hecho de haber

¹⁹⁵⁸ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale delle intercettazioni ...", op. cit., pág. 80.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

manifestado ciertas circunstancias en el desarrollo de una comunicación privada¹⁹⁵⁹, pero en absoluto un acto procesal que haya de ser valorado como prueba¹⁹⁶⁰.

Esto último, sin embargo, no responde definitivamente a la duda planteada acerca de la legitimidad del empleo de la información suministrada por el inculcado en su propia contra y, en su caso, del verdadero alcance de cuanto manifieste en dicho sentido, siendo como es titular indiscutible del derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo o confesar su culpabilidad, instrumentales de su propia defensa¹⁹⁶¹.

No puede ocultarse, pues, el contrasentido que resulta de garantizar al imputado la más absoluta libertad de prestar o no testimonio -según entienda o no oportuno a su interés- e incluso hacerlo de forma mendaz y sin obligación de admitir su culpabilidad¹⁹⁶² para, más tarde, admitir sin reservas el empleo de unas manifestaciones en absoluto realizadas con libertad de autodeterminación¹⁹⁶³, puede que reveladoras de su participación en el hecho que se presume delito¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁵⁹ De esta opinión, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., págs. 118 y 119, y asimismo en "Nulidad de las fuentes ...", op. cit., pág. 37. En la misma línea, MARTÍN MORALES, R., "El régimen constitucional ...", op. cit., pág. 105.

¹⁹⁶⁰ En este sentido, no ha dudado MARTÍN PALLÍN al afirmar que "la prueba obtenida por medio de la grabación de las conversaciones -concretamente telefónicas- del sospechoso, en ningún caso pueden ser considerada como prueba de carácter personal equiparable a la que se deriva del interrogatorio del imputado o acusado, ya que no cubre las garantías mínimas para su validez". Para su validez a los efectos procesales, según entiende este autor, antes habría de haber sido informado de su derecho a guardar silencio y no confesar contra sí mismo. "Escuchas telefónicas", op. cit., pág. 392.

¹⁹⁶¹ ASECIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida ...", op. cit., págs. 119 y ss., en especial, págs. 123 y 124; GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, *El comportamiento procesal del imputado. Silencio y falsedad*, Barcelona, 1979, págs. 37, 47 y 48; GREVI, V., *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nell'processo penale italiano*, Milano, 1972, págs. 243 a 245, especialmente; SANGUINETI, LM^a., "Lezioni di Procedura Penale", op. cit., págs. 43 y 44; VELAYOS MARTÍNEZ, M^aI., *El derecho al silencio del imputado*, "Rev. Justicia", 1992, núms. 1 y 2, págs. 64 y 65.

¹⁹⁶² GREVI, V., "Interrogatorio dell'imputato e diritto ...", op. cit., pág. 244.

¹⁹⁶³ Acierta ASECIO MELLADO al señalar que, para que la confesión tenga el valor probatorio (...), es necesario que la misma sea efectuada en condiciones que permitan afirmar su verosimilitud, o lo que es lo mismo, que se haya prestado con plena libertad tanto de consciencia cuanto de autodeterminación". Vid. "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 75.

¹⁹⁶⁴ Como acertadísimo ha declarado el TC, en SsTC de 27 de septiembre de 1999 (FJ 3º) -en la línea de anteriores pronunciamientos tales como, SsTC 36/1983; 127/1992 y 161/1997- "Los

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Si se parte, de un lado, de la consideración de estas últimas como meros hechos y, de otro, se afirma que la garantía del *ius tacere* amenazado opera sólo en el marco de la declaración que el imputado presta ante la autoridad judicial encargada de la instrucción como primera manifestación del ejercicio de su derecho a defenderse, podría entenderse que el derecho que le asiste a guardar silencio no declarando contra sí mismo y no confesando su culpabilidad no se ve menoscabado. Ahora bien, negar todo efecto a la información que procede del imputado

-cuando es, precisamente, ésa la intención perseguida con la intervención¹⁹⁶⁵- so pretexto de preservar a ultranza las garantías que encierran los brocardos *ius tacere* y *nemo tenetur se detergere*, obligaría a desconocer virtualidad probatoria a toda diligencia de investigación que hubiera de celebrarse de forma coercitiva o en desconocimiento del sujeto afectado -que es lo que sucede con la práctica totalidad de las que se celebran- con el riesgo que ello entraña de frustración al éxito de la investigación y del proceso mismo.

Puede afirmarse, en consecuencia, la legitimidad de la captación de una conversación o de una comunicación escrita del imputado de cuyo contenido pueda derivarse algún perjuicio para el mismo a los solos fines de la investigación. Admitir como medio de investigación la intervención de las comunicaciones del imputado, en opinión de ILLUMINATI, es una opción de oportunidad legislativa que entraña costes

derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías o derechos instrumentales del genérico de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o confesarse culpable".

¹⁹⁶⁵ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., 87; LOPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 162 y 163.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

elevadísimos como es el posible empleo de la información que el mismo sujeto pasivo del proceso suministre en su contra¹⁹⁶⁶.

Ello no obstante, se hace difícil aceptar sin reservas que los datos que se obtengan sean utilizables siquiera al solo fin de imputación delictiva y, con toda rotundidad, puede negárseles aptitud como prueba conducente a declarar su culpabilidad; en principio, la declaración autoincrimatoria¹⁹⁶⁷ que proceda del acusado, prestada ante el órgano jurisdiccional que preside el desarrollo de los debates y en condiciones de oralidad, publicidad y contradicción¹⁹⁶⁸, puede ser tenida en consideración¹⁹⁶⁹, aunque sin pleno valor probatorio por sí misma, al efecto de fundamentar una sentencia de condena.

Pero ha de negarse legitimidad constitucional a toda medida de injerencia en el derecho a comunicar libremente con fines investigadores que ignore las garantías que han de reconocerse al sujeto por su condición de imputado; la obtención de la fuente de

¹⁹⁶⁶ En opinión de ILLUMINATI, afirmarse que el derecho al silencio protege al individuo no puede llevarse al extremo de excluir cualquier noticia proveniente del mismo y manifestada fuera del proceso a una y por una tercera persona. "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 87.

¹⁹⁶⁷ Sobre el valor probatorio de las declaraciones del imputado -cuestión en la que no parece oportuno aquí profundizar- puede verse ASENSIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 124 y 125 y asimismo, págs. 133 y 134; GIMENO SENDRA, V., (et. alt), "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 95; VELAYOS MARTÍNEZ, M^l., "El derecho al silencio ...", op. cit., págs. 64 y 65.

¹⁹⁶⁸ Ello, sin embargo, no parece excluir la posibilidad de tener en consideración, a efectos de contraste, una declaración del inculcado anterior y contradictoria a la realizada en juicio oral. En este sentido viene expresado el art. 405 LECrim, según el cual, si el procesado "se pusiere en contradicción con sus declaraciones primeras o retractare sus confesiones anteriores, deberá ser interrogado sobre el móvil de sus contradicciones y sobre las causas de su retractación". Esto último podría servir al Juez para formar su convicción acerca, cuanto menos, de la credibilidad o verosimilitud de las manifestaciones realizadas, pero, en cualquier caso, la sola declaración prestada antes o después por el imputado, no basta al Juez para fundamentar su resolución sin la práctica de cuantas diligencias probatorias resulten precisas para el "convencimiento de la verdad de la confesión y la existencia del delito", a cuya búsqueda le obliga el art. 406 LECrim.

¹⁹⁶⁹ Con rotundidad ha manifestado el TC que "el contenido de las declaraciones del acusado, y muy singularmente, el de las prestadas en el juicio oral puede ser valorado siempre como prueba válida, y en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena". Vid. STC 161/1999, de 29 de septiembre, FJ 4º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

... prueba con menosprecio de los derechos que le corresponden es ineficaz o, si se prefiere, no podrá surtir efectos en el proceso¹⁹⁷⁰.

Es cierto que durante el desarrollo de la medida están ausentes las notas de contradicción y defensa, lo cual no implica una absoluta falta de virtualidad como elemento probatorio. La eficacia de la medida exige que su garantía haya de posponerse pero en caso alguno ignorarse, de manera que una y otra han de asegurarse en el momento en que la intervención se levante, tan pronto se obtenga el resultado pretendido o transcurrido el plazo máximo de duración previsto.

La garantía de la contradicción y el respeto del derecho de defensa, aun cuando sea ulterior a la aplicación de la medida misma, en cierto modo neutraliza el efecto que se deriva del empleo de manifestaciones autoincriminatorias del imputado. La resistencia a reconocerles valor probatorio tendente a demostrar la culpabilidad puede funcionar como elemento disuasor de conductas indeseables como la de acudir directamente a este medio, con menosprecio de cualesquiera otros de menor onerosidad, por la facilidad con del mismo se obtienen resultados¹⁹⁷¹; conductas éstas que, en último extremo, llevarían a prescindir del interrogatorio en la parte proporcional de su naturaleza que lo muestra como instrumento útil a la investigación además de esencial medio de defensa.

En verdad, carece de todo sentido reconocer tan férreamente al imputado el derecho a guardar silencio para, a través de fórmulas sutiles como la intervención de las

¹⁹⁷⁰ Entre otros, no ha dudado GIMENO en reconocer valor de mera denuncia a la declaración que el imputado presta ante los órganos de Policía Judicial, viciada de nulidad por inobservancia de las garantías exigidas. Es más, la realizada ante el Juez no puede a su juicio suponer siquiera una anticipación o creación de fuente de prueba. Vid. "Constitución y Proceso", op. cit., págs. 102 y 108. En contra de reconocer a la misma virtualidad a los efectos de fundamentar una ulterior sentencia de condena se han pronunciado asimismo, ASENSIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida ...", op. cit., págs. 122, 132 y 133 y MORENO CATENA, V., "La defensa penal ...", op. cit., págs. 63 y 64; ORTEGA PINTO, LT., *Tratamiento de la ilicitud probatoria en el proceso penal*, "Rev. de Derecho Procesal", 1996, núm. 1, pág. 173.

¹⁹⁷¹ Cfr. ROXIN, C., "Strafverfahrensrecht", op cit., págs. 190 y 197.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

comunicaciones privadas de su titular y el empleo de la información que de la misma resulte en su perjuicio, defraudar su garantía.

Es más, si como parece sostenerse jurisprudencialmente, el reconocimiento de valor probatorio a la que se reconoce auténtica declaración prestada por el imputado y dirigida al órgano jurisdiccional depende de la espontaneidad y voluntariedad en su realización (...) ¹⁹⁷², la ausencia de ese doble elemento en la acción de manifestar a ciertos sujetos circunstancias que, de ser indiciarias de su culpabilidad, podrían incluso llevarle a la condena, impide otorgar a dicha información virtualidad probatoria.

En conclusión a lo expuesto puede afirmarse que el empleo de la medida de intervención de las comunicaciones con la intención de obtener del imputado datos o informaciones que pudieran ser utilizados como elementos incriminatorios, pero en desconocimiento de los derechos que le asisten por su condición de sujeto pasivo del proceso, no puede sino entenderse ilegítima y los datos que de ella resulten, en caso alguno pueden servir de base a la sentencia ¹⁹⁷³.

Sin embargo, aun siendo legítima la intervención de las comunicaciones del imputado y con independencia del valor que al resultado de las mismas corresponda, no puede pasarse por alto que la medida, en principio, afecta al total de sus comunicaciones, de suerte que la intervención o control puede alcanzar a las que mantenga con la persona

¹⁹⁷² ASECIO MELLADO, JM^a., "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág., 87. Es preciso, según el mismo TC ha expresado, que "una prueba como es la confesión que, por su propia naturaleza, es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso, ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de convulsión, inducción fraudulenta o intimidación", Vid. STC 161/1999, de 27 de septiembre, en su FJ 4º.

¹⁹⁷³ Incluye ASECIO MELLADO como uno de los modos ilícitos de obtención de la fuente y generador de prueba prohibida, la violación del derecho al silencio y cualquiera otro que suponga ignorancia de los derechos inherentes a la condición de imputado. "Derecho Proceso Penal", op. cit., pág. 131. De la misma opinión, ETXEBARRIA GURIDI, I., "La protección de datos ...", op. cit., pág. 87; ORTEGA PINTO, LT., "Tratamiento de la ilicitud probatoria ...", op. cit., pág. 173. Asimismo, sobre el particular pueden verse las SsTC 128 y 129/1993, de 19 de abril, en las que el Tribunal reconoce como pruebas prohibidas las que proceden de la declaración del imputado prestada en desconocimiento de su condición procesal.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que le presta asistencia y defensa técnica. En este otro supuesto, como de inmediato se tratará de evidenciar, la conclusión que se alcance no puede ser idéntica.

2.2.2. EFECTOS DERIVADOS DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DEL IMPUTADO CON ABOGADOS, EN GENERAL, Y CON SU DEFENSOR EN PARTICULAR.

La legitimidad que se afirmaba de la injerencia en el desarrollo de las comunicaciones del imputado -siempre que resulte ajustada a las garantías constitucionales y que derivan del principio de proporcionalidad- y, en consecuencia, la posible utilización de sus resultados, ha de excepcionarse en el supuesto en que en su desarrollo participe como interlocutor un sujeto, como el Abogado defensor, exento de la obligación de prestar testimonio acerca de lo conocido en el ejercicio de la función de defensa.

Este acto de investigación padece una ilicitud de origen, consecuencia de la ignorancia de las garantías consagradas por los arts. 20.1 y 24 CE que operan como límite objetivo a la legítima adopción de la medida sobre las comunicaciones que aquí se tratan.

La coexistencia y necesidad de preservar el secreto profesional, que cubre todo conocimiento obtenido como resultado de la comunicación y, en garantía de su más absoluta confidencialidad, entraña la imposible afectación de la medida a comunicaciones en las que intervienen el Abogado, sea o no en calidad de defensor, exonerado del deber de declarar acerca de lo conocido en el ejercicio de su profesión¹⁹⁷⁴.

¹⁹⁷⁴ Esta exclusión, en opinión de ILLUMINATI, tiene su razón de ser en las especiales circunstancias en las que la información llega a conocimiento del Abogado. Según afirma el autor citado, muchas de esas prohibiciones probatorias tienen como fin depurar las fuentes del convencimiento al permitir eliminar las de dudosa atendibilidad, catálogo, en el que puede incluirse la que aquí se examina. Vid. ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 142.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ello, en principio, responde afirmativamente a la duda planteada con anterioridad y solo parcialmente resuelta, acerca de si el reconocimiento al Letrado de la exención de la obligación de declarar se traduce en el imposible empleo de la información resultante de sus manifestaciones o, antes incluso, en una auténtica prohibición de su acuerdo dirigida al órgano jurisdiccional como único legitimado al efecto.

Como se ha tenido ocasión de señalar, el legislador procesal no se ha decidido a expresar una solución en este sentido que, sin embargo, viene de *lege ferenda* impuesta y condiciona el desarrollo de la investigación en la medida en que entraña la limitación del marco en que puede desarrollarse.

Pero, a pesar del silencio de la norma, no puede ponerse en duda el acierto de incluir, como uno de los supuestos generadores de lo que se viene entendiendo como prueba ilícita o de valoración prohibida, la obtención de informaciones cubiertas por el secreto profesional del Abogado y, en cualquier caso, las fuentes adquiridas de la intervención de las comunicaciones del imputado habidas por razón de la defensa.

Con este propósito¹⁹⁷⁵, y por ser precisamente ése el efecto que deriva de la ilicitud de la intervención de estas comunicaciones de especial naturaleza, hemos de adentrarnos en la complicada y trascendentalísima materia relativa a las denominadas

¹⁹⁷⁵ Nuestro interés en las páginas que suceden habrá de centrarse, pues, en averiguar las consecuencias que a los efectos procesales derivan de la obtención de esta fuente de prueba con menosprecio de las garantías exigidas en orden a su legitimidad, algunas ya apuntadas a lo largo de este estudio pero nunca tratadas en profundidad. Sin embargo, tampoco en esta ocasión puede acometerse el análisis de la cuestión con la profundidad que merece; nuevamente, la necesidad de acotar el objeto de esta investigación ha impedido ahondar en los más controvertidos aspectos de una materia, tan complicada cuanto atractiva, como es la relativa a la "Teoría de la prueba prohibida" o "prueba ilícita" de innegable operatividad en el proceso pero que, por razón de su peculiar configuración en nuestro ordenamiento, despierta numerosas dudas y críticas en absoluto infundadas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

por algún autor -sin la total aceptación del resto de la doctrina- como "prohibiciones probatorias"¹⁹⁷⁶, designadas por la mayoría como "pruebas ilícitas"¹⁹⁷⁷ o "prohibidas"¹⁹⁷⁸.

En cualquier caso, conviene precisar que la búsqueda de respuestas a los distintos interrogantes aquí planteados se ha de llevar a cabo bajo el prisma que representa la convicción de que la fuente de prueba que resulte de la limitación no surtirá efectos en el proceso habida cuenta de la ilicitud en su obtención por violentar el fundamental derecho de defensa¹⁹⁷⁹.

Como premisa ha de señalarse la existencia de una implícita prohibición de acordar, directamente por la autoridad judicial, la intervención de las comunicaciones del imputado habidas por razón de la defensa o, como sucede con las comunicaciones telefónicas, la imposibilidad de servirse de aquellas mantenidas con el defensor que no evitadas por resultar materialmente imposible su exclusión *a priori* del total de las sometidas a control. Interesará, en consecuencia, averiguar en qué modo operan los efectos derivados de la aplicación de la que se conoce como "Teoría de la prueba

¹⁹⁷⁶ Como en un anterior capítulo se adelantaba, es ésta una denominación acuñada por BELING, en la obra que titula *Die beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Breslau, 1903. Lo cierto es que la expresión no parece haber calado en la doctrina germana, y asimismo carece de aceptación entre nuestros autores. Sin embargo, tacharla de "inadecuada" terminológicamente parece un juicio apresurado y, en nuestra opinión, la expresión no merece ser rechazada de plano.

¹⁹⁷⁷ La distinción entre prueba ilícita y prueba prohibida no es caprichosa; la doctrina se ha servido de esta doble denominación para aludir a nociones diferentes. Así, entiende por "prueba ilícita" la que deriva de la vulneración de una norma tanto constitucional cuanto legal, mientras identifica la "prueba prohibida" con aquella que tiene su origen en la conculcación de un derecho constitucional con rango de fundamental. Vid. GIMENO SENDRA, V., (et. alt.) "Derecho Procesal Penal", ed. 1997, op. cit., págs. 384 y 386. Partidario de la denominación de prueba "ilícita" con carácter genérico y sin perjuicio de distinguir en ella diversas modalidades por razón de la causa que origina la ilicitud, se ha mostrado MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ...", op. cit., pág. 17.

¹⁹⁷⁸ ASECIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida...", op. cit., 83; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 82; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", op. cit., pág. GÓMEZ COLOMER, JL., "Derecho Jurisdiccional", op. cit., 8^a ed. pág. 166

¹⁹⁷⁹ Véase el art. 11.1^o LOPJ.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

prohibida¹⁹⁸⁰, no sin antes denunciar la falta de atención del legislador procesal a estas cuestiones necesitadas de respuesta por su enorme relevancia en el proceso¹⁹⁸¹.

A este respecto, es igualmente preciso tener presente la conclusión antes alcanzada acerca de la imposibilidad de decidir la intervención de las comunicaciones del Abogado defensor del principal imputado, como tercero al que se amplía el ámbito de aplicación de las medidas de injerencia lícitamente decididas, habida cuenta de la necesidad de garantizar el secreto profesional que protege su contenido. Partiendo de esta segunda premisa, se hace preciso evidenciar la trascendencia procesal de una intervención manifiestamente ilegítima, conforme a los cánones que impone la aplicación de la mencionada teoría jurídica.

En cualquier caso y aun a riesgo de resultar reiterativos, conviene incidir en la idea base de esta reflexión, que no es sino la afirmación de que toda intervención de las comunicaciones personales del inculcado que vulnere, ya el derecho fundamental que consagra el art. 18.3º CE, inicialmente afectado, ya el derecho fundamental a la asistencia y defensa técnica como sucede si en la comunicación participa el Letrado, genera la prohibición de valorar su resultado y servirse del mismo a los efectos de fundamentar la sentencia¹⁹⁸².

¹⁹⁸⁰ Como con acierto señala LÓPEZ-FRAGOSO, si no llegara a impedirse, la garantía que representa el considerar prohibido el control de las mencionadas comunicaciones privadas se traduce en una prohibición de valoración de los conocimientos adquiridos a partir de la misma. Vid. "Las intervenciones telefónicas...", op. cit., págs. 52 y 62 y, asimismo, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes*, en "La restricción de los derechos Fundamentales de la persona en el proceso penal", Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, pág. 96. En el mismo sentido, MARTÍN MORALES, R., "El régimen constitucional ...", op. cit., pag. 106.

¹⁹⁸¹ En palabras de GÓMEZ COLOMER "la prueba ilícita o prohibida es una manera de expresar el conjunto de normas jurídicas que contienen limitaciones absolutas o relativas a la práctica de las pruebas o al aprovechamiento de sus resultados, que impide que puedan ser tomadas judicialmente en consideración". "La intervención judicial ...", op. cit., pág. 160.

¹⁹⁸² GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Los Procesos Penales", op. cit., pág. 418.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

2.2.2.1. Consecuencias de la ilegitimidad de la intervención de comunicaciones habidas por razón de la defensa.

A la vista de lo expuesto en las páginas que preceden, no puede ponerse en duda la ilegitimidad de la aplicación de medidas de injerencia sobre las comunicaciones del imputado con su Abogado en el desarrollo de la actividad de defensa jurídica. El contenido de toda comunicación habida entre ambos por razón de la defensa, debe ser preservada de toda intromisión en garantía de la más absoluta confidencialidad, esta última, indispensable a la eficacia de la actividad defensiva.

A nadie se le escapa que, de haber intervenido en la comisión del hecho delictivo, el inculcado puede y debe participar a su defensor la verdad de lo acaecido y aquellos datos que le incriminan. El defensor se convierte, pues, en depositario de las más íntimas confidencias de su patrocinado, por razón de la especial relación de confianza que establecen¹⁹⁸³ y en virtud de la convicción de este último de que todo cuanto a aquél revele es y seguirá siendo absolutamente confidencial.

De este modo salta a la vista la necesidad de otorgar protección al secreto acerca del contenido de la comunicación, en garantía del cliente-imputado y no como privilegio único del Abogado¹⁹⁸⁴. Este último, en verdad, no podrá aconsejar correctamente y defender con eficacia a su cliente más que en el caso en que posea un perfecto conocimiento de los hechos; sin embargo, es muy probable, si no seguro, que dicho flujo de información imprescindible no llegue a tener lugar si el imputado alberga

¹⁹⁸³ BERNAL VALLS, J., *Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical*, Rev. PJ, 1987, núm. 5, pág. 34.

¹⁹⁸⁴ Esta garantía, como bien expresa CAHEN, "permite el buen funcionamiento y desarrollo de la sociedad democrática y económica en la que nos encontramos", donde resulta más fácil que en el pasado el control por medios técnicos de la vida de los ciudadanos. CAHEN, B., *Le secret professionnel et la lutte contre la corruption*, Rev. Gazette du Palais, 13-15, febrero, 2000, pág. 2.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

la más mínima sospecha de que ciertos datos, muchos de ellos quizás incriminatorios, pueden salir de la esfera de su relación¹⁹⁸⁵.

El imputado, y he aquí la garantía, suministra esta información en la confianza de que la misma no llegará a conocimiento del Juez ni servirá a la acusación y eventualmente a su condena¹⁹⁸⁶, de suerte que la falta de absoluta confianza en cuanto este extremo no puede sino suponer el menoscabo de la efectividad del derecho a la asistencia y defensa técnica de repercusión directa sobre la del más amplio derecho de defensa¹⁹⁸⁷.

Es claro, pues, que la intangibilidad del fundamental derecho de defensa implica una limitación de los poderes del Juez¹⁹⁸⁸ en el acuerdo de la medida. El secreto profesional del Abogado se convierte así en "garantía de los derechos de la defensa"¹⁹⁸⁹ y su protección ha de ser absoluta en el marco del proceso penal frente al eventual sometimiento del Abogado a diligencias de investigación que entrañen su levantamiento.

Esto último implica afirmar la imposibilidad del acuerdo de toda intromisión en el desarrollo de las comunicaciones, cualquiera que sea la vía que se emplee, mantenidas por el Letrado con su defendido en el ejercicio de las funciones de defensa.

La "renuncia" a determinados medios de investigación y prueba¹⁹⁹⁰ impuesta por la necesidad de proteger el superior interés de la defensa se manifiesta en la presencia, como *ius latens*, de un límite implícito y directamente deducible de la misma

¹⁹⁸⁵ En opinión de BERNAL VALLS, no puede el Abogado revelar dicho secreto siquiera con el consentimiento de su cliente, toda vez que, el mismo "significado de la defensa técnica y la autonomía que debe presidirla lo impiden". Vid. "Deber de declarar ...", op. cit., pág. 36.

¹⁹⁸⁶ CAHEN, B., "Le secret professionnel ...", op. cit., pág. 3.

¹⁹⁸⁷ CAMÓN, A., "Le intercettazioni ...", op. cit., pág. 132.

¹⁹⁸⁸ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 87.

¹⁹⁸⁹ CAHEN, B., "Le secret professionnel ...", op. cit., pág. 4.

¹⁹⁹⁰ CAMÓN, C., "Le intercettazioni ...", op. cit., pág. 132; GOSSO, P., "Intercettazioni...", op. cit., pág. 892; ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 84.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

garantía defensiva, que configura aquello que ciertos autores denominan "prohibición probatoria"¹⁹⁹¹, ineficaz en el proceso¹⁹⁹² y carente de la virtualidad probatoria que en caso distinto posee.

En consecuencia, si a pesar de esta implícita prohibición llegara a decidirse la intervención de las comunicaciones imputado-defensor, la información resultante del desarrollo de sus contactos no podría ser empleada en contra del primero¹⁹⁹³. Se trataría de elementos probatorios que, lejos de existir para el proceso, habrían de desaparecer de él e incluso físicamente.

Este mismo efecto consistente en la imposibilidad para el juzgador de tener en consideración el resultado de la medida, como se adelantaba, se deriva de la captación no intencionada -resultado, pues, de su no evitación por imposibilidad material o dificultad extrema- de una de las comunicaciones sostenidas por el imputado con su defensor. En este caso, la prohibición de búsqueda de prueba a la que se aludía, se torna prohibición de utilización de sus resultados a los efectos probatorios, que impide su incorporación a la causa y aconseja igualmente su destrucción¹⁹⁹⁴.

¹⁹⁹¹ Aunque tiene su origen en la doctrina alemana, en la nuestra se han referido a la misma GÓMEZ COLOMER, JL., "La intervención judicial ...", op. cit., págs. 160 y PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso ...", op. cit., pág. 339. Asimismo es empleada de forma conjunta al resto de denominaciones por MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., 442.

¹⁹⁹² Asiste la razón a ILLUMINATI cuando afirma que, la imposible utilización de la prueba obtenida por violación del derecho de defensa, amplía o engrandece las garantías del imputado. Vid. "La disciplina processuale", op. cit., pág. 142.

¹⁹⁹³ Rechaza GREVI la admisión al proceso de una noticia adquirida a partir de la intervención de las comunicaciones en las que participa el defensor en contra de su patrocinado, por cuanto, a su juicio ello entraña una evidentísima violación de la garantía de defensa que ha de preservarse. "Le nuova disciplina ...", op. cit., págs. 98 y 99.

¹⁹⁹⁴ ASECIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 104; ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 87; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 52; ROXIN, C., *Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán sobre las trampas en la escucha*, "Rev. Poder Judicial", 1997, núm. 47, pág. 190.

El artículo, originalmente titulado *Nemo tenetur: Die Rechtsprechung am Scheideweg*, se halla publicado en la revista germana "NStZ für Strafrecht", 1995, núm. 10, págs. 465 y ss., publicación que asimismo recoge un segundo artículo continuación del anterior, bajo el título *Zum Hörfallen-Beschluss des grossen Senats für Strafsachen*, 1997, núm. 1, págs. 18 y ss.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

No ha de perderse de vista, sin embargo, que la privilegiada protección que se confiere a las comunicaciones imputado-defensor, podría venir excepcionada en el supuesto en que este último resultara imputado de la comisión del delito. La sospecha fundada de su participación en el hecho sometido a investigación, o su condición de cómplice o encubridor de la acción delictiva que se conoce, hace perecer el privilegio que representa la protección a ultranza de la relación que les une, en ese caso asentada sobre elementos que van más allá de la mutua confianza.

De no entenderse así y permitir al defensor el abuso de la especial tutela que se confiere a sus comunicaciones en orden a la plena eficacia defensiva se estaría otorgando cobertura, no a esa confidencialidad indispensable a la defensa, sino a una relación que se beneficia de esta inmunidad para mayor éxito de sus operaciones delictivas.

Ante esta realidad se hace nuevamente precisa una toma de posición del legislador que ofrezca respuestas definitivas al problema que se apunta y a otros muchos que con él se relacionan, y su reflejo en la norma procesal a partir de disposiciones que otorguen cobertura a las conclusiones que, en forma de propuestas de *lege ferenda* se apuntan en estas líneas, a nuestro juicio y el que parece ser de la doctrina mayoritaria, las más ajustadas a las exigencias que impone el mismo Texto Constitucional¹⁹⁹⁵.

En cualquier caso, y por razón de la ilegitimidad de la medida de intervención de las comunicaciones del imputado habidas por razón de la defensa, la fuente probatoria que de la misma deriva, no puede por menos que verse afectada de esa misma ilegitimidad. Téngase presente que esta última se obtiene previa vulneración del derecho que consagra no ya el art. 18.3º CE que resulta instrumental, sino el fundamental

¹⁹⁹⁵ Las normas procesales francesa -art. 100.7 CPPft- y alemana contienen, en efecto, ciertas previsiones al respecto. En particular, la especial tutela que la ordenanza procesal germana concede a las comunicaciones de Abogados y defensores -exentos, como el resto de profesionales a los que se refiere el § 53 StPO, de la obligación de prestar declaración- se condiciona a que los mismos no resulten sospechosos de participación, encubrimiento real, personal o receptación (...). Vid. § 97 ap. (1) Nr. 1º y 2º StPO.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

derecho a la asistencia y defensa técnica, lo cual, en cualquier caso determina su ineficacia a los fines del proceso, en virtud de lo dispuesto por el art. 11.1º LOPJ.

En conclusión puede afirmarse, pues, la imposibilidad de empleo de cualquier dato incriminatorio conocido a partir de la aplicación de la medida de intervención de las comunicaciones en fraude de la más elemental de las garantías inherentes a la condición de imputado.

2.2.2.2. El supuesto excepcional que representa la imputación dirigida al defensor.

No puede ignorarse que, en ocasiones, el profesional que nos ocupa abandona su papel de Abogado y lleva a cabo actuaciones que entran en el campo de la complicidad delictiva con su cliente e, incluso, participa activamente en la comisión del delito objeto de investigación. En estos supuestos, así como en el caso en que realice operaciones de encubrimiento de la acción delictiva, el Abogado torna su condición para convertirse en potencial sujeto pasivo de la medida de injerencia.

En efecto, el Letrado recibe la especial protección que representa la garantía de inviolabilidad de sus comunicaciones privadas, a no ser que una autoridad judicial sospeche fundadamente de su participación en un hecho criminal. La imputación dirigida al Abogado y, muy particularmente, al defensor del principal sujeto pasivo del proceso, priva al mismo de toda prerrogativa¹⁹⁹⁶ y hace posible el acuerdo de diligencias de investigación que suponen injerencia en el desarrollo de sus comunicaciones privadas.

De este modo, puede el Abogado defensor verse afectado por las medidas que arbitra el art. 579 LECrim como principal destinatario¹⁹⁹⁷ a los efectos de obtener "datos

¹⁹⁹⁶ CAMÓN, A., "Le intercettazioni ...", op. cit., pág. 132.

¹⁹⁹⁷ En páginas precedentes se hacía notar que el legislador español parece decidido a ampliar el marco de posibles sujetos pasivos de las medidas de injerencia arbitradas a personas relacionadas con el

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de relevancia para la causa¹⁹⁹⁸ a la que, con mayor o menor intensidad, viene sujeto. Se trata, pues, de medidas que entrañan el levantamiento de la reserva que, en circunstancias distintas, habría de asegurarse respecto del contenido de las comunicaciones que aquél celebre en el desarrollo de sus funciones.

Sucede así que la inmunidad de la que habría de investirse por su condición de defensor desaparece desde el momento en que sobre el mismo pese la imputación delictiva o se constate cierta relación con la comisión del ilícito sometido a investigación; en ese caso, pierde toda justificación la protección de la reserva de sus comunicaciones y la confidencialidad que intenta protegerse, en realidad, estaría asegurando una relación que no sólo no es profesional, sino que además trata de amparar una actividad delictiva que merece ser penalmente perseguida¹⁹⁹⁹.

Ahora bien, el coste enorme que supone la excepción a esta garantía elemental hace preciso el mayor celo en la apreciación de los indicios que lleven a sospechar del carácter delictivo de la actuación del Letrado o de la confabulación del mismo con su cliente para la comisión de nuevos ilícitos, de modo que resulte excepcionalísimo el ya de por sí extraordinario acuerdo del levantamiento del secreto de las comunicaciones personales y, en especial, de estas últimas sólo aparentemente celebradas por razón de la defensa²⁰⁰⁰.

principal imputado; ahora bien, dicha relación en caso alguno puede ser la basada en la confianza que une al defensor con su patrocinado.

¹⁹⁹⁸ Vid. Art. 579. 1º y 2º LECrim. Advierten esta persecución de los fines de averiguación y persecución del delito en las medidas que el precepto arbitra, entre otros, CAMÓN, A. "Le intercettazioni ...", op. cit., pág. 31; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M^ºI., "Escuchas telefónicas: planteamiento práctico desde la perspectiva jurisprudencial", "Rev. General del Derecho", 1996, núm. 618, pág. 1711; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones", op. cit., pág. 52; ILLUMINATI, G., "La disciplina ...", op. cit., pág. 87.

¹⁹⁹⁹ DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M^ºI., "Escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 1711. En palabras de ILLUMINATI, "resulta superfluo decir que la prohibición no opera si el sujeto -léase, Abogado defensor- que puede oponerla es al mismo tiempo indiciado de delito". "La disciplina processuale", op. cit., pág. 87.

²⁰⁰⁰ Sobre esta cuestión, y el dilema que se plantea en torno a la necesidad de levantar el secreto profesional del Abogado que se entiende relacionado con la comisión del delito se viene debatiendo

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A estos efectos, es posible la distinción de un doble supuesto de intervención de las comunicaciones en las que participa el defensor, en función de que el mismo se convierta en sujeto pasivo directo de la medida de control sobre las comunicaciones que sostenga con su patrocinado o de que la medida afecte a las comunicaciones que mantenga con un sujeto tercero de la que pueda deducirse esa relación con su cliente o su efectiva participación en la comisión del delito.

Por lo que a la primera hipótesis se refiere, parece acertado afirmar que la injerencia en el desarrollo de las comunicaciones del Abogado con la persona en cuyo favor ejercita la defensa, es de todo punto ilegítima y carente de eficacia alguna en el proceso; en consecuencia, la información que tenga en ellas su origen no podrá ser utilizada en contra del cliente-imputado, ni servir para fundamentar la imputación o la apertura de un proceso contra el Abogado mismo.

El segundo de los supuestos a los que se aludía, afecta a la comunicación del Letrado con sujetos distintos a su patrocinado, para cuya legitimidad es presupuesto indispensable la concurrencia de racionales indicios de criminalidad sobre la persona del defensor, y el acuerdo de la medida a los fines de su averiguación; en caso alguno, pues, la medida puede entenderse legítima si su aplicación obedece a la obtención de datos de relevancia para la causa en la que éste desarrolla la actividad de defensa jurídica, sin que se presuma relación alguna del mismo con la actividad delictiva.

En efecto, como resultado de la intervención que resulte legítima en atención a las circunstancias concurrentes, pues, la sospecha de criminalidad que inicialmente pesa sobre el profesional de la Abogacía podría verse confirmada y legitimar una imputación

intensísimamente en las últimas fechas en el seno del Consejo de Europa, a partir de medidas que, en particular, afectarían a aquellos Abogados que se presuman involucrados en el blanqueo de dinero. Sin embargo, países como España, Alemania, Portugal e Italia pronto han mostrado su rechazo a la propuesta de extender al profesional de la Abogacía, la obligación de declarar acerca de la criminalidad de ciertas conductas sobre las que es consultado por su cliente, por lo que no parece augurarse -afortunadamente, a nuestro juicio- el éxito de la iniciativa.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

judicial en contra; sin embargo, la información resultante no podría ser utilizada en el proceso seguido en contra del cliente primeramente imputado, por venir cubierta por el secreto profesional y asimismo, tener su origen en la conculcación del derecho fundamental de éste último a la defensa.

De lo anterior puede asimismo colegirse que, el control de las comunicaciones en las que intervenga el defensor con el fin de investigar en contra de su defendido, ha de entenderse ilegítimo. La ilicitud de su origen impide que los resultados que se obtengan puedan generar efectos en el proceso y más tarde servir de fundamento a una sentencia de condena. La legitimidad de la medida, qué duda cabe, pasa necesariamente por su acuerdo y aplicación previa decisión de la autoridad jurisdiccional, y ante la presencia de racionales indicios de criminalidad sobre el Abogado defensor, que pasa a convertirse en sujeto pasivo directo de la medida de injerencia.

A la vista queda, pues, el conflicto de complicada solución que plantea, de un lado, la necesidad de salvaguardar la inviolabilidad de las comunicaciones en las que participa el Letrado en orden a la efectividad del fundamental derecho de defensa, y de otro, el interés en la persecución del delito en el que se presume partícipe el Letrado que se sirve fraudulentamente de la facultad de mantener comunicaciones de forma libre y secreta para continuar o participar junto a su Abogado en la comisión de nuevos ilícitos²⁰⁰¹.

La solución, o si se prefiere, el punto de encuentro entre uno y otro interés, en absoluto puede hallarse a partir de la injerencia en el desarrollo de la comunicación Abogado-cliente que entraña el menoscabo del elemental derecho de defensa, sino que necesariamente pasa por la adopción de las medidas oportunas en contra del Abogado, infractor no sólo de sus deberes deontológicos sino de la legalidad -que puede incluso

²⁰⁰¹ Cfr. MAFFEI, S., *Osservazioni sul tema della corrispondenza epistolare tra imputato detenuto e difensore*, "Riv. Tribuna italiana", 2000, págs. 3 y 5.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

hacerle incurrir en responsabilidad penal- y mantener al imputado en el pleno disfrute del derecho a la asistencia y defensa técnica y del resto de los que resultan instrumentales a su propia defensa.

2.2.2.3. El imposible empleo de manifestaciones del Letrado en las comunicaciones mantenidas en ejercicio de la actividad defensiva.

A pesar de la obligación de guardar secreto acerca de cuanto conozca en el ejercicio de su profesión o le sea confiado en su condición de defensor a la que viene sujeto, podría suceder que el Letrado revelara de modo inconsciente algún dato o noticia relacionada con la comisión del delito, en las comunicaciones que celebre en desarrollo de la actividad defensiva; comunicaciones, que de ser interceptadas y su contenido admitido al proceso, lejos de servir a la preparación de la defensa podrían conducir a su cliente-imputado a la condena.

Asimismo, ha de plantearse como hipótesis la posibilidad de que venga acordado, directamente sobre el defensor, el control de las comunicaciones que mantenga con sujetos diversos en busca de datos incriminatorios en contra de su defendido; supuesto éste en el que, como a continuación se tratará de evidenciar, la injerencia del derecho a comunicar libremente parece ilegítima desde el punto de vista constitucional.

En este punto, en realidad, se configura una auténtica prohibición probatoria²⁰⁰² que se resuelve en un límite objetivo a las facultades de investigación del mismo órgano jurisdiccional. La prohibición a la que nuestro estudio alude, según cierta clasificación

²⁰⁰² Se trata, en efecto, de un término acuñado por la doctrina germana, pronto criticado, y por el que PASTOR BORGONÓN entiende toda "restricción impuesta, sea a través de normas concretas, sea como proyección de la protección que desde el TC se confiere a los derechos fundamentales, a la búsqueda y recogida de fuentes de prueba o a la fijación procesal de los hechos que han de servir de base a la resolución judicial". "Eficacia de las fuentes ...", op. cit., pág., 338. En parecidos términos se manifiesta, GÓMEZ COLOMER, JL., "La intervención judicial ...", op. cit., pág. 160.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

propuesta a nivel doctrinal²⁰⁰³, integra el amplio catálogo de prohibiciones de práctica de pruebas, y dentro de él, encuentra acomodo entre las llamadas "prohibiciones de medios de prueba"; pero, en cualquier caso, se halla incluida entre aquellas que resultan de la conculcación de un derecho fundamental del sujeto imputado²⁰⁰⁴.

En verdad, falta en nuestro ordenamiento un expreso reconocimiento de concretas prohibiciones de prueba que en absoluto implica la inexistencia de límites al desarrollo de la investigación penal y, en definitiva, a la búsqueda de la verdad. La norma procesal contiene implícitas determinadas limitaciones a la potestad de investigar que se reconoce al Estado; limitaciones, de entre las que interesa la configurada a partir de una exención del deber de prestar declaración -de la que gozan los Abogados, en general, y el defensor del inculcado, en particular- por razón de la necesidad de salvaguardar el más alto derecho de defensa.

²⁰⁰³ La intervención de las comunicaciones personales del Abogado, en la clasificación de supuestos generadores de "prohibiciones probatorias" sugerida por la doctrina germana, parece incluirse en el catálogo relativo a "prohibiciones de temas de prueba", según lo expresado por PFEIFFER, G., "Gründzuge des Strafverfahrensrecht", op. cit., pág. 44 y PETERS, K., "Strafprozess", op. cit., 296, entre otros.

Es asimismo interesante la clasificación propuesta por ROXIN, que parte de la distinción de una doble categoría de prohibiciones probatorias a saber, las "prohibiciones de práctica de la prueba" - *Beweiserhebungsverbote*- y las prohibiciones de valoración de la misma - *Beweisverwertungsverbote*-, advirtiendo que en un punto, esa inicial prohibición de práctica de la prueba se torna en prohibición de valoración probatoria. Por lo que aquí interesa, puede notarse que el autor hace alusión a un cuerpo de prohibiciones de práctica de la prueba, bajo el nombre de "prohibiciones de obtención de pruebas" como respuesta a una inconcebible investigación penal ilimitada. En este último catálogo se incluirían tanto las configuradas a partir de ciertos hechos no susceptibles de averiguación, cuanto las que se refieren a medios de prueba de imposible utilización, entre las que parece el autor contemplar la aquí tratada, esto es, aquella obtenida previa declaración prestada por sujetos exentos de esta obligación por su relación profesional con el imputado.

²⁰⁰⁴ Entre nuestros autores, y siguiendo el esquema germano, véanse GÓMEZ COLOMER, JL., "La intervención judicial ...", op. cit., pág. 160 y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales ...", op. cit., pág. 336. Del todo interesante es la selección de las distintas clasificaciones propuestas a nivel doctrinal, que recoge ASECIO MELLADO, JM^a., en "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 83 y, asimismo, lo expresado al respecto por PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia de las fuentes ...", op. cit., pág. 339 y GIMENO SENDRA, al identificar la "prueba prohibida" con toda aquella obtenida mediante vulneración de Derechos Fundamentales, entre las que incluye aquellas que afectan a materias excluidas de investigación -como la que ahora nos ocupa- frente al más amplio catálogo de pruebas que denomina "ilícitas". "Derecho Procesal Penal", (et. alt.), op. cit., ed. 1997, págs. 386 y 387.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En nuestro supuesto -relativo a la prohibición que subyace al acuerdo de injerencias en el desarrollo de las comunicaciones del defensor penal- parece concurrir una imposibilidad de empleo en el proceso del elemento probatorio por razón de su objeto, y ya antes, una prohibición que afecta a labor de búsqueda y adquisición de la fuente de prueba; ello, en cualquier caso, genera lo que en la denominación de mayor aceptación entre nuestros autores se conoce como "prueba ilícita o prohibida"²⁰⁰⁵.

En consecuencia, si a pesar de la prohibición que se afirma existente, tiene lugar la intervención de las comunicaciones imputado-defensor, la información resultante de la misma quedaría viciada de nulidad, deviniendo imposible su empleo. Esto último, responde en cierto modo a la duda acerca del valor que ha de otorgarse al resultado de dicha intromisión, completamente distinto de aquel que corresponde a las manifestaciones realizadas por el propio imputado y obtenidas a partir del legítimo control de sus comunicaciones con personas distintas de su Abogado defensor.

2.2.2.4. La falta de virtualidad probatoria.

Lo cierto es que, al igual que en aquella ocasión se afirmaba, toda manifestación realizada por el defensor, sobre el que se decide una medida de injerencia como tercero ajeno al delito y por su estrechísima²⁰⁰⁶ relación con el principal imputado, en absoluto constituye un acto procesal al que pueda reconocerse valor de prueba.

²⁰⁰⁵ ASENCIO MELLADO, JM^a, "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 83. En realidad, el término "prohibición probatoria" no es rechazado por la totalidad de nuestros autores, como demuestra su empleo entre otros, por MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., 442. Esta denominación ha sido tachada de "impropia" por gran parte de la doctrina, sin embargo, a nuestro juicio, no lo es más que la que ha resultado de mayor aceptación, que designa como "prueba ilícita o prohibida" a lo que no es sino una fuente o elemento extraprocesal y que preexiste a la prueba misma. La denominación "prohibición probatoria" posee, a diferencia de esta última, la virtud de poner su acento en las consecuencias procesales que se derivan de los límites que el ordenamiento impone a esa actividad de búsqueda y adquisición de prueba y de incorporación de las mismas al proceso y, en este sentido, no parece del todo desacertada.

²⁰⁰⁶ En opinión del VARGHA no sería exagerado reconocer en el defensor, el "otro yo" del imputado; su boca y oído jurídico". *Die Verteidigung in Strafsachen*, Viena, 1789, citado por LEONE, G., "Tratado de Derecho Procesal", op. cit., pág. 577.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

La información transmitida por el Letrado a sus interlocutores es sólo un hecho -el hecho de haber manifestado tales circunstancias y no otras- y no un acto de declaración testifical que pueda el Juez valorar al efecto de formar su decisión²⁰⁰⁷. Es más, el legislador procesal exime al Letrado de la obligación de prestar testimonio acerca de aquello que le fuere confiado en su condición de defensor o hubiere conocido por razón del ejercicio de su profesión, habida cuenta de la necesidad de preservar el secreto por el que dicha información se halla cubierto y a cuyo respeto viene obligado el Letrado²⁰⁰⁸.

Ello, como puede notarse, cierra la vía a la conversión de lo que sería un mero acto de investigación en auténtica prueba a partir de la incorporación del testimonio del Letrado a juicio, en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción y defensa, y de este modo, su valoración por el órgano jurisdiccional en orden a fundamentar la sentencia.

Ahora bien, no es fácil determinar el material o información resultante de la comunicación en la que intervenga el Letrado que viene cubierto por el secreto profesional y no ha de llegar a conocimiento de terceros, incluido el órgano jurisdiccional²⁰⁰⁹. A nivel doctrinal se ha propuesto en este punto como solución²⁰¹⁰, el acudir al caso concreto y de este modo ponderar si el contenido de la comunicación

²⁰⁰⁷ ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 80; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., págs. 118 y 119, y asimismo en "Nulidad de las fuentes ...", op. cit., pág. 37; MARTÍN MORALES, R., "El régimen constitucional ...", op. cit., pág. 105.

²⁰⁰⁸ La exención del deber de declarar se justifica no sólo como una medida indispensable a la eficacia de la defensa, sino en atención a que estos profesionales son depositarios de confidencias íntimas que le harían perder en otro caso su función. CAFFERATA NORES, JI., "La prueba en el proceso penal ...", op. cit., pág. 103.

²⁰⁰⁹ Según expresamente ha declarado el autor que acaba de citarse, un interés "no menos elevado que el de la Justicia" puede oponerse, en estos casos, a que el depositario del secreto por su profesión, lo revele a la Justicia. Vid. CAFFERATA NORES, JI., "La prueba en el proceso ...", op. cit., pág. 103.

²⁰¹⁰ Cfr. ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 87; RAMAJOLI, S., "La prova nel processo penale", op. cit., pág. 311.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

merece o no especial tutela; solución ésta que, por el riesgo de discrecionalidad que entraña, no resulta muy convincente²⁰¹¹.

Solución, acertada o no, es asimismo la toma de conocimiento previo del contenido de la comunicación por parte de una autoridad estatal distinta de la encargada de la investigación e instrucción de la causa, a los efectos de preservar su imparcialidad ante el riesgo de contacto con un material reservado²⁰¹²; autoridad a la que encomendar el examen del objeto de la comunicación -que resuelva la legitimidad o ilegitimidad del control²⁰¹³- que, en nuestro modelo procesal, ha de hallarse investida de potestad jurisdiccional²⁰¹⁴ por cuanto se decide la limitación de un derecho fundamental.

Pero de mayor acierto parece considerar la existencia de una prohibición incondicional al respecto de la interceptación de las comunicaciones del defensor del imputado en el proceso en el que la medida se acuerda, cualquiera que sea su contenido²⁰¹⁵ a partir de la presunción de que el secreto profesional cubre las

²⁰¹¹ En este punto, ha de traerse a colación el art. 271 CPPit, que prohíbe la utilización de interceptaciones relativas a conversaciones o comunicaciones de personas, como los Abogados, indicadas en el art. 200 I y sujetas a la obligación de guardar secreto, para hacer notar la conveniencia de su inclusión en la norma procesal; una previsión de este tipo ofrece la solución al vacío en que puede llegar a caerse en ciertos supuestos controvertidos; ello, en particular, sucede cuando el Abogado no reúne esa condición de defensor ni puede beneficiarse de la intensa protección que confiere el art. 103 CPPit, siendo precisa la tutela del secreto profesional que impide la intromisión en el desarrollo de las comunicaciones en las que participa el Letrado en el ejercicio de su profesión. En este último caso, la intervención de las comunicaciones del Letrado no viene de por sí prohibida -como sucede con el defensor- pero, en cualquier caso, las noticias que se obtengan y que resulten cubiertas por la garantía de secreto no pueden ser utilizadas en el proceso. Vid. RAMAJOLI, S., "La prova nel processo penale", op. cit., págs. 70 y 311.

²⁰¹² Este parece, en efecto, el sentido de lo expresado por la Sala de lo Criminal de la Corte de Casación francesa, en su resolución de 7 de diciembre de 1995, publicada en "Rev. Gazette du Palais", 1996, núm.1, pág. 56.

²⁰¹³ Ello es clara exigencia del necesario respeto del principio de proporcionalidad en el acuerdo de la medida, en un intento de que la misma no suponga un atentado excesivo a las libertades fundamentales.

²⁰¹⁴ El desarrollo de esta labor, podría encomendarse a un Juez distinto del instructor de la causa que actúe por delegación siendo el Juez de paz, a nuestro juicio, una figura adecuada a estos fines.

²⁰¹⁵ En estos casos, el secreto profesional se halla *in re ipsa* y no puede ser censurable siquiera por el Juez. ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 87.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

comunicaciones que procedan o se dirijan al despacho profesional del Abogado que presta sus servicios al sujeto pasivo del proceso.

Con relación a estas cuestiones se ha pronunciado con cierta contundencia el legislador procesal francés cuando determina que, en todo caso, "las consultas dirigidas por un Abogado a su cliente o las destinadas a él por este último, y la correspondencia mantenida entre el cliente y su Abogado, se halla cubierta por el secreto profesional"²⁰¹⁶.

Pero, a pesar de la aparente rotundidad de la fórmula legislativa empleada, no parece definitivamente resuelta en el derecho francés la duda acerca del carácter absoluto o no del secreto profesional del Abogado. La misma se ha planteado con ocasión de cierta jurisprudencia emitida por el Tribunal de Casación francés que introduce una distinción entre materias relativas a asuntos jurídicos y aquellas otras relacionadas con asuntos judiciales, para permitir el acuerdo sobre las primeras de medidas de control; medidas, que entrañarían el levantamiento del secreto que ha de protegerse²⁰¹⁷.

La doctrina²⁰¹⁸, sin embargo, ha denunciado la falta de apoyo en la Ley de esta última diferenciación, que reduce la absoluta protección de la inviolabilidad de las comunicaciones Abogado-cliente al marco del proceso penal -ámbito éste, donde indudablemente merece protección absoluta- y respecto de aquellas relacionadas con el ejercicio de la defensa.

La experiencia francesa -así como la de algunos otros países del marco jurídico europeo a los que de inmediato se aludirá- pueden servir de referente al futuro legislador español en la tan esperada reforma de nuestro proceso penal.

²⁰¹⁶ En esta materia, es realmente trascendental la modificación procesal operada a partir de la Ley de 4 de enero de 1993.

²⁰¹⁷ Ello puede verse en resoluciones como la emitida por la Sala de lo criminal de la Corte de Casación francesa, de 30 de septiembre de 1991, publicada en "Rev. Gazette du Palais", 1992, núm. 1, pág. 6.

²⁰¹⁸ CAHEN, B., "La protection du secret ...", op. cit., págs. 4 y 5.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Aunque la discusión en torno a esta cuestión es ya antigua, parece en los últimos tiempos haber resurgido con energías renovadas, en el mismo seno del Consejo de Europa; en este marco, se viene meses atrás debatiendo -y parece que se habrá de continuar haciéndolo en próximas citas- sobre una polémica directiva que ha de servir en la lucha frente a la criminalidad económica y el blanqueo de dinero, según la cual, procedería el levantamiento del secreto profesional del Abogado, no sólo que se hallare involucrado en estas operaciones de fines ilícitos, sino incluso de aquél conocedor de las acciones delictivas de los clientes que acuden a él en busca de asesoramiento²⁰¹⁹.

En verdad, y aunque lo más conveniente parece ser esperar al resultado de los debates del Consejo para su valoración y crítica, todo hace presagiar el fracaso de la propuesta. A nadie se le escapa el enorme riesgo que su aprobación derivaría para esta institución -el secreto profesional del Abogado- esencial a la defensa, cuyo respeto representa un interés tan alto como el de la Justicia misma²⁰²⁰.

3. PRIMERAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

De lo hasta el momento expuesto se desprende que, la sola detección como sujeto interviene en el desarrollo de la comunicación de un sujeto, el Abogado -actúe o no como defensor- exento del deber de declarar acerca de cuanto conozca en el desempeño de sus funciones, advierte de la existencia de un límite subyacente a las

²⁰¹⁹ En realidad, la preocupación por el problema relativo a la especial protección que ha de conferirse a este cuerpo profesional en su total dimensión, se ha hecho sentir recientemente en alguno de sus Estados-miembro y, con particular intensidad, en países como Alemania y Francia cuyas reformas han sido ya comentadas en anteriores páginas.

²⁰²⁰ BERNALL VALLS, J., "Deber de declarar y derecho al silencio...", op. cit., pág. 22; BEULKE, W., "Überwachung des Fernsprechanchlusses eines Veteidigers", op. cit., págs. 644 y 645; CAF-FERATA NORES, JI., "La prueba ...", op. cit., pág. 3; CAHEN, B., "Le protection du secret ...", op. cit., pág. 4;

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

facultades investigadoras del Juez²⁰²¹. La injerencia en el desarrollo de estos contactos podría -aunque no debiera- alcanzar a ciertos hechos cubiertos por el secreto profesional y, por este motivo, no susceptibles de averiguación.

El derecho-obligación de secreto profesional del Abogado, en efecto, viene indirectamente tutelado por el art. 416.2º LECrim que dispensa a éste último de la obligación de prestar declaración acerca de datos que le hayan sido confiados en su calidad de defensor. Sin embargo, no se incluye en nuestra norma procesal prohibición expresa alguna dirigida al órgano jurisdiccional -como único legitimado para decidirla- de someter a control las comunicaciones en las que participa el Letrado en el desarrollo de su labor de defensa jurídica.

Esto último, pone de manifiesto las deficiencias de la regulación con que en esta materia se cuenta y, en particular, la falta de un concreto precepto que excepcione la aplicación de las medidas previstas en el art. 579 LECrim a las comunicaciones no solo postales o telegráficas y telefónicas, sino a las mantenidas por cualquiera de las vías posibles entre el imputado y su defensor, o de este último con terceros, en lo que parece haber sido la línea de actuación de distintos legisladores del marco del derecho comparado europeo.

Como se recordará, normas procesales como la francesa y suiza son expresas en su exclusión de posibles injerencias en el desarrollo de las comunicaciones en las que participa el defensor, que también prohíbe la ordenanza procesal alemana²⁰²². Rotundo

²⁰²¹ BERNAL VALLS, J., "Deber de declarar y derecho al silencio ...", op. cit., pág. 22; MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ilícita ...", op. cit., pág. 32.

²⁰²² Conviene recordar que el art. 100.7 del CPPfr., de forma rotunda, excluye del régimen general de intervención de las comunicaciones telefónicas correspondientes a un bufete o despacho de Abogados, o las que éstos sostengan desde sus domicilios, como principio general sólo excepcionado en el caso de imputaciones dirigidas sobre la persona del Letrado y previa observancia de determinadas garantías.

Por su parte, la Ley procesal Federal impedía la adopción de las medidas de injerencia previstas sobre el defensor del imputado, a partir de la exención para este último de la obligación de declarar acerca de los secretos que se le confían por razón de su profesión. Es más, el resultado que de las

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

en su prohibición es asimismo el Código procesal italiano²⁰²³ que sanciona el acuerdo y posterior aplicación de las mismas con la imposible utilización de sus resultados, en garantía del imputado y para la máxima efectividad de su derecho de defensa²⁰²⁴.

Se echa de menos, sin embargo, la presencia en el ordenamiento procesal español de una previsión semejante al art. 103 de la norma procesal italiana, del que se hacía mención en anteriores páginas, cuya principal virtud es la de reunir coordinadamente distintas disposiciones -según su mismo título indica- para la "garanzia di libertà del difensore"; disposiciones entre las que se incluye la que afecta al libre desarrollo de las comunicaciones orales o escritas de dicho profesional, en ejercicio de la función defensiva.

Esto último se acompaña en el Código Procesal italiano de la previsión de la sanción que corresponde al acuerdo y posterior aplicación de cualquiera de estas medidas de injerencia sobre la persona del defensor, cual es la ineficacia y el imposible empleo de sus resultados a los fines del proceso.

A nuestro juicio convendría que la norma procesal española incluyera un capítulo dedicado a la figura del defensor y a la labor que al mismo corresponde en los distintos estadios procesales y concretas garantías al libre ejercicio de sus funciones; en

mismas se obtenga, habrá de ser excluido del sumario, salvo excepcionalísimos supuestos.(art. 77 PPF).

El legislador procesal alemán, por su parte, configura una excepción a la posibilidad de acordar la intromisión en el secreto de las comunicaciones postales con que afecta, entre otros profesionales, a los Abogados en general y al defensor, en particular (Vid. § 97 (1) N. 1 y 2, en relación con el § 53 StPO (así como el § 97 (4), en relación con el § 53 a de la misma norma); previsión que, a nivel doctrinal, se ha propuesto aplicar analógicamente a las mismas comunicaciones celebradas telefónicamente. (En este sentido. véase BEULKE, W., "Überwachung des Fernsprechanchlusses eines Verteidigers", op. cit., pág. 644); pero, en cualquier caso, la ordenanza germana arbitra una especial protección de las comunicaciones imputado-defensor, a partir del juego de los números 1º y 2º del § 148 StPO.

Ahora bien, se ha de tener presente que las excepciones a las posibilidades de intromisión estatal detectadas en los distintos ordenamientos jurídicos a los que se alude, no operarán de esta forma si la imputación delictiva igualmente afecta a la persona del Abogado defensor interviniente.

²⁰²³ Vid. art. 103. 5º y 6º CPPit.

²⁰²⁴ Vid. Art. 103. 7 CPPit.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

particular, y por lo que ahora interesa, una concreta referencia a la imposibilidad de acordar injerencias en el desarrollo de las comunicaciones habidas por razón de la defensa; asimismo, debiera el legislador precisar la consecuencia procesal que ha de derivarse de su inobservancia, esto es, la carencia de efectos procesales así como la desaparición física del material que, por su origen ilícito, no puede ser incorporado a la causa.

Junto a esta suma garantías orientadas a la tutela de la función de defensa encomendada al Letrado y para el supuesto en que el mismo no reúna la condición de defensor o no sea fácil su consideración como tal, dedica la norma italiana un nuevo precepto -el art. 271. 2º CPPit con el que cierra este círculo de protección- que sanciona con la ineficacia procesal el resultado de la intervención de las comunicaciones de ciertos sujetos²⁰²⁵, como el Abogado, exentos de la obligación de declarar por razón del secreto profesional²⁰²⁶.

El legislador español del futuro, debiera asimismo incluir en la nueva regulación de la materia relativa a la intervención de las comunicaciones personales como medio de investigación, una previsión semejante a la italiana aquí esbozada, que opere como excepción a su legítimo acuerdo en el supuesto de comunicaciones habidas por razón de la defensa o de aquellas cubiertas por el secreto profesional que protege el desarrollo de la actividad defensiva, cuya protección viene impuesta por la misma norma constitucional.

La norma procesal habría, pues, de impedir la utilización procesal del resultado de una intervención manifiestamente ilegítima de las comunicaciones del Abogado

²⁰²⁵ Profesionales éstos, a los que se refiere el art. 200.1º CPPit.

²⁰²⁶ Sobre el particular, puede verse FORTUNA, E., con DRAGONE, S., "La prova nel processo...", op. cit., pág. 419 y RAMAJOLI, S., "La prova nel processo penal", op. cit., págs. 311 y 70, y del mismo autor, *I rapporti difensore-testimone: profili penali e deontologici nel processo attuale e in quello futuro*, "Rev. Giustizia penale", 1988, núm. III, pág. 380, y asimismo en *I rapporti difensore-imputato nel nuovo Codice di rito*, "Rev. Giustizia penale", 1989, núm. III, pág. 336.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

- habidas en desarrollo de las funciones de defensa jurídica, y asimismo de aquella
- información obtenida a resultas del lícito control de las comunicaciones del imputado
- que inintencionadamente afecte a las mantenidas con el defensor; y, en absoluto debiera prescindirse de una referencia concreta a la necesidad de separar de la causa y destruir físicamente -salvo que pudiera entenderse cuerpo del delito- el material relativo a las intervenciones infructuosas por razón de su origen ilícito²⁰²⁷.

Pero, a pesar de la falta de expresas previsiones al respecto²⁰²⁸, es incuestionable la inadmisibilidad de la intervención de las comunicaciones del Abogado defensor al servicio de la investigación a la que viene sujeto su patrocinado que, de tener lugar, no puede sino generar como resultado una fuente de prueba carente de eficacia en el proceso. La inviolabilidad del fundamental derecho de defensa hace precisa, pues, la inviolabilidad de las comunicaciones mantenidas por el Abogado en el desempeño de sus funciones de defensa jurídica.

En consecuencia, la futura LECrim debiera excluir la posibilidad de convertir al Letrado en sujeto pasivo de las medidas de injerencia, a no ser que a su condición de defensor haya de añadirse la de imputado en la comisión del delito, o la de cómplice o encubridor de la conducta delictiva que se imputa a su patrocinado; ahora bien, la sospecha de criminalidad que se hace recaer sobre el mismo, en cualquier caso, habría de ser fundadísima y concretada en claros y racionales indicios, a partir de la apreciación por la autoridad judicial de las circunstancias concurrentes en el caso concreto²⁰²⁹.

Así las cosas, resulta interesantísimo un examen en profundidad del alcance de la sanción procesal que corresponde a la intervención de las comunicaciones habidas por

²⁰²⁷ En este sentido viene formulado, básicamente, el art. 271.3º CPPit.

²⁰²⁸ En opinión acertada de GÓMEZ COLOMER debiera la ley prever "las restricciones en atención a las cuales, se limite la extensión o se fijen los límites a esa extensión de la obligación de investigar". Vid. "La intervención judicial ...", op. cit., pág. 160.

²⁰²⁹ El contenido de las mismas, qué duda cabe, ha de presumirse cubierto por el secreto profesional, cuyo levantamiento únicamente podría hallar legitimidad en ese excepcional supuesto.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

razón de la defensa al servicio de los fines de averiguación delictiva y de adquisición de futuras pruebas; pero, una vez más, la necesidad de no extender en exceso el contenido de este capítulo, obliga a prescindir de un análisis con exhaustividad de la teoría de la interdicción de la prueba prohibida, que en el supuesto que aquí se plantea es consecuencia de su adquisición previa conculcación del derecho del imputado a la libre comunicación con el Abogado defensor, como instrumental del más básico derecho de defensa²⁰³⁰. Como a continuación se tratará de evidenciar, la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba que procede del menoscabo o, más bien, de la efectiva lesión del derecho fundamental a la asistencia y defensa técnica, resulta determinante de su nulidad y de la imposibilidad de configurar futuras pruebas.

En realidad, este es el efecto que se deriva de los distintos modos de intromisión ilegítima en el derecho del imputado a la libre comunicación con su defensor analizados en los capítulos que preceden, siempre que dicha limitación persiga la obtención de datos de relevancia a la averiguación del delito y sea llevada a cabo con ignorancia de las estrictas exigencias que imponen los arts. 18.3 y 24.2º CE.

Así las cosas, no puede ponerse en duda que el resultado de la aplicación, como acto de investigación, de las distintas medidas previstas por el art. 579 LECrim sobre las comunicaciones que el imputado celebra con su defensor o las celebradas por este último en el ejercicio de la función de defensa jurídica -cuyo contenido debe permanecer secreto- viene sancionado con la ineficacia procesal; ello, por razón de la ilegitimidad en el acuerdo de la medida misma, a salvo el excepcionalísimo supuesto en que la imputación delictiva se dirija al Letrado, y siempre previa observancia de las garantías constitucionales y legales exigidas.

²⁰³⁰ Como se adelantaba, dicha sanción procesal encuentra su fundamento en el art. 11.1 LOPJ cuando precisa que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, vulnerando los derechos fundamentales".

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Como en breve se tratará de evidenciar, por su origen ilícito, tampoco debieran surtir efectos en el proceso aquellas fuentes de prueba resultantes del sometimiento del detenido o preso incomunicado a la práctica de diligencias de interrogatorio judicial, si la incomunicación a la que viene sujeto resulta en sí misma ilegítima a la vista de la imposibilidad para el incomunicado de disfrutar del derecho a mantener con su Abogado defensor comunicación reservada, con carácter previo a la declaración que presta²⁰³¹.

A nuestro juicio, la medida de incomunicación no debiera afectar, salvo en excepcionalísimos supuestos en que se constate un efectivo peligro de frustración de la incomunicación misma, al necesario contacto del sujeto que la padece con su Abogado defensor; razón por la que se insta al legislador español a actuar tomando como referente en lo positivo de su formulación, la previsión que se contiene el art. 145.4 de la norma procesal francesa. Este último, recuérdese, permite al Juez de instrucción prohibir la comunicación, por un periodo máximo de 10 días, al sometido a "détention provisoire"; prohibición que, rotundamente declara, "en ningún caso será aplicable al Abogado de la persona imputada"²⁰³².

Así pues, sólo si concurren sospechas fundadas de un peligro concreto al éxito de la instrucción y, por ende, del proceso en su conjunto -como fin último perseguido con el cumplimiento de la medida cautelar en forma incomunicada- podría hallar justificación el impedir al inculcado la relación con el defensor y siempre que sea de dicha relación de donde se derive el riesgo; de lo contrario y como consecuencia de la ignorancia del derecho a la asistencia y defensa técnica que ello entraña, resultará la

²⁰³¹ En coherencia a lo manifestado en páginas precedentes, si bien se sostiene que la medida de incomunicación judicial es en sí misma legítima, asimismo se afirma que la misma se traduce en limitaciones intensísimas al derecho a la asistencia y defensa técnica, en menoscabo del más elemental derecho de defensa, que obliga a cuestionar la licitud en el modo de obtención de las declaraciones del imputado preso ante la autoridad judicial que las recibe y su atendibilidad en este primer estadio procesal y, posteriormente, el valor probatorio de las mismas y la posibilidad de servir de fundamento a una sentencia de condena.

²⁰³² Véase el art. 145-4 CPPfr, recientemente modificado por ley nº 2000-516 de 14 de junio de 2000.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

nulidad e imposibilidad de generar efectos en el proceso de todo acto producido mediando dicha vulneración.

La injerencia en el desarrollo de las comunicaciones del privado de libertad en aplicación a lo dispuesto por el art. 51.2º LOGP con la intención, no ya de satisfacer los intereses de estricta naturaleza penitenciaria, sino fines relacionados con la investigación delictiva y sin respeto de los presupuestos y garantías que proceden en este otro caso, no puede sino culminar en la ineficacia procesal de la información de este modo adquirida²⁰³³.

Puede afirmarse, pues, que la suspensión o intervención de las comunicaciones del interno con el defensor a la que abre paso el citado precepto penitenciario no genera fuente alguna de prueba; una y otra forma de limitación ha de orientarse a la consecución de fines no relacionados con la instrucción criminal que, en consecuencia, no han de afectar al preso provisional que sólo ha de ver limitados sus derechos en mérito a la necesidad de asegurar el perfecto desarrollo y éxito de la misma.

En consecuencia, no puede reconocerse valor probatorio al resultado de la injerencia en el desarrollo del derecho del interno a comunicar con Abogados y procuradores, en general, o con su defensor en particular no decidida conforme a las exigencias que se derivan de los arts. 18.3 y 24.2 CE, entendidas en el modo expuesto a lo largo de los capítulos que preceden.

²⁰³³ En cualquier caso, por su incidencia en el derecho a la defensa -en cuyo disfrute ha de mantenerse al privado de libertad- la suspensión o intervención de las comunicaciones del interno con el defensor o el Abogado llamado expresamente para asuntos penales, debe ser acordada exclusivamente por la autoridad jurisdiccional y en el marco de los delitos de terrorismo. Vid. 51.2º LOGP.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

4. ESPECIAL ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA ILICITUD PROBATORIA.

Interesa en este espacio una aproximación al alcance de la sanción procesal que resulta de la ilegitimidad de las comunicaciones del imputado con su defensor, o las de este último en el ejercicio de su función de defensa jurídica, que magníficamente resume el TS²⁰³⁴ al manifestar que "la prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base crítica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria"²⁰³⁵

Los márgenes a los que ha de ajustarse el objeto de estudio obligan nuevamente a prescindir del tratamiento de cuestiones, sin duda interesantes, que exigiría dedicar mayor tiempo y espacio del que este trabajo permite. En particular, conviene obviar la reflexión en torno la polémica que rodea, no ya lo acertado o no de su denominación²⁰³⁶ sino la cuestión -en cualquier caso relacionada con la anterior- relativa a la consagración en nuestro ordenamiento de la prueba de imposible valoración entendida en un sentido amplio o solo estricto, a la vista de lo que establece el art. 11.1 LOPJ.

Ello no obstante, parece oportuna una mínima alusión a alguno de dichos extremos, a los efectos de precisar la sanción procesal que corresponde al elemento probatorio en función de la contravención jurídica en la que tiene su origen²⁰³⁷.

²⁰³⁴ Vid. STS (Sala 2º), de 29 de marzo de 1990.

²⁰³⁵ Vid. la STS de 29 de marzo de 1990, de cuyo contenido se hacen eco DE URBANO, E., y TORRES MORATO, MA., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Pamplona, 1997, pág. 37.

²⁰³⁶ Sobre el particular, véase MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ilícita ...", op. cit., págs. 15 a 17.

²⁰³⁷ La distinción sirve a GIMENO SENDRA para diferenciar las que entiende como pruebas "prohibidas", en alusión a las primeras, de las pruebas "ilícitas" con las que designa a las referidas en segundo lugar. Vid. "Derecho Procesal Penal", (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V.), op. cit., pág. 635. A juicio del autor, la diferenciación no es en absoluto intrascendente, por cuanto, no toda ilicitud en el elemento probatorio lleva aparejada la ineficacia procesal que se sanciona.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

A nadie se le escapa que, la materia o cuestión en torno a la cual gira el presente capítulo, representa una excepción a la regla general según la cual, toda información obtenida a partir de una intervención de comunicaciones que resulte "de relevancia a los fines de la investigación" es de utilidad en el proceso al efecto de fundamentar, primeramente, la imputación delictiva y más tarde, quizás, una sentencia de condena.

4.1. ILEGITIMIDAD EN LA OBTENCIÓN Y PRUEBA DE VALORACIÓN PROHIBIDA.

Superada la postura doctrinal favorable a la admisión en el proceso de todo elemento probatorio conducente al conocimiento de la verdad con independencia de su origen²⁰³⁸, son ya otros los términos en los que, a nivel doctrinal y mayoritariamente, se halla planteado el debate.

En el momento actual, la discusión parece más bien centrada en el alcance de la sanción procesal que ha de derivar de la ilicitud probatoria en atención a la causa

En este punto, parece acertar DÍAZ DE CABIALE cuando afirma que, aun cuando no puede ponerse en duda la imposibilidad de surtir efectos de toda fuente de prueba obtenida previa infracción de una exigencia o requisito de carácter constitucional, si la misma resulta de la inobservancia de requisitos de legalidad ordinaria, esto es, a partir de la infracción de las normas procesales en el proceso de incorporación de la fuente de prueba al juicio, la validez o ineficacia de la misma se hace depender del respeto del derecho de defensa e igualdad de partes y, en definitiva, del respeto de un proceso con todas las garantías. Vid. *Admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, "Rev. Cuadernos CGPJ", Madrid, 1992, pág. 160. Vid. asimismo, PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996, pág. 290.

En opinión de GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO que parece acertada, toda violación de derechos fundamentales en la adquisición o aportación del material probatorio al proceso o práctica de la prueba, impide la valoración de esa prueba resultante; en cambio, si la vulneración lo es de una norma procesal, deberá ponderarse la trascendencia de la infracción, en este último caso, atendiendo necesariamente al principio de proporcionalidad de los sacrificios. "Proporcionalidad y derechos fundamentales", op. cit., pág. 338 a 340. En este sentido, véase asimismo, DE URBANO Y CASTRILLO, E., *Derechos fundamentales y prueba ilícita*, "Rev. Canaria de Ciencias Penales", 1998, núm. 2, págs. 64 y 65.

²⁰³⁸ Postura ésta defendida a nivel doctrinal, entre otros, por GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 3ª ed. Madrid, 1968, pág. 397 y PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1982, Tomo I, pág. 759.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

generadora de dicha ilicitud. En este punto son dos, básicamente, las posiciones que se enfrentan²⁰³⁹: de una parte, la que ocupan quienes reconocen en nuestro derecho una prueba de valoración prohibida en sentido amplio, y de otra, la de aquellos que defienden un concepto estricto de la misma, por entender que en esos solos términos la fuente de prueba considerada ilícita tiene cabida en el art. 11.1º LOPJ y genera las consecuencias en él previstas.

Si se profundiza en esta división de opiniones parece posible -con un serio esfuerzo de síntesis- reconducir la discusión a la formulación de un doble interrogante para cuya respuesta se hace preciso, de una parte, atender al carácter de la infracción normativa determinante de la ilicitud que se sanciona, y de otra, al momento procesal en el que dicha contravención tiene lugar.

En atención al primero de los criterios expuestos, un sector ampliamente mayoritario en la doctrina, parte de una concepción estricta de prueba prohibida para identificarla con aquella obtenida previa vulneración de una norma constitucional que

²⁰³⁹ En una posición, en cierto modo intermedia, parece situarse GOLDSCHMIDT, partidario de la que puede entenderse como "Teoría de la doble valoración jurídica de la obtención ilegítima de material probatorio", según la cual, la prueba de origen ilícito ha de entenderse admisible desde el punto de vista procesal "sin perjuicio de la necesidad de depurar las responsabilidades derivadas de la ilicitud material del acto adquisitivo de la fuente de prueba". Vid. *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, págs. 294 y 295, citado por FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Prueba ilegítimamente obtenida*, "Rev. La Ley", 1990, núm. 1, pág. 1190.

Asimismo, y aunque consciente de la relevante posición que ocupan en el ordenamiento papel que ocupan en el ordenamiento, considera MARTÍ SÁNCHEZ que los Derechos Fundamentales no pueden ser empleados "como subterfugio o coraza para actuar impunemente ante la perspectiva de no resultar condenado, pese a haber cometido el delito y resultar probada, aunque sin eficacia procesal, su autora". Propone, en consecuencia, acudir a la proporcionalidad para así "ponderar en cada caso los intereses en tensión y, para dar acogida preferente en su decisión a cada uno de ellos". Pero, aunque no concluye en soluciones claras y definitivas, lo que llama especialmente la atención de esta aportación doctrinal es la originalidad de su planteamiento. El autor parte de la distinción, a su juicio necesaria, entre la comprobación del delito y la averiguación del delincuente a la vista de lo expresado en la STS 24 de marzo de 1995 y, sobre la base de lo en ella dispuesto, afirma que, por un lado están las pruebas de los datos que acreditan el hecho y, por otra, los que muestran la culpabilidad de una determinada persona respecto a tal hecho, siendo esta última la prueba que ha de resolverse sin violentar derechos y libertades fundamentales. Vid. *La llamada prueba ilícita y sus consecuencias procesales*, "Rev. Actualidad Penal", 1998, núm. 7, marg. 141.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

consagra un derecho fundamental²⁰⁴⁰, siendo más reducido, en cambio, el sector doctrinal que parte de un concepto amplio de la misma²⁰⁴¹, para reconocerla como aquella que tiene su origen en la infracción de toda norma con independencia de su rango, a la que se anuda, como sanción, la ineficacia procesal del resultado²⁰⁴².

El segundo de los criterios nombrados lleva a distinguir la ilicitud habida en la actividad de obtención y adquisición de la prueba, de aquella otra que tiene lugar en la operación de incorporación de la fuente al proceso²⁰⁴³ a través del medio de prueba que resulte pertinente. En este otro punto, parece mayoritaria la opinión según la cual, la

²⁰⁴⁰ Así, GONZÁLEZ MONTES, JL., *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)*, "Rev. Der. Proc.", 1990, núm. 1, págs. 30, 31 y 36; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba ...*, op. cit., pág. 366; PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso ...", op. cit., págs. 355 y 356; ASENCIO MELLADO, JM^a, "Derecho Procesal Penal", op. cit., págs. 130 y 131, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Prueba ilegítimamente obtenida", op. cit., pág. 1202; RUIZ VADILLO, E., "La actividad probatoria ...", op. cit., pág. 132. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y derechos fundamentales ...", op. cit., págs. 339 y 340; SILVA MELERO, *La prueba en el proceso penal*, Tomo I, Madrid, 1963, pág. 69.

En tono conciliador, aunque más arriesgados en sus opiniones, defienden DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES lo que parece una postura intermedia que evita la inconveniencia de extender en exceso una excepción al derecho constitucional la prueba, y la dejar sin sanción a ilicitudes que no proceden de la vulneración de un derecho fundamental, cuando la merecen. Vid. *¿Es proyectable el art. 11.1 LOPJ a las pruebas obtenidas violentando un derecho constitucional no fundamental?*, "Rev. La ley", núm. 4445, 24 de diciembre de 1997.

²⁰⁴¹ En particular, desde una concepción -según sus propias palabras- "amplia y flexible, que permite operar en cada caso con la solución más justa", incluye DE URBANO en la noción de prueba ilícita "todas aquellas diligencias, medios probatorios y pruebas procesales en los que se debaten o discuten aspectos constitucionales o infraconstitucionales que pueden determinar la irregularidad o invalidez de un concreto elemento probatorio con sus correspondientes efectos en el proceso". Vid. "La prueba ilícita penal ...", op. cit., pág. 17 y asimismo en "Derechos Fundamentales y prueba ilícita", op. cit., pág. 65.

²⁰⁴² Esta parece ser la idea que convence a LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA cuando declara que "no cabe pensar que un derecho no fundamental puede claudicar frente al derecho a la prueba o el interés público en la averiguación de la verdad". Vid. "Las escuchas telefónicas...", op. cit., págs. 134 y 135 y, asimismo, en las págs. 142 y 143. En esta línea de opinión parecen situarse SENTÍS MELENDO, S., *La prueba en el proceso*, "Rev. Der. Proc. Ib.", 1977, núms. 2 y 3, pág. 345 y VESCOVI, E., *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*, "Rev. Der. Proc. Ib-filip.", 1970, núm. 2, pág. 345.

²⁰⁴³ En este punto fue muy claro el TC al manifestar, en su STC 64/1986, de 21 de mayo, FJ 2º, que la ineficacia deriva de la ilicitud o vulneración que se comete en el momento de obtención de tales pruebas, mientras los problemas que puedan plantearse respecto de (...) la que se produzca en el momento de su admisión al proceso y práctica en él (...) se reconducen a la regla de interdicción de la indefensión". Véase asimismo, PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso ...", op. cit., pág. 339.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

la prueba prohibida se genera a partir de la violación de un derecho fundamental en el momento de su obtención²⁰⁴⁴, de la que derivan consecuencias de distinto orden a las producidas por la ilicitud cometida al darle entrada al proceso.

En cualquier caso, profundizar en esta cuestión a propósito del supuesto que se analiza, en cierto modo, resulta innecesario. La dificultad que a menudo ofrece el encasillar en el único de los preceptos que en nuestro ordenamiento sanciona la regla de ineficacia de las fuentes de prueba de origen ilícito, en realidad, no se plantea al respecto del acuerdo y posterior aplicación de las medidas de injerencia sobre las comunicaciones habidas por razón de la defensa.

En efecto, la intervención de las comunicaciones imputado-defensor²⁰⁴⁵, por los motivos expuestos, resulta en sí misma ilícita²⁰⁴⁶ y, en consecuencia, la fuente de prueba

²⁰⁴⁴ En este sentido se pronunciaba el TC en su STC 64/1986, de 21 de mayo, doctrina a nivel doctrinal sostenida, entre otros, por ASENSIO MELLADO, JM^a, "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. BARONA VILAR, S., (et. alt.), "Derecho Jurisdiccional", op. cit., pág. 294; GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., ed. 1999, págs. 636 y 637; MONTERO AROCA, J., "La prueba en el proceso civil", op. cit., págs. 83; NOYA FERREIRO, M^aL., *La intervención de comunicaciones directas en el proceso penal*, Valencia, 1999, pág. 286; PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso ...", op. cit., pág. 339; TOMÉ GARCÍA, JA., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 518.

Distinta parece la opinión de MARTÍN PALLÍN quien, con absoluta rotundidad, muestra su rechazo por la que, según sus propias palabras, es una "postura totalmente reduccionista y excesivamente formal que considera cubierto el flanco de constitucionalidad con la mera redacción de la resolución judicial"; así, "cualquier transgresión posterior de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la correcta realización de la medida, entraría en la esfera de la legalidad ordinaria por lo que pudiera afectar a su validez, pero no podría extender sus efectos a las pruebas derivadas indirectamente de la escucha ilegal". Vid. "Escuchas telefónicas", op. cit., pág. 393.

²⁰⁴⁵ La excepción que representa la legitimidad del acuerdo de la medida de injerencia sobre dichos contactos ante la sospecha fundadísima de participación también del Letrado en la comisión del delito, abriría paso a ese segundo capítulo de infracciones de las normas procesales producidas en la labor de obtención de la prueba y de su incorporación a juicio.

En opinión de un sector doctrinal mayoritario, no en todo caso la ilicitud de la prueba impedirá su admisión y la generación de efectos en el proceso. Dicha ineficacia, a juicio de este grupo de autores, ha de ser reconducida al ámbito de la indefensión. Pero, lo que no admite dudas es que su toma en consideración por el Juez a los efectos de fundamentar una sentencia de condena, infringiría el derecho del imputado a la presunción de inocencia en la medida en que dicha resolución no se apoya en una mínima actividad probatoria, que sea de cargo y practicada con todas las garantías, única capaz de desvirtuarla según reiteradamente viene afirmando el TC a partir de la trascendental STC 31/1981, de 28 de julio.

²⁰⁴⁶ Como acertadamente señala RUIZ VADILLO, aun cuando fuere judicialmente ordenada, dicha operación aparece viciada de nulidad y, en consecuencia, no puede generar efecto alguno en el

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que directa o indirectamente de ella se obtiene, no puede surtir efectos²⁰⁴⁷ en el proceso; su obtención viene precedida de la vulneración de un derecho constitucionalmente consagrado con el rango de fundamental -el derecho a la asistencia letrada y defensa técnica, a partir de la lesión del derecho a la libre comunicación con el defensor- y es ésa, según expresa el art. 11.1º LOPJ, la consecuencia que se deriva.

Como se ha tenido ya ocasión de señalar, la inobservancia por el propio Juez de los límites que se imponen a su facultad de investigar y que, por lo que a este estudio interesa, se manifiesta en el inconcebible acuerdo de la intervención de las comunicaciones del imputado con su defensor o de las que el mismo Letrado celebre en el ejercicio de su profesión -con absoluto desprecio, en ambos casos, de la inviolabilidad del secreto profesional por el que se hayan cubiertas²⁰⁴⁸- se convierte en un paradigmático ejemplo de ilegitimidad o ilicitud probatoria, por cuanto el mismo aglutina cuantos defectos determinan, según lo hasta el momento señalado, la sanción procesal de ineficacia o imposible empleo de la información de este modo obtenida.

La ineficacia del elemento probatorio adquirido previa conculcación, a nuestro juicio innegable, del fundamental derecho a la asistencia y defensa técnica, a su vez, instrumental del más amplio derecho de defensa, impide su configuración como auténtica prueba -una vez incorporado a juicio a través del medio probatorio que proceda- y su valoración por el órgano jurisdiccional en orden a fundamentar su sentencia²⁰⁴⁹.

proceso. Vid. "La prueba en el proceso penal ...", op. cit., pág. 81, en opinión que comparte con ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 142.

²⁰⁴⁷ En parecidos términos se halla expresado el art. 11.1 LOPJ, según el cual, "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, vulnerando derechos fundamentales".

²⁰⁴⁸ No admite dudas, en opinión de CORDERO, que en este punto se configura una verdadera "prohibición probatoria" que impide el acuerdo de la medida misma, por razón de la obligación que se impone al profesional de la Abogacía de abstenerse de prestar testimonio. Vid. "Procedura Penale", op. cit., ed. 1989, págs. 307 y 425.

²⁰⁴⁹ El origen de la regla de inadmisibilidad de la prueba obtenida conculcando un derecho fundamental se halla, sin duda, en la STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ2º) de cuyo texto se desprende

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esto último, implícitamente, advierte de la necesaria distinción de un doble momento en la interdicción probatoria que se entiende surgida, cual es la imposible incorporación de la fuente ilícita al proceso, en primer término y, una vez en él de no haber sido evitado lo anterior, su toma en consideración por el órgano jurisdiccional para formar su convicción.

Acertan, pues, quienes sostienen que "esta inutilizabilidad implica el cierre procesal a la admisión del medio de prueba propuesto para introducir el material ilegítimamente obtenido y, en caso de haber accedido ya al proceso, la prohibición de su toma en consideración, ni autónomamente, ni como corroboración ni robustecimiento de los resultados de la prueba regular y lícita"²⁰⁵⁰.

Ahora bien, como acertadamente señala MONTERO, no ofrece dificultad el afirmar que la declaración según la cual, las pruebas ilícitamente obtenidas "no surtirán efectos" supone que el órgano jurisdiccional no debe admitir el medio de prueba por el que pretende ser introducida; sin embargo, no es tan sencilla su efectividad práctica, habida cuenta de que el Juez "en el momento de admisión de los medios, no puede saber cómo se obtuvieron las fuentes". Así pues, según el mismo autor ha constatado²⁰⁵¹ -a partir del análisis de la jurisprudencia emanada del alto TS- a no ser que se aprecie

que la no recepción judicial de la misma viene impuesta por razón de la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales y su afirmada condición de inviolables. A este argumento añade el TS el que dicha prueba ha de entenderse prohibida merced a lo dispuesto por el art. 11.1º de la LOPJ que consagra esta teoría al declarar que "no surtirán efecto (...)" las pruebas que de este modo se obtengan; admitirlas, según expresa, "supondría la vulneración del proceso con todas las garantías (24. 2ºCE) y de igualdad de las pruebas procesales, además, por supuesto, del derecho a la presunción de inocencia". (Vid. STS 29 de marzo de 1990).

Resume este criterio el TC cuando, en su STC 85/ 1994, de 14 de marzo, FJ 4º manifiesta que la inadmisión de esta prueba "deriva no sólo de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el capítulo II del Título I de la Constitución y de la necesidad de no confirmar, haciéndolas efectivas, las contravenciones de los mismas (STC 114/1984) sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1º de la LOPJ".

²⁰⁵⁰ Vid. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Prueba ilegítimamente obtenida", op. cit., pág. 1203.

²⁰⁵¹ Vid. MONTERO AROCA, J., "La prueba en el proceso civil", op. cit., págs. 83 y 84. Este razonamiento, aunque originariamente referido a la ilicitud probatoria en el marco del proceso civil, puede servir para resolver la duda que se plantea en torno a la ilícita obtención de la prueba penal que a nuestra investigación interesa.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

manifiesta ilicitud en el modo de obtención y, en consecuencia, sea evidente e indiscutible que a la misma corresponde la sanción de ineficacia procesal, "no debe el Juez declarar la inadmisión (...) por cuanto ello supondría adelantar un juicio sobre algo que debiera ser debatido por las partes"²⁰⁵².

4.2. POSIBILIDADES DE ALEGACIÓN Y RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA ILICITUD PROBATORIA.

De lo manifestado en las páginas que preceden se desprende sin dificultad que, si bien es claro el efecto en que se traduce la ilicitud probatoria, no lo es tanto el modo y momento en que las partes procesales pueden combatir la eficacia de la prueba ilícita.

No admite dudas que a la parte perjudicada por el resultado de la intervención - el imputado, pero también a su defensor en el supuesto objeto de análisis²⁰⁵³ - interesa evitar que se de entrada a la misma en juicio y llegue a conocimiento del órgano

²⁰⁵² "En caso de patente claridad -afirma con rotundidad DE URBANO Y CASTRILLO- debe rechazarse la admisión de la prueba, y sólo en caso de cierta duda puede admitirse, practicarse y valorarse en la sentencia, donde podría darse lugar a un pronunciamiento excluyente de la prueba, manifestando que se le expulsa del proceso y que no se le tendrá en cuenta". Vid. "La prueba ilícita penal", op. cit., pág. 48.

²⁰⁵³ En cuanto a la legitimidad para alegar la ilicitud de la prueba, parece acertado considerar que corresponde a las partes, con independencia de que resulten ser o no sujetos pasivos de la vulneración del derecho del que procede la ilicitud. Vid. ASECIO MELLADO, JM^a, "Prueba prohibida", op. cit., págs. 85 y 86; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 145 y 146; MIRANDA ESTRAMPES. M., "El concepto de prueba ...", op. cit., pág. 123; MONTERO AROCA, J., "Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas", op. cit., pág. 315; PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia de las pruebas ...", op. cit., pág. 364. NOYA FERREIRO, M^aL., "La intervención de comunicaciones directas ...", op. cit., pág. 290; VESCOVI, E., "Premisas para la consideración ...", op. cit., pág. 367.

En particular, según lo dispuesto por el art. 2º LECrim, el acusador público viene obligado a la puesta de manifiesto de la ilegitimidad o ilicitud de la medida desde el instante en que tuviere conocimiento de la misma. Es más, como acertadamente sostiene ASECIO, también al tercero no parte "ha de darse intervención procesal, a los solos efectos de hacer valer la impugnación de un prueba que ha conculcado su derecho fundamental".

Entiende, en cambio, inviable dicha posibilidad PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba ...", op. cit., pág. 332. (Véase asimismo la STS 31 de octubre de 1998).

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

jurisdiccional, para lo cual habrá primeramente de combatir la resolución judicial en que la medida se acuerde.

En opinión de un amplio sector doctrinal, con el que se coincide, de ser apreciada de forma indiscutible la ilicitud de la prueba, efectivamente, ésta debiera ser puesta de manifiesto y declarada por el Juez en la misma fase de instrucción²⁰⁵⁴ al efecto de impedir la incorporación al proceso de una prueba afectada de nulidad y, en consecuencia, la proyección de sus efectos en el ánimo del juzgador.

En este sentido, y como resultado de una lectura en clave constitucional de lo dispuesto por el art. 11.1º en relación con los arts. 238.3º y 240 de la LOPJ, concluye RODRÍGUEZ RAMOS que "nada más producirse o ser conocido por el interesado un vicio o vicios esenciales en la adopción o ejecución de una medida de intervención telefónica, puede y debe plantearse su nulidad y su consecuente e inmediata ineficacia (si el propio órgano jurisdiccional no lo hiciera de oficio ex art. 240.2º LOPJ) a través de cualquier recurso viable y, de no existir ninguno, de una directa solicitud de nulidad"²⁰⁵⁵.

²⁰⁵⁴ AROZAMENA LASO, C., *Consideraciones generales sobre la prueba ilícita*, "Rev. Actualidad Penal", 1999, núm. 4, marg. 96; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Las reglas del juego ...", op. cit., pág. 198; GÓMEZ COLOMER, JL., "La intervención judicial de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 157; MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ...", op. cit., págs. 126, 128 y 135; NOYA FERREIRO, M^aL., "La intervención de comunicaciones directas ...", op. cit., pág. 291; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", Vol. V, op. cit., 2293; RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Intervenciones telefónicas", op. cit., págs. 459 y 460; VESCOVI, E., "Premisas para la consideración ...", op. cit., pág. 364, quien aboga por el reconocimiento a la parte de la posibilidad de alegar la ilicitud de la prueba en cualquier instante del proceso.

En cualquier caso, según se desprenderse de la jurisprudencia emanada del TS, aun cuando resulte posible y convenga en la instrucción un pronunciamiento del Juez acerca de la ilicitud de la prueba por inobservancia de requisitos constitucionales, no parece suceder lo mismo al respecto de infracciones de legalidad ordinaria que hubieren tenido lugar con ocasión de la ejecución de la medida. Sobre el particular, véanse las SsTS de 7 de abril de 1995 y de 4 de febrero de 1997.

A la vista de esta realidad afirma MONTERO que el "el alcance del pronunciamiento que autoriza el art. 793.2º LECrim se reduce al planteamiento de aspectos de ilicitud constitucional de las diligencias cuestionadas, y no de su irregularidad procesal sobre la que habrá de resolverse en la sentencia". Vid. "La intervención de las comunicaciones telefónicas ...", op. cit., pág. 315.

²⁰⁵⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 459.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Esto último abre al sujeto que la padece -y al que, presumiblemente, perjudica el contenido de la comunicación intervenida- una primera vía de defensa frente a la imputación, toda vez que, a resultas de la nulidad de la fuente probatoria dicha imputación podría devenir carente de fundamento bastante y, asimismo, constituye un arma para la lucha frente a la eventual adopción de una medida cautelar.

La ineficacia así declarada, además, impediría la práctica de nuevas diligencias de investigación a partir del resultado de la que se entiende ilícita, si se conviene en que esta última comunica su ineficacia procesal a todas cuantas de ella deriven, con el riesgo de levantar la investigación sobre ilicitudes consecutivas que, inevitablemente, determinan la nulidad del conjunto y así, la frustración de esta etapa instructoria²⁰⁵⁶.

Interesa, pues, al imputado la impugnación de la resolución en que la medida de intervención se acuerde, a través de las distintas vías de recurso arbitradas frente a las decisiones del órgano jurisdiccional encargado de la instrucción a las que de inmediato se aludirá brevemente²⁰⁵⁷; antes, sin embargo, parece conveniente dar respuesta a la duda que el mismo TS²⁰⁵⁸ deja abierta al limitarse a señalar que "no es pacífica la cuestión acerca de si el propio Juez de instrucción puede o debe declarar la nulidad cuando compruebe la vulneración de un derecho fundamental (...)"²⁰⁵⁹.

En verdad, los propios miembros de la Sala 2ª del Alto Tribunal en la resolución a la que se aludía, advierten de la inconveniencia de "establecer reglas claras e incommovibles" y de la necesidad, contrariamente, de atender a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. La conclusión que, en definitiva, puede extraerse de

²⁰⁵⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ...", op. cit., pág. 127.

²⁰⁵⁷ Así, en el ámbito del proceso ordinario y el que celebra el Tribunal de Jurado, contra la decisión judicial puede interponerse el recurso de reforma y posterior apelación, siendo los de reforma y queja los procedentes en el marco del procedimiento abreviado. Vid. Arts. 217 y 222 LEcrim.

²⁰⁵⁸ STS 24 de junio de 1993, FJ1º.

²⁰⁵⁹ En opinión de MORENO CATENA que, según constata, es mayoritaria en la doctrina, efectivamente, puede el Juez rechazar de oficio la prueba que entienda de origen ilícito. Vid. "El Proceso Penal", op. cit., pág. 2293.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

dicho pronunciamiento jurisprudencial²⁰⁶⁰, es que corresponde al Juez declarar la vulneración del derecho ya en ese estadio²⁰⁶¹, solo si la misma es patente y manifiesta²⁰⁶².

En cualquier caso, superado este momento procesal, debiera reconocerse a las partes la posibilidad de evitar la eficacia procesal de la prueba de origen ilícito, en el momento de dar inicio a las sesiones en el juicio oral.

4.2.1. LA INADMISIBILIDAD DE LA FUENTE DE PRUEBA ILÍCITA.

En efecto, la presencia de una "prohibición probatoria" como la que en el supuesto aquí planteado se entiende surgida, en opinión de un amplio sector doctrinal²⁰⁶³,

²⁰⁶⁰ GÓMEZ COLOMER, JL., "La intervención judicial ...", op. cit., pág. 157; MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ...", op. cit., págs. 126 y 128; MONTERO AROCA, J., "La intervención de las comunicaciones telefónicas", op. cit., págs. 315 y 320.

²⁰⁶¹ En este punto, parece acertada la opinión de VELASCO NUÑEZ cuando rechaza la conveniencia de que el Juez destruya "ya en la fase de instrucción" las conversaciones que, por entender impertinente a la causa, no hubiere incorporado a juicio. El resultado de las mismas -materializado en las cintas originales de la grabación y sus respectivas copias- debería ser destruido, pero exclusivamente por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto, tras la celebración del juicio, emitida la sentencia y una vez ésta hubiere ganado firmeza. La destrucción del material resultante de la intervención, como bien advierte el autor, además de necesaria y apropiada, sería legítima una vez cumplida la finalidad a la que había de servir, cual es la "de servir de prueba para un acto, el del juicio oral, con un resultado que fuera inamovible". Vid. "Presencias y ausencias ...", op. cit., marg. 267.

²⁰⁶² Con esta expresión, se ha pretendido obviar el término "grave" empleado por el Tribunal -en nuestra modesta opinión, sin demasiado acierto- para calificar la "vulneración" del derecho fundamental que permite al Juez declarar la nulidad de la prueba, toda vez que la "gravedad" es nota que se halla ínsita en toda "vulneración" de derechos inherentes a la condición humana.

²⁰⁶³ ASECIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 85; AROZAMENA LASO, C., *Prueba ilícita y control en vía casacional*, "Rev. Actualidad Penal", 2000, núm. 31, marg. 663; BARONA VILAR, S., "Derecho Jurisdiccional", op. cit., pág. 295; DÍAZ CABIALE, JA., "La admisión y práctica..." de la prueba en el proceso penal, Cuadernos CGPJ, Madrid, 1991, pág. 120; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "La prueba ilegítimamente obtenida", op. cit., pág. 1202; LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 146; MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ilícita", op. cit., pág. 93; ORTELLS RAMOS, M., "Derecho Jurisdiccional", Tomo III, 6^a ed. 1997, op. cit., pág. 270; PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia de las pruebas ...", op. cit., págs. 341 y 362; PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba en el proceso civil", op. cit., págs. 315 y 316, y 326 y asimismo en *Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas*, "Rev. La Ley", 1997, núm. 1, pág. 1871 (Diario 4213, de 23 de enero de 1997), artículo asimismo publicado en "Rev. Justicia", 1997, núm. III, págs. 881 y ss.; TOMÉ GARCÍA, JA., (et. alt) "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 518. En la doctrina italiana, puede verse ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 87.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ha de traducirse en una clara regla de inadmisión²⁰⁶⁴ que impida la incorporación del resultado de la intervención y, de este modo, el contacto del juzgador con un elemento probatorio que, por ser ilícito, no ha de apreciarse ni puede servir a fundamentar su decisión²⁰⁶⁵.

La sola admisión de la misma, según el alto TC ha tenido ocasión de manifestar, entraría en colisión con el derecho a un proceso con todas las garantías²⁰⁶⁶ y

En opinión GONZÁLEZ MONTES resulta "inadmisible todo medio de prueba en cuya obtención se hubiera violado un derecho fundamental del mismo rango al menos, si no superior, que el derecho a la prueba". "La prueba obtenida ilícitamente ...", op. cit., págs. 31 y 40. Una postura poco clara defiende, en cambio, MARTÍ SÁNCHEZ cuando advierte que, no obstante la realidad de lo anterior, no es concebible "utilizar los derechos fundamentales como subterfugio o coraza, para actuar impunemente ante la perspectiva de no resultar condenado". "La llamada prueba ilícita ...", op. cit., marg. 141.

²⁰⁶⁴ En opinión de CORDERO, en efecto, la aprehensión o secuestro de la comunicación con absoluta ignorancia del límite que supone el secreto profesional, se resuelve en una valoración procesal de inadmisibilidad de la prueba. Vid. "Procedura Penale", op. cit., ed. 1989, pág. 298 y, asimismo, "Il procedimento probatorio", op. cit., págs. 76 y 94, 117 o *Prove illecite*, in "Tre studi...", op. cit., pág. 162 a 164.

²⁰⁶⁵ La teoría de cuya aplicación resulta esta conclusión tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana de los años 1954 a 1970, implantada a partir de un proceso evolutivo del que da cumplida cuenta FERNÁNDEZ ENTRALGO en el trabajo que titula "Prueba ilegítimamente obtenida" citado en páginas precedentes. Precisa el autor que, el argumento sobre el que inicialmente se sustentaba la inadmisibilidad de la prueba obtenida de forma ilegítima se centraba en el propósito de disuadir al aparato policial de acudir a tales métodos investigadores prohibidos, so pena de ver fracasados sus esfuerzos y al margen de las responsabilidades civiles, penales y administrativas en que pudieran incurrir los funcionarios que hicieran uso de ellos; sin embargo, según señala, para obtener la declaración de inadmisibilidad del material probatorio era preciso en esos primeros tiempos, no sólo demostrar la vulneración de un derecho reconocido constitucionalmente sino además, la relación de causalidad que liga dicha contravención con la obtención del resultado. Vid. "Prueba ilegítimamente ...", op. cit., págs. 1184 y 1185.

²⁰⁶⁶ Según se desprende de la jurisprudencia emanada del alto TEDH, la afirmación de la licitud o ilicitud en el origen de la prueba corresponde a los ordenamientos internos. En la resolución de los asuntos sometidos a su consideración, el TEDH se limita a declarar si el Convenio ha sido o no vulnerado a partir del examen acerca de si "el proceso es o no justo". Ahora bien, como en alguna ocasión ha manifestado alguno de los miembros del Alto Tribunal "el respeto de la legalidad en la práctica de las pruebas -aunque a nuestro juicio también antes, en el momento de su obtención- no es una exigencia abstracta o formalista, sino de la máxima importancia para que el proceso penal sea justo" y en este sentido sostienen que "ningún Tribunal puede tener en cuenta, sin que padezca la buena Administración de Justicia, una fuente de prueba que no sólo se ha conseguido por medios incorrectos, sino sobre todo ilegalmente". Si lo hace, el proceso no podrá entenderse justo en el sentido del Convenio. Esta es la opinión, en particular, del Sr. Pettiti en su voto particular a la STEDH de 12 de junio de 1988, emitida en el caso SCHENK c/ Suiza.

En el sentido de considerar vulnerado a partir de la admisión de pruebas ilícitas, el fundamental derecho al proceso debido se han pronunciado, entre otros, DE URBANO Y CASTRILLO, E., "Derechos Fundamentales y prueba ilícita", op. cit., págs. 63 y 64, y MARTÍN PALLÍN, JA., *Valor*

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

el derecho a la igualdad de partes procesales²⁰⁶⁷, así como con el derecho a la presunción de inocencia, garantía elemental en materia probatoria y, todos ellos, pilares básicos del Estado de Derecho²⁰⁶⁸. Es más, carecería absolutamente de sentido admitir una prueba para negarle más tarde toda posibilidad de surtir el efecto o efectos que le son propios en el proceso²⁰⁶⁹.

Sin embargo, y aun cuando este último dato advierte por sí sólo de la necesidad de que el Juez, incluso de oficio²⁰⁷⁰, rechace la prueba que entienda ilícita²⁰⁷¹ con anterioridad al inicio del juicio oral, en nuestro proceso no resulta fácil a las partes ver judicialmente declarada la ilicitud y, en consecuencia, la ineficacia procesal de la prueba misma con anterioridad a la sentencia.

En el origen de esa dificultad parece hallarse como razón esencial, la falta de un trámite específico que permita la puesta de manifiesto de la ilicitud probatoria; pero, asimismo, reconocida su inadmisibilidad como primera vía de rechazo, lo cierto es que algún inconveniente plantea la inexistencia entre las distintas causas de inadmisión de la

de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal, "Rev. Poder Judicial", núm. esp. VI, pág. 120.

²⁰⁶⁷ Vid. SsTC 85/1994, 14 de marzo, FJ4º; asimismo pueden verse las SsTC 81/1998; 40/1999 (FJ 3º). La vulneración del art. 14 CE es evidente, habida cuenta de que a través de la utilización de pruebas ilegítimas o ilícitamente obtenidas, la parte se coloca en una posición preferente que desequilibra la necesaria igualdad entre las mismas que ha de asegurarse.

²⁰⁶⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 111.

²⁰⁶⁹ PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba ...", op. cit., pág. 326. Sobre el particular véase asimismo la STC 85/1994, de 14 de marzo, (FJ 4º).

²⁰⁷⁰ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Las reglas del juego ...", op. cit., pág. 188 y, asimismo, "Prueba ilícitamente obtenida", op. cit., pág. 1205; MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ...", op. cit., págs. 94 y 124; NOYA FERREIRO MªL., "La intervención de comunicaciones directas ...", op. cit., pág. 289. Esta conclusión igualmente se desprende de lo expresado por el art. 240. 2º LOPJ en cuanto a la nulidad de los actos procesales, según el cual "el Juez o Tribunal de oficio o a instancia de parte podrá, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva (...) declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular".

²⁰⁷¹ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Prueba ilegítimamente obtenida", op. cit., pág. 1203 y asimismo en "Las reglas del juego", op. cit., pág. 190; ORTELLS RAMOS, M., "Derecho Jurisdiccional", Tomo III, 6ª ed., 1997, pág. 270. Aunque se muestra reticente en cuanto a su efectividad práctica, esto mismo parece mantener MONTERO AROCA, J., "La prueba en el proceso civil", op. cit., pág. 83.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

prueba explícitamente reconocidas, la relativa a la ilicitud de su origen; ello, por no mencionar el defectuoso sistema de recursos -si es que puede reconocerse que alguno cabe- frente a la decisión de inadmitir la prueba²⁰⁷² que presenta el ordenamiento procesal español.

4.2.1.1. Ausencia de un trámite procesal específico para la alegación y declaración de la ilicitud probatoria.

No existe, en verdad, en la LECrim un concreto trámite que permita a las partes la alegación de la ilegitimidad o ilicitud de las fuentes de prueba y que, en consecuencia, obligue al Juez a pronunciarse acerca de la misma una vez apreciadas las circunstancias que rodearon su obtención²⁰⁷³, de suerte que su decisión viene incluida en la resolución con la que pone fin al juicio²⁰⁷⁴. De enterderla ilícita, el órgano jurisdiccional habrá en

²⁰⁷² La doctrina, y en particular GONZÁLEZ MONTES, insta al legislador a arbitrar un concreto medio de impugnación frente a la admisión por el órgano jurisdiccional de un medio de prueba ilícito. Vid. "La prueba obtenida ilícitamente ...", op. cit., pág. 41. Asimismo, en opinión de DE LA OLIVA con la que coincide plenamente TOMÉ GARCÍA "es insostenible la regla general que impide todo recurso contra la resolución que admite el medio de prueba". "Derecho procesal penal", op. cit., pág. 519.

²⁰⁷³ En la norma procesal civil de 1881 asimismo se detecta un vacío en cuanto al problema planteado por la ilicitud de la prueba que ha llevado a la doctrina a denunciar durante años la necesidad de arbitrar un instrumento que permita declarar jurisdiccionalmente la inadmisibilidad o falta de eficacia de la misma en el momento oportuno. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., con FERNÁNDEZ, MA., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, ed. de 1992, pág. 283 y DÍAZ CABIALE, JA., "Admisión y práctica de la prueba ...", op. cit., págs. 178 y 179.

Esta ausencia se ve en cierto modo suplida en la nueva Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil a partir de la previsión que se contiene en el art. 287 bajo el título "Ilicitud de la prueba". El precepto es expreso al manifestar que "cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales, habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

Y asimismo expresa que, "contra la resolución a que se refiere el apartado anterior solo cabrá recurso de reposición que se interpondrá, substanciará y resolverá en el mismo acto del juicio de la vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva".

²⁰⁷⁴ Según ha manifestado el alto TS -en especial en SsTS de 6 de marzo de 1995 y de 26 de febrero de 1996- el hecho de que la ilicitud de la prueba se resuelva en la sentencia, no es una irregularidad

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ella de declarar que la fuente y el medio de prueba no pueden ser tenidos en cuenta en orden a formar su convicción²⁰⁷⁵.

El mismo TS es consciente de la necesidad "en algunos casos, de una decisión previa sobre la validez de las pruebas, con objeto de delimitar el ámbito del debate contradictorio y delimitar el contenido del material probatorio, evitando la interferencia de pruebas ilícitas o nulas en el curso de la práctica de aquellas que no están afectadas por ningún estigma legal²⁰⁷⁶", y es por ello que entiende preciso que "se regule de manera expresa este trámite procesal, porque resulta absurdo que una prueba obtenida de manera ilícita o con vulneración de derechos fundamentales, permanezca inmune a toda posibilidad anulatoria produciendo efectos indeseables y perjudiciales como el de obligar al acusado a concurrir a la apertura del juicio²⁰⁷⁷.

Únicamente en el ámbito del procedimiento abreviado, y en un momento anterior a la iniciación del juicio oral, donde parece hallarse espacio a un pronunciamiento del órgano jurisdiccional acerca de la ilicitud o ilegitimidad de la fuente de prueba, trámite, que no es otro que la audiencia previa prevista en el art. 793.2º LECrim, donde debe el Juez decidir acerca de la vulneración de Derechos Fundamentales, con la ventaja de resolver en el mismo el acto "lo que proceda"²⁰⁷⁸.

Pero, lo cierto es que a pesar de declarar abiertamente la adecuación de este trámite, que evita "enturbiar, a veces gravemente, el posterior desarrollo del proceso"²⁰⁷⁹, son contadas las ocasiones en que el órgano jurisdiccional se ha pronunciado en ese

procesal ni causa indefensión al acusado. En la misma línea, pueden verse las SsTC 114/1984; 107/1985; 64/1986; 80/1991; 85/1994; 181/1995; 49/1996; 81/1998 Y 49/1999

²⁰⁷⁵ MONTERO AROCA, J., "La prueba en el proceso civil", op. cit., pág. 83.

²⁰⁷⁶ STS de 27 de junio de 1994, FJ 1º.

²⁰⁷⁷ Vid. la STS de 7 de junio de 1997.

²⁰⁷⁸ En este sentido insta la FGE a actuar a los Fiscales en el marco de procesos penales en los que se hubiere acordado la intervención de las comunicaciones telefónicas del imputado. Vid. Circular FGE 1/2000, de 29 de diciembre, "Rev. AP", 2000, núm. 12, pág. 553.

²⁰⁷⁹ ATS de 3 de febrero de 1993, FJ 3º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

instante procesal acerca de la ilicitud probatoria e, incluso en éstas, como acertadamente advierte MONTERO²⁰⁸⁰, procediendo *contra natura* al diferir la decisión acerca de la cuestión planteada y formular su solución en una resolución escrita posterior²⁰⁸¹.

En verdad, si se tiene presente que oralidad y concentración son principios que han de informar la "audiencia saneadora", dicha práctica no puede sino merecer nuestra crítica, por entender, que debiera ser al fin de la comparecencia cuando el Juez se pronuncie acerca de la licitud o no de la prueba, por razón de su obtención o no previa vulneración de un derecho fundamental.

En consecuencia, no falta razón a MARCHENA²⁰⁸² cuando, tras afirmar la necesidad de potenciar el que denomina "principio de saneamiento en el proceso, advierte de la necesidad de "impedir resoluciones que de haber sido coetáneas al derecho fundamental, cuando éste fue denunciada, habrían permitido un efecto purificador del procedimiento investigador ahorrando gravosas medidas cautelares, encauzando la investigación con medios procesales idóneos y, lo que no es menos importante -como bien se señala- fomentando el rechazo, minando la confianza social en el proceso.

La duda que inevitablemente se plantea es la relativa a la posibilidad o no de impugnar la resolución que decide la admisión o inadmisión de la prueba propuesta, para la que no es fácil hallar pronta respuesta. En principio, y siguiendo a MORENO CATENA²⁰⁸³, puede afirmarse la inexistencia de un recurso específico contra la misma

²⁰⁸⁰ "Las intervenciones de las comunicaciones ...", op. cit., pág. 320.

²⁰⁸¹ Véase al respecto ATS de 18 de junio de 1992. Esta doctrina encuentra asimismo apoyo en la resolución emitida por el TSJ Comunidad Autónoma Valenciana, de 10 de junio de 1991 y en las SsTS de 18 de octubre de 1993 y de 6 de marzo de 1995.

Una interpretación distinta -que afirma la posibilidad e, incluso, la conveniencia de aplazar la decisión a una resolución escrita y motivada emitida con posterioridad- parece apreciarse en las SsTS de 3 de febrero de 1998 (FJ 3º), de 25 de enero de 1997, de 3 de abril de 1996 (FJ 2º), de 26 de febrero de 1996, (FJ 1º), de 7 de abril de 1995, de 23 de diciembre de 1994, de 27 de junio de 1994 (FJ 1º); de 31 de mayo de 1994 (FJ 6º), de 4 de febrero de 1994 (FJ 1º) y de 18 de octubre de 1993 (FJ 3º), entre otras.

²⁰⁸² "La injerencia de la Administración Penitenciaria ...", op. cit., pág. 288.

²⁰⁸³ Vid. MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", op. cit., pág. 2295.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

distinto del que pueda interponerse frente a la sentencia; sin embargo, si se tiene presente que la resolución en la que se decide la admisión o inadmisión de la prueba adopta forma de auto, parece posible su impugnación a través de los recursos de reforma y queja ante el Juez de lo Penal, o de súplica ante la Audiencia Provincial²⁰⁸⁴.

En el marco del proceso ordinario, en cambio, como explícitamente han manifestado nuestros jueces, "no está prevista una audiencia preliminar que pueda sanar y expulsar del procedimiento aquellas pruebas que hayan sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, todas las que de aquélla traigan causa u origen", cuando además parece rechazarse la aplicación analógica de la audiencia preliminar en este otro marco procedimental²⁰⁸⁵.

En este punto, sin embargo, la opinión de la FGE que refleja la Circular 1/2000, de 29 de diciembre sobre intervenciones telefónicas, parece distinta; según lo en ella afirmado, es cierto que "no ha quedado jurisprudencialmente resuelta la duda acerca de si un trámite similar (...) es posible en el marco del proceso ordinario, pero parece haber quedado abierta la puerta a una declaración de nulidad *ad limine litis*, ya por aplicación analógica del art. 793. 2 LECrim (aunque en principio este es aplicable solo al procedimiento abreviado, nada parece impedir la posibilidad de plantear un incidente de nulidad ex. art. 240.2º LOPJ), ya sea en virtud del planteamiento de cuestiones previas

²⁰⁸⁴ En este punto, opina ORTELLS RAMOS -una vez afirma la necesidad de rechazar de oficio "la eficacia de estas pruebas ilícitas"- que ha de poder recurrirse su admisión. Entiende el autor que el 793.2º LECrim establece un cauce adecuado para el rechazo de la mismas y, en cualquier caso, si la prueba hubiere llegado a influir en la sentencia, nada obsta a su impugnación a través del recurso de apelación. Mayor dificultad aprecia, en cambio, a la hora de encauzar la ilicitud probatoria como motivo de casación de la sentencia aunque, a su juicio, no admite dudas la posibilidad de interponer recurso de amparo frente a dicha resolución, desde el momento en que las mencionadas pruebas infringen los derechos a un proceso con todas las garantías, a la igualdad de partes procesales y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa que, como fundamentales de la persona, consagra la Norma Suprema del ordenamiento. Vid. ORTELLS RAMOS, M., (et. alt.), *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, 6ª ed. 1997, págs. 270 y 271.

²⁰⁸⁵ Vid. SsTS de 6 de octubre de 1995, FJ 8º y de 24 de octubre de 1994, FJ 3º.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

por motivos distintos a los previstos en el art. 666 LECrim, como artículo de previo pronunciamiento al inicio de las sesiones del juicio oral²⁰⁸⁶.

Por su parte, la doctrina científica mayoritaria no parece entender cauce adecuado a la solicitud de nulidad y declaración de ilicitud de la prueba, la vía de los artículos de previo pronunciamiento prevista en nuestra LECrim²⁰⁸⁷.

Ante tan confuso panorama, no puede sino reclamarse del legislador futuro la previsión de un concreto trámite en el que, de forma contradictoria, pueda ser resuelta la cuestión relativa a la ilicitud de la prueba; ello, ante lo absurdo que resulta el "que una prueba obtenida de manera ilícita o con vulneración de derechos fundamentales, permanezca inmune a toda posibilidad anulatoria produciendo efectos indeseables y perjudiciales (...)"²⁰⁸⁸.

En el procedimiento que se celebra ante el Tribunal de Jurado, sí parece advertirse la existencia de un trámite específico para la puesta de manifiesto de la ilicitud de la fuente probatoria que pretende incorporarse a juicio, cual es, el planteamiento como cuestión previa en el momento de personación de las partes ante el Magistrado-Presidente²⁰⁸⁹ al que se refiere el art. 36 LOTJ, de la vulneración del derecho

²⁰⁸⁶ Vid. Circular 1/2000, de 29 de diciembre, "Rev. Actualidad Penal", 2000, núm. 12, pág. 553.

²⁰⁸⁷ ORTELLS RAMOS, M., "Derecho jurisdiccional", Tomo III, 6º ed., Valencia, 1997, pág. 270; TOMÉ GARCÍA, JA., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., ed. 1999, pág. 519. Véase asimismo la STS de 14 de junio de 1995, FJ 2º.

²⁰⁸⁸ Vid. STS 7 de junio de 1997. En opinión de MARCHENA GÓMEZ, debiera arbitrarse un espacio procesal previo a la práctica de la prueba donde el órgano judicial se pronuncie sobre estas cuestiones y al efecto de decidir acerca de su admisión, "La injerencia de la Administración ...", op. cit., pág. 288.

²⁰⁸⁹ En efecto, según se deduce de lo expresado en el Auto TSJ de 27 de mayo de 1997, el planteamiento de esta cuestión previa resulta el momento adecuado para alegar lo oportuno acerca la ilicitud de los medios de prueba, interesando su nulidad. De ser estimada la cuestión, y si la vulneración alegada provocara indefensión, las actuaciones correspondientes no podrán surtir efectos en el proceso ni ser consideradas como prueba válida, en atención a lo dispuesto en el art. 11.1º LOPJ, en relación con el art. 54.3º LOTJ; e, incluso, podría proceder una retroacción del procedimiento si los actos anulados fueran esenciales, con la consiguiente reproducción de actuaciones procesales. Sobre el particular puede verse NOYA FERREIRO, MªL., "La intervención de comunicaciones directas ...", op. cit., pág. 344 y, asimismo, SALOM ESCRIVÁ, JS., (et. alt.), "Comentarios a la Ley de Jurado", (coord. MONTERO AROCA, J., y GÓMEZ COLOMER, JL.), op. cit., págs. 611 y 612.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

fundamental que la origina, así como a partir de la posibilidad que a la parte se concede en este trámite de impugnar los medios de prueba propuestos por las demás partes²⁰⁹⁰.

Nada impediría sin embargo, como con acierto sostiene MIRANDA ESTRAMPES²⁰⁹¹, que las partes denunciaran la ilicitud de las pruebas con anterioridad al planteamiento de las cuestiones previas aludidas en aquél precepto y, por qué no, en la comparecencia prevista en el art. 25 LOTJ al interesar el sobreseimiento de la causa por razón de la falta de base suficiente a la imputación.

En cualquier caso, según la doctrina viene afirmando²⁰⁹², el Magistrado Presidente no queda vinculado por una resolución anterior del Juez de instrucción, acerca de la licitud o ilicitud de la prueba en el juicio oral; y asimismo se sostiene que, de conocerla, debiera este último declarar la ilicitud probatoria con carácter previo al inicio del juicio a presenciar por el Jurado, en evitación de las disfunciones que su declaración posterior pueda generar y, en particular, los vicios en el ánimo de sus miembros.

A nadie se le escapa que, en definitiva, el único modo de asegurar la ineficacia de las pruebas ilícitas -garantizar, pues, que "no surtirán efectos"- es evitar que las mismas sean incorporadas al proceso y que lleguen a conocimiento del Juez que ha de proceder a la valoración del material probatorio²⁰⁹³. Pero, en cualquier caso, el planteamiento y decisión por el Juez acerca de la ilicitud de la prueba con carácter previo al inicio del juicio oral, no evita el indeseable influjo psicológico que su conocimiento genera en el ánimo del juzgador.

²⁰⁹⁰ Vid. Art. 36.1 b) y e) de la LOTJ, en relación a lo que establecen los artículos 668 a 677 de la LECrim. Contra la decisión en forma de auto del Magistrado, puede interponerse el recurso de apelación y casación ante la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ.

²⁰⁹¹ "El concepto de prueba ...", op. cit., pág. 141.

²⁰⁹² MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", op. cit., pág. 2295.

²⁰⁹³ MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ...", op. cit., pág. 97.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En verdad, el riesgo de influencia es enorme con ocasión de la discusión que se plantea en el seno de la "audiencia saneadora" del procedimiento abreviado, toda vez que la misma se celebra ante el mismo órgano enjuiciador que, a los efectos de emitir su decisión en un sentido u otro, ha tenido contacto y conocido el contenido del elemento probatorio cuya licitud se hallaba en cuestión.

Aunque no desaparece del todo, el peligro se atenúa en el marco del procedimiento que arbitra la Ley 5/1995 del Tribunal de Jurado, toda vez que su planteamiento y la decisión que al respecto corresponde al Magistrado-Presidente, precede a la constitución del Jurado y asimismo al momento de admisión, para su práctica, de las pruebas propuestas.

Como cautela, en efecto, el art. 54.3º LOTJ ordena al Magistrado-presidente cuidar de "no hacer alusión alguna a su opinión sobre el resultado probatorio, pero sí sobre la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él"²⁰⁹⁴. De resultar la ilicitud de la prueba propuesta y, en consecuencia, resolverse su inadmisión, ninguno de los miembros del Tribunal ha de tomar contacto con la misma en el intento de evitar toda influencia de su contenido a la hora de emitir el veredicto de inocencia o culpabilidad.

En cualquier caso, esta sola advertencia difícilmente consigue eliminar la influencia en la conciencia de quien de algún modo haya conocido el resultado de la práctica de una diligencia probatoria más tarde declarada ilícita²⁰⁹⁵ o que, abierto el juicio oral, presencia la práctica de una prueba de origen ilícito. Esto último, ya sea el órgano jurisdiccional -de quien se pretende la recusación y sustitución- ya sean los

²⁰⁹⁴ Con acierto señala la doctrina que "tal advertencia parece irreal de cara a un Jurado" al que inevitablemente influirá siempre, en mayor o menor medida, una prueba nula o ilícita practicada en su presencia. Vid. PONZ MONDEDEU, EV., (et. alt.), "Comentarios a la Ley del Jurado", op. cit., 771.

²⁰⁹⁵ "¿Cómo hacer oídos sordos y actuar de espaldas a un medio de prueba, aunque obtenido ilícitamente?", se pregunta AROZAMENA LASO, C., en "Consideraciones generales sobre la prueba ilícita", op. cit., marg. 86.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

integrantes del Tribunal de Jurado, ante los que habría de celebrarse nuevamente la fase probatoria.

En efecto, no es tarea fácil evitar el influjo de una prueba ilícita, sobre el órgano jurisdiccional, especialmente cuando la misma arroja datos claramente incriminatorios en contra del imputado. Es más, en ocasiones, el impacto psicológico que genera resulta de complicada detección, en particular, si el mismo influye en el ánimo del juzgador a modo de contraste o contrarrestando el valor que habría de otorgar a otras pruebas.

Esta amenaza a la imparcialidad del juzgador hace preciso el arbitrio de una solución que acompañe a la declaración de ineficacia probatoria y que, en opinión de un amplio sector doctrinal²⁰⁹⁶, pasa por la separación del Juez o los distintos miembros del Jurado que hubieren tomado contacto con la prueba ilícita²⁰⁹⁷.

En verdad, no parece bastante la sola expulsión física del material obtenido ilícitamente²⁰⁹⁸ y que no ha de surtir efectos en el proceso, siendo conveniente la abstención del órgano jurisdiccional que hubiera tenido conocimiento del mismo o el

²⁰⁹⁶ ASENCIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 86; CORBAL FERNÁNDEZ, JE., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, en "La prueba en el proceso civil", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 172 y 173; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales ...", op. cit., pág. 334; LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 131; MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ...", op. cit., pág. 105; NOYA FERREIRO, M^aL., "La intervención de comunicaciones directas ...", op. cit., págs. 291 y 345; PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso ...", op. cit., págs. 365 y 366.

²⁰⁹⁷ Así pues, no falta razón a TROCKER cuando afirma que "el Juez que conoce el hecho a través de una prueba ilícita es un Juez sospechoso, y habría de abstenerse de juzgar o, en otro caso, quedaría a las partes la facultad de recusarlo". TROCKER, N., *Proceso Civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, pág. 634, citado por PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba ...", op. cit., pág. 347.

²⁰⁹⁸ SERRA DOMINGUEZ, M., *Contribución al estudio de la prueba*, "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1984, pág. 355 y ss. y, asimismo, "Comentarios a la ...", op. cit., págs. 91 y 103. En relación con el material probatorio de origen ilícito, advierte el autor de la necesidad de "no dejar constancia en los autos" y de su devolución a la parte (...). En favor, no sólo de su expulsión del proceso sino de su total destrucción y desaparición física, se ha pronunciado igualmente VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias ...", op., cit., marg. 267.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

reconocimiento a las partes de la facultad de formular su recusación²⁰⁹⁹. A esto último no es obstáculo la falta en el listado de causas en las que puede fundarse la exclusión del juzgador -en principio taxativo²¹⁰⁰- si se admite una interpretación analógica del art. 219. 10º LOPJ²¹⁰¹.

Entre otros, es SENTÍS MELENDO²¹⁰² quien propone, no sólo anular todo lo actuado, sino proceder a la recusación del órgano jurisdiccional interviniente al efecto de posibilitar a quien le sustituya "juzgar con absoluta imparcialidad", por no conocer los elementos probatorios viciados.

4.2.1.2. Dificil equiparación de las notas de ilicitud e impertinencia como causa de inadmisión probatoria.

Ciertamente, a la parte interesa y debiera el Juez impedir la incorporación al debate de la fuente de prueba ilícita declarando su inadmisión; sucede, sin embargo, que la ilicitud probatoria no viene reconocida en la LECrim como posible causa de rechazo. La admisión como prueba para su práctica del resultado de la intervención, viene

²⁰⁹⁹ Contrario a esta solución parece, en cambio, PICÓ I JUNOY por temor a que la recusación del Juez se convierta en una práctica dilatoria. A su juicio, basta como mecanismo de garantía frente al influjo de la prueba ilícita sobre la imparcialidad del juzgador, la necesidad de que éste último dé a conocer -en la motivación de su resolución- los extremos de la valoración probatoria que efectúa y en los que funda el sentido de su decisión. Asimismo, la posibilidad de control por el órgano jurisdiccional *ad quem*, en vía de recurso garantizan, en su opinión sobradamente, la ineficacia de la prueba ilícita. Vid. "El derecho a la prueba ...", op. cit., pág. 349. Parecido criterio sostiene FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Prueba ilegítimamente obtenida", op. cit., pág. 1203 y, asimismo, en "Las reglas del juego ...", op. cit., 160 y 161.

²¹⁰⁰ Esta es la propuesta, en particular, de PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso ...", op. cit., págs. 365 y 366. Y, entre otros, aboga PICÓ I JUNOY por una interpretación teleológica y flexible de las causas de abstención y recusación -que en absoluto implica destruir la taxatividad de las expresamente previstas- que de cabida a toda circunstancia que pueda afectar a la imparcialidad judicial que trata de protegerse; sin embargo, entiende el autor inconveniente la recusación del juzgador que toma contacto con la prueba ilícita, ante el temor del empleo de esta vía con fines meramente dilatorios. Vid. *La imparcialidad objetiva del Juez a examen*, "Rev. La Ley", 1998, núm. 1, págs. 2004 y 2005.

²¹⁰¹ En este punto señala el precepto como causa de abstención-recusación judicial, el "haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia".

²¹⁰² "La prueba en el proceso penal", op. cit., págs. 228 y 229.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

condicionada a su "pertinencia"²¹⁰³ y, en este sentido, parece obligado afirmar la impertinencia de aquella de origen ilícito²¹⁰⁴.

En estos términos se ha pronunciado el TC -en su STC 114/1984, de 29 de noviembre- a cuyo juicio, al contenido técnico-procesal del concepto de "medio de prueba pertinente" se incorpora un contenido de carácter marcadamente material o sustantivo "en mérito al cual, nunca podrá entenderse "pertinente" un medio de prueba así obtenido".

La doctrina²¹⁰⁵, sin embargo, encuentra forzada la equiparación de los términos "impertinencia" e "ilicitud", a no ser que se acepte una clara desnaturalización del primero²¹⁰⁶.

²¹⁰³ En efecto, según ha expresado el alto TS, "el derecho a la prueba no es un derecho incondicional y absoluto, sino modulado por la pertinencia y la necesidad". Vid. STS de 4 de marzo de 1996).

²¹⁰⁴ En la doctrina jurisprudencial no han faltado, en verdad, referencias acerca de la inclusión de la nota de licitud en el concepto de pertinencia. (Vid. STC 114/1984, de 29 de noviembre, y, asimismo, la STS de 29 de enero de 1991); sin embargo, el mismo TS ha abierto paso a la distinción entre las nociones de ilicitud e impertinencia de la prueba en algunos de sus pronunciamientos de entre los que, en particular, puede nombrarse la STS de 7 de febrero de 1992 (FJ 1º).

²¹⁰⁵ LANDETE ÁLVAREZ, J., *El proceso debido y la nulidad de la prueba ilícita*, "Rev. Ilustre Colegio de Abogados de Alicante", 1991, pág. 31. En opinión de PICÓ I JUNOY, el hecho de que uno y otro de los caracteres de la prueba produzcan una consecuencia idéntica -la inadmisión- no debe llevar al extremo de confundirlas. Vid. "El derecho a la prueba ...", op. cit., págs. 53, 286 y 323. Favorable a una equiparación, sin reservas, se muestra sin embargo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., págs. 134 y 135.

²¹⁰⁶ Este último, según el criterio doctrinal y jurisprudencial mayoritario, obliga a atender a una triple exigencia. En esencia, se impone como presupuesto elemental que el hecho que está en su base y ha de ser objeto de prueba, no sea "ajeno al proceso"; en este sentido, ha de entenderse impertinente y debe ser rechazada la prueba que no tenga conexión ni enlace con los hechos fundamentales del pleito. Vid. GESTO ALONSO, B., *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Pamplona, 1991, págs. 44 a 56 (sobre la base de lo expresado en las SsTS de 5 de marzo de 1982 y de 26 de noviembre de 1984) y, asimismo, MONTERO AROCA, J., "La prueba en el proceso civil", op. cit., págs. 77 y 78. Además, se impone como requisito inexcusable la "discrepancia del hecho", unido a la exigencia de que el mismo influya de forma decisiva en resolución del juicio. A nadie se le escapa, sin embargo, la dificultad a la que el juzgador se enfrenta para, en el momento de seleccionar las pruebas, apreciar *a priori* su trascendencia; de ahí que esta última exigencia haya de entenderse como la necesidad de que la prueba sea relevante, esencial o trascendental en el resultado. Sobre el particular puede verse CALAMANDREI, P., *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pág. 329.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

Ello revela la conveniencia de que en la futura reforma procesal penal el legislador permita a las partes la alegación, y también al Juez de oficio, la declaración de la ineficacia de la prueba manifiestamente obtenida de forma ilícita en el momento en que se conozca dicho defecto y, asimismo, arbitre un trámite contradictorio adecuado en el que pueda debatirse acerca de esta cuestión y, llegado el momento de decidir acerca de la admisión o no de la prueba²¹⁰⁷, pueda hallarse vía abierta a la negativa a su incorporación al juicio a partir de una causa de inadmisión, distinta de la relativa a su pertinencia y la que representa el art. 11.1 LOPJ, específicamente referida a la ilicitud del elemento probatorio²¹⁰⁸.

En definitiva, ha de tratarse de impedir la entrada y el contacto del juzgador con el resultado de una prueba que, aun cuando por ser ilícita no puede generar efecto alguno en el proceso, provoca inevitablemente su influjo en la conciencia del juzgador, que no debió siquiera tomar contacto con la misma y conocer su contenido²¹⁰⁹.

En cualquier caso, no cabe duda de que, afirmada la ilicitud del elemento probatorio, no puede el mismo ser tenido en consideración por el órgano jurisdiccional a los efectos de su valoración para servir de fundamento a su sentencia.

²¹⁰⁷ La falta de recurso frente a la admisión por el Juez de la prueba que se entiende ilícita obliga a servirse, como única vía, del recurso de casación frente a la sentencia (art. 659.4º LECrim) previa oportuna protesta. En el marco del procedimiento abreviado, sin embargo, si resultara inadmitido un medio de prueba puede la parte reiterar su solicitud al inicio del juicio oral; y frente a la admisión de la prueba que se entienda ilícita, aunque nada se dice, cabe al parecer la interposición de un recurso de reforma ante el Juez de lo penal y de súplica ante la AP. En el juicio de faltas parece sólo posible la impugnación de la sentencia emitida a través de la interposición del recurso de apelación de la sentencia.

²¹⁰⁸ Por esta reforma aboga, entre otros, MIRANDA ESTRAMPES a cuyo juicio, aunque coincidentes en la consecuencia de su inadmisión, la impertinencia o ilicitud que pueda apreciarse en la prueba, en realidad, obedece a causas distintas y, en consecuencia, el carácter ilícito de la prueba propuesta debiera verse consagrado en nuestro proceso como causa autónoma de inadmisión. Vid. "El concepto de prueba ...", op. cit., págs. 96 y 97.

²¹⁰⁹ Esto último nos reafirma en la opinión antes expuesta acerca de la necesaria separación de dicho órgano jurisdiccional del conocimiento del asunto. Vid. infra, epígrafe 4.2.1.1.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

4.2.2. LA IMPOSIBILIDAD DE VALORACIÓN DEL RESULTADO PROBATORIO.

De no haber sido evitada, la entrada en el proceso del resultado de la intervención de las comunicaciones habidas con el Abogado defensor, la segunda de las consecuencias derivadas de la ilegitimidad de su obtención no puede ser otra que su imposible valoración por el órgano jurisdiccional²¹¹⁰. El acuerdo y práctica de la medida sin los requisitos y prevenciones constitucionales y legales se traduce en una nulidad de las actuaciones²¹¹¹ y, en consecuencia, en su ineficacia para destruir la presunción de inocencia impidiendo al Juez apoyar en ella el fallo condenatorio²¹¹².

Así pues, en el momento de emitir la sentencia, la prueba que resulte ilícita se ha de tener como no admitida ni practicada²¹¹³ y su resultado no podrá nunca ser tenido en consideración por quien haya de pronunciarla²¹¹⁴. El objeto de la prueba y toda

²¹¹⁰ KLEINKNECHT, T., *Die Beweisverbote im Strafprozess*, "Rev. NJW", 1966, pág. 1540. En este mismo sentido, precisa ILLUMINATI que "la inutilizzabilità" de la intervención impide que pueda servir al Juez de base sobre la que apoyar su decisión, o asimismo fundamentar en sus resultados la motivación de cualquiera otra resolución. "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 144.

²¹¹¹ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Nulidad de las fuentes ...", op. cit., pág. 29. Según palabras del autor, la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental ha de entenderse radicalmente nula y, por tanto, carente de eficacia en el proceso.

²¹¹² Como acertadamente señala SENTÍS MELENDO, cuando los medios de prueba no son ilícitos no deben ser admitidos y, en caso de haberlo sido, no han de ser tenidos en cuenta. "La prueba en el proceso", op. cit., pág. 70.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Nulidad de las fuentes ...", op. cit., pág. 29.

²¹¹³ BARONA VILAR, S., "Derecho Jurisdiccional", Tomo III, op. cit., pág. 295; GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., pág. 637.

²¹¹⁴ Según expresamente se declara en la Circular FGE 1/1999, de 29 de diciembre -en la que se contienen ciertas directrices de actuación de los Fiscales intervinientes en un proceso penal en el que tenga lugar intervenciones telefónicas- si la fuente de prueba "se obtuvo viciadamente y tales vicios fueren insubsanables -lo que sucederá siempre que la ilegalidad se sitúe en el plano de la constitucionalidad- no deberán acceder al proceso esas conversaciones, ni su transcripción, ni las cintas originales y tampoco las pruebas derivadas con conexión de antijuridicidad". Vid. "Rev. Actualidad Penal", 2000, núm. 12., pág. 553.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

información relacionada con él obtenida ilícitamente queda sustraído del conocimiento del juzgador a quien resulta vedada su valoración²¹¹⁵.

Si, como bien advierte MIRANDA, la característica esencial de la que se entienda como prueba ilícita no es otra que su invalidez e ineficacia probatoria, ello no puede sino traducirse en la prohibición de valorarla "para construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria²¹¹⁶".

Es clara en este sentido la referencia que se contiene en el art. 54.3º LOTJ en el que se expresa la necesidad de que el Magistrado-Presidente advierta a los miembros del Tribunal, de no tomar en consideración el resultado de aquellas pruebas cuya ilicitud hubiera sido por él declarada.

Pero, si cierto es que el acuerdo y práctica de la medida sin que concurren las garantías que la legitiman, determina su nulidad y carencia de efectos probatorios, no lo es menos que, si dicha inobservancia entraña la vulneración de uno de los derechos que se reconocen como fundamentales, la nulidad resultante además se extiende a las pruebas que derivan directa o indirectamente de aquella²¹¹⁷.

4.2.2.1. Sobre el alcance de la prohibición de valoración.

Es incuestionable, en efecto, la ineficacia de la fuente de prueba obtenida a partir de la vulneración del derecho fundamental²¹¹⁸, pero no lo es tanto el alcance de la nulidad que de este modo se origina.

²¹¹⁵ GIMENO SENDRA, V., "Las intervenciones telefónicas en la ...", op. cit., pág. 1, publicado asimismo en "Rev. Estudios de Jurisprudencia", 1994, núm. 12, pág. 15.

²¹¹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M., "El concepto de prueba ...", op. cit., pág. 100.

²¹¹⁷ RIVES SEVA, AP., *La prueba en el proceso penal. La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Pamplona, 1996, pág. 270.

²¹¹⁸ Según se desprende de lo expresado por la STS de 15 de julio de 1993, si la fuente de prueba "adolece de toda garantía y como "prohibida" o, mejor, "ilícitamente obtenida" contrariando los derechos fundamentales, según el art. 11.1º de la LOPJ ha de reputarse nula con carencia de efectos probatorios". En la misma línea, pueden verse las SsTS de 4 de marzo de 1995 (FJ 5º), de 24 de

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En este punto, la duda que se plantea y conviene resolver es si la misma afecta al resultado directamente obtenido a partir de la conculcación del derecho fundamental o se extiende, como así parece desprenderse de lo expresado por el art. 11.1º LOPJ, a aquellos otros elementos probatorios que traigan su causa de esta otra anterior y carente de eficacia²¹¹⁹. No se olvide asimismo que, la precisión de los límites a los que alcanza la imposibilidad de valoración es presupuesto ineludible para, a la vista de la conculcación del derecho que tiene lugar, entender o no infringida la presunción de inocencia desvirtuada en la sentencia²¹²⁰.

En el supuesto que se plantea, y por razón de su naturaleza de acto de investigación directo y que abre paso a la práctica de otros actos de investigación y adquisición de elementos probatorios²¹²¹, ha de averiguarse si además de la imposible utilización del contenido de la comunicación imputado-defensor, o de las celebradas por éste en desarrollo de la labor de defensa jurídica, queda viciada de nulidad toda diligencia de investigación practicada en virtud de informaciones adquiridas a resultas de la intervención manifiestamente ilegítima²¹²².

enero de 1995 (FJ 9º), de 27 de junio de 1994 (FJ 1º), de 18 de enero de 1994 (FJ 1º) de 16 de julio de 1993 (FJ3º) y el ATS de 18 de junio de 1992.

²¹¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., págs. 146 a 148.

²¹²⁰ GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Los Procesos Penales ...", op. cit., pág. 419. En este punto, con acierto declaraba nuestro TC -en STC 55/1982, de 26 de julio- que, "para condenar, hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba que ha llegado con las debidas garantías al proceso" y, según el mismo Tribunal en fechas más cercanas señalaba "(...), "únicamente si la condena ha sido fundada o se apoya en una de tales pruebas"; si, en cambio, "puede hacerse sobre la base de otras pruebas válidas e independientes, puede suceder que habiéndose vulnerado un derecho al proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte afectada". Vid. la STC 40/1999, (FJ 3º).

²¹²¹ DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M^ªL., "Escuchas telefónicas: planteamiento ...", op. cit., pág. 1720; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Nulidad de las fuentes ...", op. cit., pág. 29; VELASCO NUÑEZ, E., "Presencias y ausencias ...", op. cit. margs. 260 y 261.

²¹²² No se olvide que de los resultados que la medida arroje depende el curso de ulteriores actuaciones del órgano jurisdiccional encargado de la instrucción, a quien marca los pasos a seguir en el desarrollo de las investigaciones. Las diligencias que éste acuerda, con frecuencia, traen causa de la inicial injerencia sobre el derecho que puede, por las razones expuestas, devenir nula. En opinión de MARTÍN PALLÍN puede afirmarse la nulidad e ineficacia de las pruebas derivadas o encadenadas a las fuentes originarias. Vid. "Escuchas telefónicas", op. cit., pág., 394.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En definitiva, se trata de examinar "si los elementos de prueba en los que basa el juzgador su convicción acerca de la culpabilidad" (...) del sujeto afectado "pueden ser tenidos en cuenta por ser jurídicamente independientes de la intervención telefónica declarada contraria al derecho al secreto de las comunicaciones"²¹²³. Como de inmediato se conocerá, de existir pruebas constitucionalmente inválidas y otras desligadas de ellas, puede afirmarse que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías pero no en todo caso la presunción de inocencia²¹²⁴.

Esto último, entra de lleno en la cuestión nunca definitivamente resuelta acerca de la admisión en nuestro proceso, junto a la teoría directa²¹²⁵, de la teoría refleja o indirecta de la prueba prohibida a la que, aunque sin demasiada contundencia²¹²⁶, parecen haber dado entrada nuestros Tribunales Constitucional y Supremo²¹²⁷.

Lo cierto es que, a nivel doctrinal, no es clara la consideración de que el precepto aludido incluya un reconocimiento de los llamados "efectos reflejos"²¹²⁸ de la

²¹²³ STC 81/1988, de 2 de abril.

²¹²⁴ Vid. MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal ...", op. cit., pág. 2304.

²¹²⁵ Este efecto derivado de la prueba prohibida se consagra por vez primera en la STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 4ª) que, en realidad, sienta las bases para la entrada de esta teoría en el marco de nuestro proceso. En ella, el TC expresamente declaraba "la nulidad radical de todo acto atentatorio a los derechos fundamentales" y, años más tarde, en parecidos términos en la STC 85/1994, de 14 de marzo (FJ 4º).

²¹²⁶ Aunque oscilante en sus resoluciones, el TS ha mostrado su inclinación por la limitación de los efectos la prueba prohibida y la sujeción a las pautas de la teoría directa, entre otras, en sus SsTS 22 de octubre de 1993, 15 de julio de 1993, 7 de mayo de 1993, de 30 de abril de 1993, de 5 de abril y 17 de marzo de 1993, de 9 de octubre de 1992 y de 31 de octubre de 1990.

²¹²⁷ El alto TS da acogida a la teoría indirecta o refleja de la prueba prohibida en diferentes sentencias, de las que merecen ser mencionadas las SsTS de 28 de enero de 1998, de 23 de septiembre de 1997, de 17 de julio de 1997, 26 de mayo de 1997, 17 de abril de 1997, 25 de junio de 1993, 29 de junio, 1993, de 7 de febrero de 1992, y el ATS 18 de junio de 1992.

Por su parte, el STC la incorpora, entre otras, en las SsTC 49/1996, de 26 de marzo y 85/1994, de 14 de marzo, cuando expresa que "todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria" y, asimismo, en SsTC 54/1996, de 26 de marzo, 81/1998, de 2 de abril, 121/1998, de 15 de junio, 151/1998, de 13 de julio.

²¹²⁸ De esta opinión, GIMENO SENDRA, V., "Los procesos penales", (et. alt.), op. cit., Tomo IV, pág. 420 y MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", op. cit., pág. 2292.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

prueba obtenida mediante vulneración de un derecho fundamental²¹²⁹. Según ha constatado GIMENO SENDRA, el temor de ver frustrada la realización del "ius puniendi" estatal es la razón fundamental del rechazo, tanto por nuestros jueces cuanto por la más reconocida doctrina científica, hacia la instauración con vocación de generalidad de esta teoría y, en consecuencia, de la negativa a admitir su aplicación en la valoración de toda diligencia probatoria²¹³⁰.

A nuestro parecer, sin embargo, ha de admitirse que la ilicitud del elemento probatorio obtenido previa conculcación de un derecho con el rango de fundamental²¹³¹, se extienda a aquellos otros que, aun legítimamente adquiridos, tengan su origen en este

²¹²⁹ En opinión de un segundo sector doctrinal, los términos "directa" e "indirectamente" merecen una interpretación diferente, que en absoluto implica admitir un reconocimiento en el art. 11.1º LOPJ de los efectos reflejos de la prueba prohibida. El precepto, según entiende este grupo de autores, consagra la ineficacia del elemento probatorio en cuya obtención se haya infringido directamente un derecho fundamental y la ineficacia de los medios probatorios a través del cual se le da entrada; ello supone conculcar indirectamente otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la igualdad de partes y el derecho a un proceso con todas las garantías. Vid. PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso ...", op. cit., págs. 360 a 362. La autora muestra su rechazo hacia la teoría indirecta de la prueba prohibida por entender que su aceptación abre siempre un camino para provocar la nulidad de las pruebas a partir de la inducción a la comisión de irregularidades, que puede llevar consigo la total ineficacia del material probatorio. "Eficacia en el proceso ...", op. cit., págs. 360 y 361. En parecidos términos interpreta PICÓ I JUNOY el art. 11.1º LOPJ; según entiende el autor "es nulo todo elemento logrado directamente con vulneración de derechos fundamentales, como también lo es el medio de prueba mediante el cual el citado elemento probatorio pretende introducirse en el proceso, por cuanto ello, indirectamente, implica vulnerar otros derechos fundamentales y, en concreto, los referentes al proceso con todas las garantías e igualdad de las partes". A su juicio, ha de rechazarse la aplicación de la teoría refleja de la prueba ilícita por lo que supone de "límite a la eficacia y virtualidad del derecho a la prueba, configurado como fundamental por la *norma normarum*, que obliga a efectuar una lectura restrictiva del mismo". "Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio ...", op. cit., págs. 1873 y 1875.

²¹³⁰ En este sentido se han pronunciado, entre otros, DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, cuando advierte de la "imposibilidad de dar unas reglas generales de aplicación". A su juicio, "la solución viene sólo tras el estudio y análisis de cada caso concreto y tras determinar la naturaleza de la violación y averiguar si ésta resulta de rango constitucional, además del grado de conexión respecto de otras exigencias al efecto de fijar el alcance de los efectos reflejos". "Escuchas telefónicas: planteamiento ...", op. cit., págs. 1721 y 1722.

²¹³¹ Sin ánimo de exhaustividad, pueden verse las SsTS de enero de 1998, de 23 de septiembre de 1997, de 17 de julio de 1997, de 17 de abril de 1997, de 15 de octubre de 1996, de 3 de octubre de 1996, de 18 de junio de 1996, de 16 de abril de 1996, de 11 de julio de 1995, de 24 de junio de 1995, de 29 de abril de 1995, de 18 de abril de 1995, de 20 de enero de 1995, de 23 de diciembre de 1994, y de 13 de diciembre de 1993.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

primero, so pena de hacer perder todo sentido y ver burlada la prohibición de valoración que consagra el art. 11.1º LOPJ²¹³².

Ello, indudablemente, sucedería de permitirse la entrada de una fuente de prueba al proceso, a través de un medio probatorio lícito pero posibilitado a partir de la mencionada ilicitud²¹³³. Negar la eficacia e este efecto reflejo, como con todo acierto señala GIMENO, implica que los órganos encargados de la investigación puedan siempre encontrar un medio lícito para, indirectamente²¹³⁴, introducir en el proceso el material que tiene su origen en la vulneración del derecho fundamental y sin la cual nunca hubiera llegado a conocerse²¹³⁵.

Así las cosas, como magníficamente expresa este autor "se hace forzoso compartir la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida en la valoración de las escuchas telefónicas (...) que junto con los principios de exclusividad jurisdiccional y de proporcionalidad en la adopción de tales medidas, se erige en uno de los medios más

²¹³² En ello, se coincide plenamente con la opinión de ASECIO MELLADO, JM^a., "Prueba prohibida ...", op. cit., pág. 89. Partidarios de admitir la teoría refleja o indirecta son, entre otros, ÁLVAREZ LANDETE, J., *El proceso debido y la nulidad de la prueba ilícita*, "Rev. ilustre Colegio de Abogados de Alicante", 1991, pág. 35; CLIMENT DURÁN, C., *Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida*, RGD, núm. 559, 1991, págs. 2253 y 2254, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Las reglas del juego ...", op. cit., pág. 96; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales ...", op. cit., pág. 340; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 116; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., págs. 98 y 99, y asimismo en "Nulidad de las fuentes ...", op. cit., pág. 36; NOYA FERREIRO, M^aL., "La intervención de comunicaciones directas ...", op. cit., págs. 297 y 298; RÍOS MOLINA, C., "Sobre la intervención telefónica ...", op. cit., pág. 480; SERRANO MAILLO, A., "Valor de las escuchas telefónicas ...", op. cit., marg. 396.

²¹³³ Conforme expone FERNÁNDEZ ENTRALGO en su análisis de la doctrina anglosajona en la que la teoría refleja de la prueba prohibida tiene su origen, el alcance de la prohibición de valoración que la misma establece "no pesa sobre aquellos datos que habrían sido inevitablemente conocidos por otras vías, en el curso de la investigación". Vid. "Prueba ilícitamente obtenida", op. cit., pág. 1185.

²¹³⁴ Vid. asimismo, ILLUMINATI, G., "La disciplina processuale ...", op. cit., pág. 145.

²¹³⁵ V_d. GIMENO SENDRA, V., "Las intervenciones telefónicas ...", op. cit., pág. 16 y asimismo, en "Los procesos penales ...", op. cit., págs. 423 y 424.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

eficaces, no sólo para la tutela de tales derechos sino también para proteger, en definitiva, al sistema democrático (...) ²¹³⁶.

Ahora bien, la apreciación de esta ineficacia procesal en la fuente de prueba exige la presencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre la ilicitud en la adquisición de la prueba ²¹³⁷ y el resultado logrado a partir de aquélla cuya ilicitud se cuestiona ²¹³⁸, de suerte que, la imposibilidad de surtir efectos en el proceso tendrá lugar sólo si existe y se constata una conexión causal ²¹³⁹ entre ambos resultados probatorios ²¹⁴⁰.

Es preciso, en efecto, que el elemento de cuya validez se duda sea consecuencia innegable de aquél en el que se halla la ilicitud originaria ²¹⁴¹, de modo que, ha de reconocerse validez y eficacia a la prueba que se entienda independiente. La falta, pues,

²¹³⁶ GIMENO SENDRA, V., "Los Procesos penales ...", op. cit., pág. 424.

²¹³⁷ Según el mismo TS ha declarado, "la prueba nula no arrastra la nulidad de toda la actividad probatoria, sino sólo la de aquella que traiga causa directa de ella". Vid. STS de 9 de octubre de 1992, FJ 3º. Aciertan, pues, quienes como RUIZ VADILLO sostienen que "de entenderse nula una determinada diligencia probatoria, esta nulidad deberá impedir que su contenido sirva de plataforma a la condena, debiendo arrastrar a aquellas otras que traigan causa directa e inmediata de aquella". Vid. "Constitución y enjuiciamiento criminal", op. cit., pág. 379. En este mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Las escuchas telefónicas ...", op. cit., pág. 117.

²¹³⁸ PICÓ I JUNOY, J., "Nuevas perspectivas ...", op. cit., pág. 1875.

²¹³⁹ "Para tratar de determinar si esa conexión de juridicidad existe o no", según expresamente ha declarado el TC en su STC 81/1998, ha de analizarse, en un primer momento, "la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde el punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella". Pero al propio tiempo han de considerarse "desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige". Una y otra perspectiva resultan complementarias, de suerte que únicamente si la prueba refleja "es ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima (...)". Vid. STC 11/1981 (FJ 8º). En cuanto a la necesidad de conexión entre la prueba viciada pueden verse asimismo las SsTC 139 y 171/1999.

²¹⁴⁰ Vid. STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 3º. De esta opinión, MORENO CATENA, V., (et. alt.), "El Proceso Penal", Vol. III, op. cit., pág. 2304.

²¹⁴¹ Vid. SsTS de 23 de septiembre de 1998, de 28 de enero de 1998, de 24 de enero de 1998, de 23 de septiembre de 1997, de 26 de mayo de 1997, de 18 de abril de 1997, 24 de junio de 1996, de 6 de octubre de 1995, de 3 y 5 de junio de 1995, de 16 y 23 de enero de 1995, de 23 de diciembre de 1994, de 11 y 24 de octubre de 1994, de 9 y 28 de octubre de 1992, entre otras muchísimas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

de ese nexo de causalidad entre las mismas²¹⁴² impide que la ilicitud de la primera y los efectos que entraña contagie y se extienda a la segunda de ellas²¹⁴³.

En consecuencia, la nulidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas no impide la admisión y práctica de los medios probatorios que no provengan del acto ilícito²¹⁴⁴; la obtención de la verdad que el proceso persigue podría lograrse por otros medios²¹⁴⁵ o, a partir de la admisión de otras pruebas legítimas a cuyo través quede acreditado el objeto de investigación, siempre²¹⁴⁶, con la exigencia de acreditar el que las mismas no provienen del acto ilícito.

Contrariamente, de constatarse la existencia de un nexo de conexión evidente con la diligencia probatoria viciada, la nulidad de esta primera se transmite y afecta a la que, directa o indirectamente, derive de ella. Pero, aunque en verdad se halle, puede que la relación existente entre ambas sea realmente débil y no permita afirmar sin dificultad que la lícitamente lograda tenga su apoyo en la lograda previa conculcación del derecho fundamental. Ante esta circunstancia, propone la doctrina -a nuestro juicio con acierto- la atención particularizada al caso concreto y el análisis de la relación de causalidad existente entre la ilícita y la lícitamente obtenida que trae de la anterior su causa²¹⁴⁷.

²¹⁴² La dificultad en hallar el nexo entre la prueba originaria y la derivada en multitud de supuestos es evidente; y, en nada facilita su apreciación atender a declaraciones como la contenida en la STC 81/1988, de 2 de abril, según la cual aquél "no es un hecho en sí mismo, sino un sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada".

²¹⁴³ MARTÍN PALLÍN, JA., "Escuchas telefónicas", op. cit., pág. 396.

²¹⁴⁴ Vid. las SsTS de 7 de octubre de 1994 (FJ1º), 20 y 27 de junio de 1994 ambas en su (FJ1º).

²¹⁴⁵ Según expresa la STS de 28 de marzo de 1995 (FJ 4º) "no puede afirmarse que el hecho probado por una actividad procesal nula suponga la imposibilidad de probarlo por otras vías".

²¹⁴⁶ En opinión de PICÓ I JUNOY, sin embargo, nada impediría que el elemento probatorio obtenido ilícitamente pudiera ser probado por una vía distinta. Es más, según afirma, la fuente de prueba adquirida con infracción de un derecho fundamental podría ulteriormente obtenerse de forma ajustada a la legalidad y surtir efectos en el proceso. "El derecho a la prueba...", op. cit., pág. 337. Véanse asimismo las SsTS de 28 de marzo de 1995, (FJ 4º Y 5º).

²¹⁴⁷ ASECIO MELLADO propone incluso la atención al lugar que la prueba cuya ineficacia se debate pudiera ocupar en una cadena de sucesiones, demostrativo de la intensidad de la relación de causalidad que le une a la, en origen, ilícita. "Prueba prohibida ...", op. cit., 89. Le sigue en sus

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

En cualquier caso, si se afirma la posibilidad de extender la ineficacia probatoria de la prueba a partir de un efecto reflejo como el expuesto ha de serlo sin olvido de la exigencia de operar en este campo con las máximas cautelas²¹⁴⁸ y teniendo presente siempre que la incorporación de esta teoría indirecta entraña una innegable limitación del derecho a la prueba²¹⁴⁹.

Ahora bien, tan cierto es que ha de asegurarse su plena efectividad, cuanto que "el derecho a la prueba y a la averiguación de la verdad", según expresamente ha declarado el máximo intérprete constitucional, "puede sólo alegarse cuando se plantee dentro de las exigencias presupuestos y limitaciones establecidos en el ordenamiento jurídico"²¹⁵⁰.

Todo lo hasta el momento expuesto hace más cierta la idea fundamental que ha servido de hilo conductor en la reflexión de que "no todo vale en la obtención de la verdad". Como acierta la doctrina a señalar²¹⁵¹, la investigación de la verdad en el proceso no es un valor absoluto; su descubrimiento, aunque esencial, es sólo uno de los objetivos que con él se persiguen y no puede admitirse que el fin -el conocimiento de lo acaecido- justifique los medios²¹⁵².

conclusiones NOYA FERREIRO, M^aL., "La intervención de comunicaciones directas ...", op. cit., pág. 298.

²¹⁴⁸ En realidad, según puede constatar, la teoría refleja de la prueba prohibida ha hallado entrada en nuestro ordenamiento en el marco de la intervención de comunicaciones telefónicas donde, como bien advierte GIMENO SENDRA, mayor desprotección padece el derecho consagrado por el art. 18.3º CE presupuesto, en el supuesto que nos afecta, de la efectividad del derecho a la defensa que reconoce el art. 24.2º CE que resulta, en consecuencia, menoscabado. GIMENO SENDRA, V., (et. alt.), "Los procesos penales ...", op. cit., pág. 423.

²¹⁴⁹ BARONA VILAR, S., "Derecho Jurisdiccional", op. cit., pág. 296.

²¹⁵⁰ Vid. STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 2º.

²¹⁵¹ En particular, puede verse PEDRAZ PENALVA, E., *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad*, en "Constitución, Jurisdicción y proceso", Madrid, 1990, pág. 360. De la misma opinión, GÓMEZ COLOMER, JL., *La intervención judicial ...*, op. cit., pág. 160.

²¹⁵² A este respecto, el mismo Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) expresaba en su sentencia de 14 de junio de 1960 que "no es un principio de la ley procesal penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio"; antes al contrario, su búsqueda con respeto de las garantías constitucionales exigidas es un tributo que ha de pagar el Estado de Derecho en el proceso penal.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

De ahí que, aun cuando pronto encuentra legitimidad el desarrollo de una actividad investigadora "a la vista de la necesidad de protección de la comunidad y del deber del Estado de realizar una efectiva persecución de los delitos"²¹⁵³, dicho interés es tan digno de ser protegido cuanto el interés de la parte lesionada en la defensa de los derechos de su esfera privada²¹⁵⁴. Como fin, qué duda cabe, ha de perseguirse la realización de la Justicia penal y su reflejo en la sentencia pero, en caso alguno puede entenderse justa la sentencia que se apoya en pruebas ilícitas o, expresada de otro modo, aquella para cuya obtención se hace uso de medidas fraudulentas que suponen menoscabo de las más básicas garantías del sistema.

4.2.2.2. La declaración de ilicitud de la prueba base o fundamento de la sentencia.

Si, conforme se afirmaba, queda impedido al órgano jurisdiccional valorar la prueba de origen ilícito, de hacerlo y apoyar en ella su decisión, la sentencia emitida padecerá un vicio que permite su impugnación a través de las vías de recurso ordinarias que en la norma procesal se arbitran²¹⁵⁵.

En verdad, no admite dudas la necesidad de invalidar toda resolución condenatoria que se halle fundamentada en una prueba obtenida previa vulneración de un derecho fundamental; de ahí que, el ataque de la misma a través del recurso se

²¹⁵³ ROXIN, C., "Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán ...", op. cit., pág. 203.

²¹⁵⁴ Sin duda asiste la razón a quienes afirman que "a la dignidad de la Justicia y al respeto que debe inspirar, importa que no se admita ningún medio de prueba que atente a los valores fundamentales de la civilización". Vid. STEFANI, G., LEVASSEUR, G., y BOULOC, B., "Procédure Pénale", op. cit., pág. 40. Como con acierto se ha señalado, "no cabe relegar los derechos fundamentales de la persona en contra de la obligación de tutela de los mismos que incumbe al Estado". Vid. ÁLVAREZ LANDETE, JA., "El proceso debido y la nulidad ...", op. cit., pág. 35.

²¹⁵⁵ En este sentido véase la Circular FGE 1/2000, de 29 de diciembre, "Rev. AP", 2000, núm. 12, pág. 553.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

configure como última y definitiva posibilidad al alcance de las partes para obtener la declaración de la ilicitud de la prueba y el reconocimiento de sus efectos.

Así pues, frente a una sentencia fundada en una prueba que resulte ilícita y emitida en el marco del procedimiento abreviado, según lo expresado en el art. 795 LECrim, procedería el recurso de apelación; igualmente sería apelable la resolución que, sobre esa misma base, pusiera fin al procedimiento que se celebra ante el Tribunal de Jurado, según lo expresado por el art. 846 bis c) LECrim²¹⁵⁶.

Asimismo, la resolución que pone fin a un proceso ordinario y que se apoye en un prueba de origen ilícito admitiría ser impugnada a través del recurso de casación fundamentado -no obstante la falta de mención explícita del vicio que ahora ocupa en el cuadro de motivos tasados por el legislador procesal- en el motivo previsto por el art. 849 LECrim, en sus apartados primero²¹⁵⁷ y segundo²¹⁵⁸ e, incluso, en ambos de forma

²¹⁵⁶ Se exige, pues, "que en el procedimiento o en la sentencia se hubiere incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación" que no será precisa si la infracción que se denuncia implicara la vulneración de un derecho constitucionalmente consagrado. Sobre el particular, véase NOYA FERREIRO, M^aL., "La intervención de comunicaciones directas ...", op. cit., págs. 346 y 347.

²¹⁵⁷ La infracción de ley, como motivo de interposición del recurso de casación frente a la resolución fundada en una prueba ilícita, habría de entenderse referida, no ya a la infracción de un precepto de la norma procesal penal sino de un precepto distinto, el art. 11.1 LOPJ en el que, precisamente, se establece la interdicción de las pruebas y la imposible utilización de sus resultados, que padecen ilicitud en su origen.

²¹⁵⁸ Vid. Art. 849.2º LECrim. El precepto se refiere en este punto a la posible fundamentación del recurso en la "apreciación de la prueba basada en documentos que obren en autos y que demuestren la equivocación del juzgador". La interposición del recurso sobre la base del motivo previsto en este art. 849 LECrim, sin embargo, hace obligada la asunción de un concepto amplio de documento, extensible a todo elemento que, teniendo soporte documental, haya servido como prueba de relevancia para la condena; ello puede entenderse, en particular y por lo aquí interesa, respecto de la transcripción documental del resultado de una intervención de comunicaciones, ya postales o telegráficas, ya telefónicas.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

acumulativa²¹⁵⁹ y, en cualquier caso, sobre la base de lo dispuesto por el art. 5.4 LOPJ en su alusión a toda eventual "infracción de un precepto constitucional"²¹⁶⁰.

Se ha de tener presente asimismo que, como expresamente manifestara el TC en su sentencia 114/1984 y pionera en la materia, "la recepción procesal de una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental implica una ignorancia clara de las garantías propias del proceso (art. 24.2º CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE); desigualdad, que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado elementos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro"²¹⁶¹, quedando comprometido asimismo el derecho a la utilización de los medios pertinentes de prueba. Todo ello, que duda cabe, es base bastante para pretender y, en su caso, obtener el amparo del TC²¹⁶² y, ulteriormente, la protección del CEDH ante su Tribunal y máximo garante²¹⁶³.

²¹⁵⁹ En opinión de AROZAMENA LASO, es clara la posibilidad para la parte de interponer el recurso de casación frente a la resolución de condena basada en una prueba ilícita, fundamentado en el número 1º del art. 849 LECrim, y asimismo en el segundo de sus apartados, y acumuladamente en ambos. *Prueba ilícita y control en vía casacional*, "Rev. Actualidad Penal", 2000, núm. 31.

²¹⁶⁰ No cabe duda de que la entrada en el proceso de una prueba obtenida violentando un derecho fundamental entraña una violación de esos mismos derechos fundamentales y, en particular, según el mismo TC ha tenido ocasión de señalar en su STC 81/1998, del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia; esto último, si la condena ha sido fundada exclusivamente en tales pruebas. Ello no obstante, como bien advierte la Circular FGE 1/2000 de 29 de diciembre, en estos casos la jurisprudencia viene limitando la legitimación para la interposición del recurso al titular del derecho. (En este sentido, véanse las SsTS de 20 de noviembre de 1996 y de 11 de diciembre de 1997).

²¹⁶¹ STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ5º.

²¹⁶² ASECIO MELLADO, JMª., *La prueba prohibida en la jurisprudencia constitucional*, "Rev. valenciana d'estudis autonòmics", 1985, núm. 1, pág. 293; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Prueba ilegítimamente obtenida", op. cit., pág. 1205; GÓMEZ COLOMER, JL., "La intervención judicial ...", op. cit., pág. 160; NOYA FERREIRO, MªL., "La intervención de comunicaciones directas ...", op. cit., págs. 346 y 347; PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso ...", op. cit., pág. 368.

²¹⁶³ Cierta duda plantea, en cambio, la consideración del proceso de revisión contra sentencias firmes, como vía oportuna de impugnación de resoluciones basadas en una prueba ilícita, si por tal se entiende la obtenida mediante conculcación de un derecho fundamental de la persona. Sin embargo, no parece que haya de excluirse del todo la posibilidad de acudir a ella, mediante alegación del motivo 4º del art. 954 LECrim, si éste se interpreta *secundum constitutionem* y relación, en todo

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

caso, con la interdicción de valoración de toda prueba obtenida, directa o indirectamente mediante vulneración de derechos fundamentales del art. 11.1º LOPJ si, como resultado de la ilicitud probatoria conocida sobrevenida, queda evidenciada la inocencia del condenado. Se trataría en ese caso de hacer prevalecer el que resulta ser uno de los más altos fines del proceso, cual es la declaración de la inocencia de la persona, sobre la que CORDERO designa como "obtención formalizada de la verdad" que en absoluto es garantía de la realización de la Justicia. Vid. "El procedimiento probatorio ...", op. cit., págs. 143 y 144 y, asimismo, págs. 148 y 150.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONES

I. Es logro del sistema penal acusatorio, la configuración de un proceso de partes enfrentadas en condiciones de igualdad, donde la defensa -que ocupa el lado pasivo de la relación- presenta la singular estructura de hallarse integrada por dos sujetos distintos, el titular del derecho amenazado, y la persona que asume la condición de defensor. Esta parte-defensa única, goza de la facultad de estar presente e intervenir activamente en el proceso, al efecto de contradecir la acusación, mediante alegación y prueba de elementos y tesis opuestas a las formuladas por la parte contraria.

II. La imputación penal es presupuesto necesario del proceso punitivo y, tan pronto se manifiesta en cualquiera sus múltiples formas, hace al que la recibe adquirir la condición de sujeto y parte procesal pasiva, a la que es inherente la titularidad del fundamental derecho de defensa que puede desde ese instante ejercitar plenamente. El conferimiento de la condición de imputado se traduce, pues, en la atribución a la persona de la facultad de intervenir en el proceso y desarrollar en él cierta actividad dirigida a preservar su libertad, por sí misma y con el auxilio de un técnico en Derecho; de ahí que, desde un primer momento, le asista el derecho a designar libremente abogado o a solicitar y obtener de la autoridad judicial el nombramiento de un abogado de oficio que ha de prestarle asistencia y defensa.

III. La defensa formal o técnica nace como garantía en favor del inculcado en orden a la salvaguarda de sus derechos -allá donde más amenazados están, el proceso penal- y donde, por su impericia o falta de serenidad, el desarrollo de la actividad

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

defensiva en solitario no consigue un adecuado aprovechamiento de las posibilidades defensivas que el ordenamiento jurídico ofrece; pero asimismo, parece configurarse como garantía de autoprotección del propio sistema, en la medida en que sirve a la realización de las garantías de igualdad y contradicción. La intervención del Letrado en el proceso posibilita el reequilibrio de las posiciones procesales -en la medida en que, frente a una acusación técnica existe una defensa de ese mismo carácter- asegurando de ese modo el restablecimiento de la dialéctica entre partes.

IV. El derecho a recibir asesoramiento y defensa por Letrado, asiste a todo imputado desde que el proceso se inicia, ya se halle en libertad, ya privado de ella por razón de su sometimiento a una medida cautelar; es más, la garantía del derecho parece reforzarse en las situaciones de privación de libertad. El legislador adelanta su nacimiento, y asegura su disfrute a todo detenido o preso, ya en dependencias policiales, al proveerle en todo caso de Abogado prescindiendo de su voluntad. En ese estadio, el derecho se traduce en la triple facultad de designar libremente Abogado u obtener el nombramiento de un Letrado de oficio, a solicitar su presencia para que asista a las diligencias de averiguación que se celebren y, celebrada real o ficticiamente una primera declaración ante la autoridad policial, a mantener con aquél comunicación reservada.

V. El espacio de actuación del defensor en estos primeros instantes procesales resulta, a nuestro juicio, limitadísimo; con su presencia, este último sirve a una función de mera protección -como garante del perfecto desarrollo de las actuaciones y respeto en ellas de los derechos constitucionales de su patrocinado- cuando, en ese trance, el imputado precisa no sólo de asistencia personal sino técnica, que el letrado difícilmente puede prestarle si no es previa comunicación o intercambio de confidencias; contacto,

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que permitirá proyectar con éxito, y desde un principio, la estrategia que ha de seguirse en el ejercicio de la defensa. En este sentido, el sometimiento del detenido o preso a una primera diligencia de declaración, o la ficción jurídica de su realización, marca un antes y un después en cuanto a la labor a desarrollar por el Letrado interviniente en el proceso.

VI. El derecho a la libre comunicación con el defensor se configura, pues, como presupuesto básico para la efectividad del derecho a la asistencia y defensa técnica, a su vez manifestación del más amplio derecho de defensa; derecho éste que, de forma paralela a la garantía defensiva a la que resulta instrumental, ha de reconocerse a todo imputado desde el inicio del proceso, y a lo largo de su desarrollo, hasta su finalización por sentencia, e incluso con posterioridad a ella, durante el tiempo en que ha de darse cumplimiento a la pena definitivamente impuesta.

VII. El desarrollo de la comunicación imputado-defensor, de naturaleza especial por su razón de su instrumentalidad al elemental derecho de defensa, merece la mayor protección del ordenamiento; en consecuencia, no sólo ha de asegurarse su celebración sino que la misma tenga lugar en condiciones de absoluta reserva. Las comunicaciones entre ambos, sean orales, sean escritas -o sostenidas a través de cualquiera de las múltiples vías que la técnica hace posibles- han de venir preservadas de toda injerencia que entrañe el levantamiento de la inviolabilidad que merecen.

VIII. El legislador español, sensible a la necesidad de equiparar las posibilidades defensivas del sujeto detenido o preso con aquellas que puede inmediatamente articular el imputado en libertad, salvo en el excepcional supuesto en que sea decida su incomunicación, prohíbe impedir al primero la relación con su defensor y, desde el momento de su ingreso y por todo el tiempo de permanencia en

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

prisión, garantiza a ambos el contacto a través de la celebración de comunicaciones orales o escritas exentas de control o injerencia, siempre que ello resulte compatible con la necesidad de asegurar la eficacia de la investigación e instrucción de la causa.

IX. La privación de libertad, sea en cumplimiento de una medida cautelar, sea en ejecución de la pena impuesta por sentencia, en absoluto ha de ser obstáculo al disfrute por quien la padece del derecho a recibir los servicios del Letrado y, en consecuencia, a recibir la visita de este último en el Centro de detención y celebrar con el mismo entrevistas en condiciones de absoluta reservada, o el intercambio de correspondencia postal y telegráfica y, en circunstancias extraordinarias, vía telefónica, cuyo contenido ha de escapar al conocimiento de la autoridad penitenciaria.

X. Si, aun con las modificaciones impuestas por la especial relación de sujeción con el Estado, ha de mantenerse al penado en el disfrute del derecho a la asistencia y defensa técnica durante el tiempo en que se halle dando ejecución a la condena, la restricción o menoscabo que al mismo entraña el imposible disfrute del instrumental derecho a la libre comunicación con el defensor -cuando no limitaciones en su esfera de ejercicio, como la derivada del desconocimiento del derecho a la defensa gratuita, cuanto menos, a los efectos de formular alegaciones y peticiones en relación con sanciones disciplinarias y en los procedimientos previstos para su imposición- carece de legitimidad desde el punto de vista constitucional.

XI. La necesidad de otorgar protección privilegiada a la comunicación imputado-defensor, en ocasiones colisiona con la necesidad de satisfacer fines, de muy distinta índole, que al parecer resultan prevalentes. La superación del conflicto hace, pues, obligada la introducción de ciertos límites en la esfera del derecho que a ambos

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

asiste a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, en general, y a las habidas por razón de la defensa, en particular; límites que pueden dirigirse en el doble sentido consistente en impedir la comunicación o permitir, en cambio, su celebración, pero no en condiciones de absoluta reserva.

XII. El impedimento a la relación con el defensor y la prohibición de mantener con el mismo comunicaciones orales y escritas en que puede traducirse la sujeción del imputado al excepcional régimen de detención o prisión provisional incomunicada, aunque breve en el tiempo, resulta ser la más radical de las formas de injerencia en un derecho que al mismo asiste en todo estado y grado del proceso; derecho, que no admite más restricciones que las que deriven de la necesidad de aseguramiento de la instrucción y como refuerzo a la finalidad cautelar perseguida con la privación de libertad, en supuestos delictivos -en particular, los relacionados con el fenómeno terrorista y la criminalidad organizada, y en ese marco, no en todo caso- en que se teme expuesta a mayor riesgo. Es, en consecuencia, el órgano judicial instructor el único legitimado para decidir la suspensión o intervención de las comunicaciones del sujeto preso con su defensor, y en caso alguno la Administración penitenciaria, ajena a este ámbito y carente de legitimidad para apreciar los peligros que amenazan al secreto y éxito del sumario, que justifican la medida.

XIII. La incomunicación de detenidos y presos, si bien no implica el absoluto desconocimiento del derecho, se traduce en un poderosísima transformación del derecho del imputado a la defensa, del que no es siquiera clara su limitabilidad, a partir de la restricción de las más básicas facultades en que se manifiesta; la medida, aunque lícita en sus fines, a la vista de los efectos que derivan de su aplicación no parece superar el

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

canon de proporcionalidad determinante de su legitimidad constitucional; a nuestro juicio, merece toda crítica la aparente automaticidad con que han de operar las medidas arbitradas por el art. 527 LECrim y la referencia al impedimento de la relación con el defensor que se contiene en el art. 523 LECrim -aun cuando nada impide entenderla potestativa- debiera, junto a las previsiones contenidas en el precepto anterior, ser excluida del ordenamiento.

XIV. El sometimiento del imputado a una medida cautelar en régimen de incomunicación, no debiera afectar a la relación imputado-defensor mas que en el caso en que el peligro que pretenda neutralizarse tenga su origen en esa misma relación, por apreciarse indicios racionales de participación del defensor en los fines delictivos de su cliente o de su condición de enlace con otros partícipes en el exterior. Sólo la presencia, no de meras sospechas, sino de indicios fundados y objetivamente constatables acerca de la existencia de confabulación entre los comunicantes en perjuicio de la investigación e instrucción de la causa, podría legitimar una injerencia estatal en el desarrollo de la comunicación, que en caso alguno ha de traducirse en una minoración de las garantías defensivas del sujeto pasivo del proceso.

XV. El respeto del estatuto jurídico mínimo que corresponde a todo imputado y, en consecuencia, el derecho que le asiste a ejercitar de forma inmediata y plena su fundamental derecho de defensa, es "piedra de toque" en el proceso; de ahí que su ignorancia, no pueda sino traducirse en nulidad de lo practicado en desconocimiento de cuantas garantías resultan instrumentales a su efectividad.

XVI. La confidencialidad en el desarrollo de los contactos imputado-defensor es elemento indispensable a la eficacia de la actividad defensiva; razón, por la que ha de

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

ser preservada frente a injerencias estatales susceptibles de acuerdo sobre el sujeto pasivo del proceso que, con fines de investigación e instructorios, entrañen el levantamiento del secreto por el que han de hallarse cubiertas. La autoridad judicial, siempre que se observen los presupuestos constitucionales y requisitos legalmente previstos, así como las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad, puede legítimamente someter a control el desarrollo de las comunicaciones orales y escritas del imputado, a excepción de aquellas que mantenga con su abogado defensor.

XVII. La inviolabilidad del fundamental derecho de defensa, a cuya efectividad el derecho a la libre comunicación con el defensor es instrumental, se configura como freno o auténtica prohibición, dirigida al mismo órgano jurisdiccional, de disponer medidas de intromisión en las comunicaciones habidas con aquél a quien se confía su ejercicio. Igualmente inadmisibles es, en consecuencia, la intervención de las comunicaciones que el Abogado celebre, ya con el cliente-imputado, ya con personas distintas, en busca de datos incriminatorios en contra de su defendido. La exigencia que al Letrado se impone, de no revelar aquello que le viene confiado o conoce en el desempeño de sus cometidos -y, para cuya garantía queda exento *ex art. 416 LECrim* de la obligación de prestar declaración- se traduce en la imposibilidad de sujetar a control, siquiera judicialmente, las comunicaciones que celebre en el ejercicio de su función de defensa jurídica, cuyo contenido ha de venir preservado del conocimiento ajeno.

XVIII. El privilegio que representa la imposibilidad de decidir sobre el profesional de la Abogacía las aludidas medidas de naturaleza instructoria viene condicionado a la exigencia de que el Letrado intervenga en calidad de defensor y en el lícito ejercicio de sus funciones de defensa jurídica, y se extiende a la labor defensiva

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

que desarrolle en favor del sujeto pasivo del proceso y cubierta por el secreto profesional; secreto, que ha de presumirse del contenido de toda comunicación que proceda del imputado a su abogado y viceversa.

XIX. La regla, en principio incontestable, acerca de la inviolabilidad de las comunicaciones habidas por razón de la defensa, admitiría cierta excepción en el supuesto de que el Letrado reúna al propio tiempo la condición de imputado; ofrecer tutela privilegiada a las relaciones imputado-defensor cuando este último se sospecha participe -en cualquiera de sus grados- en la comisión del hecho delictivo sometido a investigación, equivaldría a amparar una conducta que merece ser sancionada penal y disciplinariamente. Desvanecida toda justificación al privilegio, podría hallar legitimidad la intervención de sus comunicaciones, no ya incidental en el curso de las legítimamente ordenadas sobre su cliente y principal imputado, sino como sujeto pasivo directo de la medida de control judicialmente decidida. Pero, en caso alguno la información resultante de la injerencia habrá de ser valorada como prueba y servir de fundamento a una sentencia de condena sobre el cliente imputado, que ha de ver garantizada la efectividad de su derecho de defensa.

XX. El acuerdo de injerencias sobre las comunicaciones del profesional de la Abogacía, en cualquier caso, precisaría de garantías reforzadas, tanto en el momento de su decisión, cuanto de la aplicación de la medida misma, a los efectos de evitar todo riesgo de lesión al secreto profesional que subyace y, en definitiva, a los intereses defensivos que puedan resultar afectados. Se impone, pues, como exigencia ineludible la concurrencia de indicios de criminalidad en la persona del defensor, y una estricta motivación de la resolución, en cualquier caso judicial, en que la medida se decida;

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

resolución, que habrá de ser expresiva de las circunstancias de las que dichos indicios se deducen y el razonamiento que lleva a entender necesario el levantamiento del secreto; el mismo juez, habrá de asumir el más absoluto control sobre su práctica y los resultados de la misma a incorporar al proceso. A esta garantía de jurisdiccionalidad, creemos, habría de añadirse la que representa una exención del secreto sumarial en favor del máximo representante del Colegio profesional al que el Letrado pertenezca, dando al mismo información acerca del acuerdo de la injerencia y la posibilidad de tomar conocimiento directo del desarrollo de las operaciones y su resultado -personalmente o través de un sujeto en quien delegue- como garante de su perfecto desenvolvimiento y del respeto del secreto profesional e intereses defensivos que puedan hallarse amenazados.

XXI. El legislador procesal español en absoluto explicita como excepción al régimen general de posibles intromisiones en las comunicaciones personales con fines de averiguación y adquisición de elementos probatorios -oscuro y plagado de deficiencias de todo orden- su imposible acuerdo sobre los Abogados, en general, y el defensor del imputado, en particular. Llenar ese vacío, exigiría arbitrar un precepto que, integrado en una regulación ajustada a las exigencias del art. 8.2º CEDH, responda a la necesidad de salvaguardar el secreto profesional del abogado y exprese la prohibición de someter a control el desarrollo de las comunicaciones, cualquiera que sea la vía de transmisión, habidas por el Letrado en el ejercicio de la actividad defensiva. La previsión, habría de acompañarse de la sanción procesal que corresponda a su inobservancia, cual es la imposibilidad de empleo en el proceso de un material que ha de entenderse ilícitamente obtenido.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

XXII. Aunque ha de entenderse como límite objetivo a las potestades de averiguación del mismo juez penal si, a pesar de la prohibición, la ilegítima intervención de las comunicaciones celebradas por razón de la defensa genera en nuestro ordenamiento lo que a nivel doctrinal se conoce como "prueba ilícita" o "prohibida", por tener su origen en la vulneración de un derecho constitucionalmente consagrado con el rango de fundamental. Ello, procesalmente, se traduce en la imposible incorporación al proceso de toda fuente de prueba que proceda directamente o traiga causa de dicha lesión y, en consecuencia, la imposibilidad de alcanzar el juicio oral donde ser valorada como prueba a los efectos de fundamentar una sentencia de condena.

XXIII. La Ley General Penitenciaria y, en su desarrollo el Reglamento, abre también paso a la intromisión estatal en el desarrollo de las comunicaciones que a todo interno autoriza mantener con su defensor o el expresamente llamado para asuntos penales; comunicaciones que por su especial naturaleza, somete a un régimen especial y privilegiado consistente en la exigencia de especiales condiciones para su celebración y una drástica reducción de las posibilidades de limitación. Toda eventual suspensión o intervención de las mismas exige la concurrencia de un doble presupuesto: ser judicialmente ordenadas y, exclusivamente, en el marco de los delitos de terrorismo. A nuestro juicio, sin embargo, el requisito de jurisdiccionalidad en el acuerdo debiera observarse en toda intromisión en el derecho fundamental que el recluso conserva a la libertad y secreto de las comunicaciones con el resto de personas autorizadas.

XXIV. Aunque el legislador no explicita, la finalidad a la que parece orientarse la limitación de las comunicaciones en prisión, se resume en la salvaguarda de la seguridad y el orden en el Establecimiento, o el interés del tratamiento; fines de

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

prevención, distintos de los de aplicación en el marco y al servicio de los fines de investigación e instrucción de las causas por delitos previstos por el legislador procesal. Esta circunstancia condiciona el concreto régimen al que ha de sujetarse al acto limitador del derecho del interno a comunicar.

XXV. La Administración Penitenciaria, no puede decidir límites que mermen la confidencialidad de los contactos del privado de libertad con el defensor de espaldas o en desconocimiento de ambos afectados, en lo que supondría una extralimitación del marco de operatividad de la legislación penitenciaria. La previsión contenida en el art. 51.2º LOGP se revela, pues, como medida que sirve a la aplicación, en ese ámbito, de las de investigación previstas en la norma procesal y susceptibles de acuerdo por el juez instructor. Falta, y ha de reclamarse del legislador futuro, una concreta regulación en el ordenamiento penitenciario de la intervención de las comunicaciones del interno como diligencia de investigación e instrucción de los delitos cometidos en el seno de la prisión, ajustadas a las exigencias constitucionales y derivadas del principio de proporcionalidad, y absolutamente extraordinarias por lo que respecta a las comunicaciones habidas con el defensor.

XXVI. El régimen de comunicaciones y visitas penitenciariamente previsto y, en consecuencia, su eventual restricción, resulta de general aplicación sobre el conjunto de la población reclusa, en olvido del diferente *status* que ha de reconocerse a detenidos o presos y el que corresponde al penado; esto último, a nuestro juicio, ha de entenderse como un claro elemento diferenciador en cuanto a las condiciones en que puede resultar legítima la limitación del derecho a comunicar -y, en particular, con el defensor- del privado de libertad en condición de preventivo y de penado.

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

XXVII. La necesidad de dar satisfacción a los fines de aseguramiento perseguidos por el legislador penitenciario, podría legitimar la adopción de ciertos límites al derecho del interno condenado a mantener comunicaciones de forma libre y secreta, por razón de la especial relación que le une a la Administración; sin embargo, esto mismo no puede afirmarse del sujeto sometido a lo que no es sino una medida cautelar, distinta de la pena, para el que la limitación puede sólo justificarse -y no en cualquier caso y condición- en las necesidades y exigencias derivadas de la instrucción. Es más, tratándose de las comunicaciones habidas con el defensor, de especial naturaleza, la limitación que la norma prevé y que afecta al condenado por delito de terrorismo, podría hallar justificación y resultar legítima en el supuesto de que de dicha relación derivara un peligro -concreto y objetivamente constatable- a la seguridad de los intereses penitenciarios que tratan de asegurarse; intereses, que en caso alguno pueden prevalecer sobre el derecho de defensa que ha de garantizarse al imputado mantenido en prisión en espera de juicio.

XXVIII. Compatibilizar las necesidades de la instrucción y el carácter no punitivo de la prisión provisional, exige reservar a la autoridad judicial a la que viene encomendada el desarrollo de esta etapa instructoria, decidir todo límite al derecho del sujeto preso por su presunta participación en un delito de terrorismo, a comunicar con su defensor; ello, si en atención a las circunstancias concurrentes y previa ponderación de los intereses enfrentados conforme a las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad, la medida resulta legítima desde el punto de vista constitucional.

XXIX. La vulneración del elemental derecho de defensa del que procede la obtención de esos elementos probatorios determina la nulidad de lo actuado y cierra el

La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor...

paso a la conversión de dichas fuentes en auténticas pruebas al impedir su incorporación a juicio oral a través del medio probatorio que corresponda y, de este modo, a su valoración en él como tales por el órgano jurisdiccional decisor, a los efectos de fundamentar la sentencia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFIA

- . ADER, H., *La procédure pénale bilan des réformes depuis 1993*, (dir. ROUJOU de BOUBÉE), con HUET, JM., MAISTRE DU CHAMBON, P., Paris, 1995.
- . AGUILERA DE PAZ, E, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, Tomos II y IV, 1923.
- . ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, Méjico, 1970.
- . ALMAGRO NOSETE, J., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1996.
- . ALMELA VICH, C., *Los derechos del acusado reconocidos en el art. 6.3º del Convenio y el proceso penal español*, en "Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Valencia, 1998.
- . ALONSO DE ESCAMILLA, A., *El juez de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1985.
- . ALONSO PÉREZ, F., *Intervención del Abogado ante la Policía Judicial*, Madrid, 1996.
- . ÁLVAREZ CIENFUEGOS, FJ., con COBOS, M., *La legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal*, "Rev. Universidad Complutense", 1983, núm. 68.
- . AMODIO, E.,
 - con DOMINIONI, O., *Commentario del nuovo Codice di Procedura Penale*, Padova, 1990, Vol. I.
 - con AMBROSOLI, L., BASSI, M., BERNASCONI, A., CAPITTA, AM., CATALANO, EM., CESARIS, A., DECASTIGLIONE, E., GALBUSERA,

- V., VITTORINI, GIULINANO, S., LAMI, L., LIBERNINI, N, RUGGIERI, F.,
Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa, Milano, 1996.
- . ARAGONESES ALONSO, P.,
- *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, 1960.
 - *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1981.
- . ARAGONESES MARTÍNEZ, S., con DE LA OLIVA SANTOS, A., HINOJOSA
SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, JA., *Derecho
Procesal Penal*, Madrid, 1999.
- . ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales en el
proceso penal español*, Barcelona, 1991.
- . ARMENTA DEU, T.,
- *Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)*, "Rev. Der.
Proc.", 1996, núm. 2.
 - *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*,
Barcelona, 1991.
- . AROZAMENA LASO, C.,
- *Consideraciones generales sobre la prueba ilícita*, "Rev. Actualidad Penal",
1999, núm. 4.
 - *Prueba ilícita y control en vía casacional*, "Rev. Actualidad Penal", 2000,
núm. 31.
- . ARROYO SOTO, A., *El secreto profesional del abogado y del notario*, Méjico, 1980.
- . ASENCIO CANTISAN, *Régimen penitenciario y medidas coercitivas*, Cuadernos
CGPJ, Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 1993.

. ASECIO MELLADO, JM^a.,

- *La prueba prohibida en la jurisprudencia constitucional*, "Rev. valenciana d'estudis autonòmics", 1985, núm. 1.

- *La prisión provisional*, Madrid, 1987.

- *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989.

- *La reforma de la legislación antiterrorista y proceso penal*, "Rev. de Derecho Procesal y Arbitraje", 1989, supl. núm. 2.

- *El imputado en el proceso penal español*, en "La restricción de los Derechos Fundamentales", CGPJ, Madrid, 1993.

- *Presupuestos de la prisión provisional*, en "Seminario sobre detención y prisión provisional", Santiago de Compostela, 1995.

- *La intervención de la defensa en la fase de instrucción*, "Rev. de Derecho Procesal", 1997, núm. 1, págs. 7 a 44.

- *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, 1997.

- *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 1998.

- *Los derechos contemplados en el art. 8º del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de fecha 4 de noviembre de 1950*, en "Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Valencia, 1998.

. AUGER LIÑÁN, C., *El papel y la posición del abogado defensor en el curso del procedimiento penal y el comportamiento que de ellos se deriva*, "Rev. Poder Judicial", 1985, núm. 14, págs. 13 y ss.

. BABY, J., *L'intervention du défenseur*, "Procédure Pénale", Lyon, 1899.

- . BACIGALUPO, E., *La significación de los Derechos Humanos en el moderno proceso penal*, "Rev. Canaria de Ciencias Penales", 1999, núm. 4.
- . BARBIERI, D., voce, *Interrogatorio nel processo penale*, en "Digesto delle discipline penalistiche", Vol II, Torino, 1993.
- . BARILE, P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- . BARONA VILAR, S.,
- *Prisión provisional y medidas alternativas*, Valencia, 1987.
 - *La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado (tutela judicial efectiva y doctrina constitucional: sentencia del TC 128/1995, de 26 de julio*, "Rev. General del Derecho", 1996.
 - *Medidas alternativas a la prisión provisional*, en "Seminario sobre detención y prisión provisional", Santiago de Compostela, 1995.
 - con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., MONTÓN REDONDO, M., *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, Proceso Penal, 8ª ed. Valencia, 1999.
- . BASSIOUNI, MC., *Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci*, "L'indice penale", 1990, pág. 10 y ss.
- . BELVEDERE, R., *Diritti e doveri dei detenuti*, Roma, 1981.
- . BELLAVISTA, G., *La difesa nella istruzione penale*, en *Studi sul processo penale*, Tomos I y II, Milano, 1952.
- . BERNAL VALLS, J., *Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal: sumarias consideraciones sobre su problemática actual*, "Rev. Poder Judicial", 1987, núm. 5.
- . BERNARDI, E.,

- *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona*, "Riv. it. dir. e proc. pen.", 1983, págs. 1414 y ss.

- *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, "Giur. it.", 1983, núm. IV, págs. 337 y ss.

. BERNARDI, F.,

- *Le indagini del difensore nel processo penale*, Milano, 1996.

. BERZOSA, V., *Principios del Proceso*, "Rev. Justicia", 1992, núms. 1 y 2.

. BETTIOL, G., *Scritti giuridici*, Tomo I, Padova, 1966.

. con BETTIOL, R., *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, Padova, 1993.

. BEULKE, W.,

- *Der Verteidiger im Strafverfahren. Funktionem und Rechtsstellung*, Frankfurt, 1980.

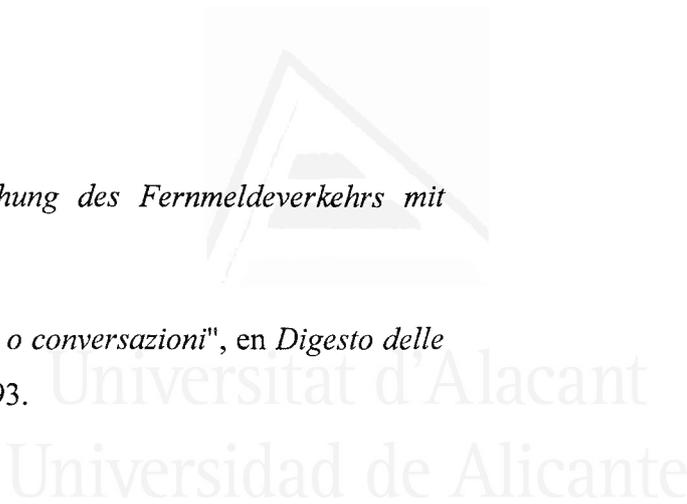
- *Überwachung des Fernsprechanchlusses eines Verteidigers*, "Rev. Jura", 1986, págs. 642 y ss.

- *Muss die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung "Erste Hilfe" bei der Verteidigerkonsultation leisten?*, "Rev. NStZ", 1996, núm. 6, págs. 257 a 262.

. BOIX REIG, J., con COBOS DEL ROSAL, M., *Derechos Fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social*, en "Comentarios a la legislación penal", Madrid, 1982, Tomo I.

. BOULOC, B., con LEVASSEUR, G., y STEFANI, G., *Procédure Pénale*, Paris, 1996.

. BREDI, B., con BONOMO, M., y , DI GENARO, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, 1988.

- 
- . BRENNER, H., *Die Strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit Verteidiger*, Tübingen, 1994
- . BRUNO, P., voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*", en *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. VII, Torino, 1993.
- . BUENO ARÚS, F.,
- *El sistema penitenciario español*, Madrid, 1967.
 - *Derechos y deberes de los reclusos*, "Rev. Estudios Penitenciarios", 1979, núms. 224-227.
 - *Derechos Fundamentales de los reclusos*, en "Comentarios a la legislación penal", (dir. COBOS DEL ROSAL y BAJO FERNÁNDEZ), Madrid, 1986, Tomo VI, Vol. 1º.
 - *El juez de vigilancia penitenciaria y los derechos de los penados*, "Rev. La Ley", 1978, núm. 4.
- . CAFFERATA NORES, JI., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, 1988.
- . CAHEN, B., *Le secret professionnel et la lutte contre la corruption*, "Gazette du Palais", núms. 13 a 15, febrero, 2000.
- . CALAMANDREI, P.,
- *Estudios sobre el proceso civil*, (trad. SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, 1945.
 - *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, 1960.
- . CALLÉ, B., *La détention provisoire*, Paris, 1992.
- . CAMÓN, A., *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996.
- . CANEPA, M., con MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1996.

- . CÁRMENA CASTRILLO, M., *La eficacia del control jurisdiccional en el cumplimiento de la legislación penitenciaria*, "Reunión de Jueces de Vigilancia penitenciaria", Madrid, 1992.
- . CAROCCA, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, 1998.
- . CARNELUTTI, F.,
- *Derecho Procesal Civil y Penal*, Tomo II, Principios del Proceso Penal, (trad. SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, 1971.
 - *Principi del processo penale*, Roma, 1960
 - *Sistema de Derecho Procesal Civil*, (trad. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, y SENTÍS MELENDO), Vol. I, Buenos Aires, 1944.
- . CARRARA, F.,
- *L'immoralità del carcere preventivo*, en "Opusculi di Diritto Criminale", Vol. IV, Roma, 1874.
 - *Acusato e patrono*, en "Opusculi di Diritto Criminale", vol. III, Roma, 1878.
- . CARULLI, N., *Il diritto di difesa dell'imputato*, Napoli, 1967.
- . CASSARDT, G., *Karlsruhe Rechtsgrundlagen und Zuständigkeiten für Massnahmen im Vollzug der Untersuchungshaft*, "Rev. NStZ", 1994, núm. 11.
- . CASTIÑEIRA, M^aT., y FELIP, D., *Secreto de las comunicaciones y Derecho Penal*, "Rev. Jurídica de Cataluña", 1989, núm. 3, págs. 689 a 716.
- . CLIMENT DURÁ, C., *Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba ilícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida*, "Rev. General del Derecho", 1991, núm. 559, págs. 2253 y ss.
- . COBO DEL ROSAL, M., con QUINTANAR OLIVARES, M., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (dir. ALZAGA VILLAAMIL), Madrid, 1996.

. CONSO, G.,

- *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 1967.

- con GREVI, V., *Commentario Breve al nuovo Codice di Procedura Penale*, 2ª ed., Milano, 1994.

. con GREVI, V., *Profili del nuovo Codice di Procedure Penale*, Padova, 1995.

. con GREVI, V., y NEPPI MODONA, G., *Il nuovo Codice di Processo Penale delle leggi delega ai decreti delegati*, Milano, 1995, Vol IV.

. CONTE, P., con MAISTRE DU CHAMBON, P., *Procédure Pénale*, Paris, 1995.

. CORBAL FERNÁNDEZ, JE., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, en "La prueba en el proceso civil", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

. CORDERO, F.,

- *Procedura Penale*, Varese, 1979 y Roma, 1996.

- *Prove illecite nel processo penale*, "Riv. it. dir. e proc. pén.", 1961, núm. 1.

- *Il procedimento probatorio*, in "Tre studi sulle prove penale", Milano, 1963.

. CORSO, P.,

- *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, en "Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario", Bologna, 1981.

- (dir.) *Il nuovo Codice di Procedura Penale*, Piacenza, 1994.

- . CHAMBON, P., *Le juge d'instruction*, Paris, 1997.
- . DAMIAN MORENO, J., *Sobre el derecho de defensa y prueba prohibida (Comentario a la STC 135/1989, de 19 de julio)*, "Rev. Poder Judicial", op. cit., núm. 16, págs. 151 y ss.
- . DAMIEN, A., en "Rev. Giustice du Palais", núms. 75-77, Paris, pág. 183 a 185.
- . DAHS, H., *Löwe-Rossenberg kommentar. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Grosskommentar*, Berlin-Nueva York, 1988.
- . DE DIEGO DíEZ, LA., *Prevaricación (deslealtad profesional) de abogados y procuradores*, Madrid, 1996.
- . DE FIGUEIREDO DIAS, J.,
- *Direito Processual Penal*, Lisboa, 1974, Vol. I.
 - *Para una reforma global de Processo penal português. Da sua necessidade e de alguma orientações fundamentais*, Coimbra, 1983.
 - *Código de Processo Penal*, Coimbra, 1988.
- . DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, 1998.
- . DE LA OLIVA SANTOS, A.,
- con ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, JA., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999.
 - con FERNÁNDEZ, MA., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, ed. 1992. - *El futuro del Proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal*, "Rev. Tribunales de Justicia", 1997, núm. 1.
- . DE LEO, F., *Il pubblico Ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, "Rev. Cassazione Penale", 1995, pág. 1437.

- . DELLA CASA, F., *La magistratura de sorveglianza: organizzazione, competenza, procedura*, Torino, 1992.
- . DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*, "Rev. Poder Judicial", núm. 3, pág. 9 y ss.
- . DE MARISCO, A.,
- *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, Napoli, 1938.
 - *Diritto Processuale Penale*, 4ª ed. reeditada y puesta al día por PISAPIA, GD., Napoli, 1966.
- . DE OTTO PARDO, I., con MARTÍN RETORTILLO, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.
- . DE QUEROL Y LOMBARDEO, JF., *Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo*, en "La Reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión" en "Comentarios a la legislación penal", Tomo XI, Madrid, 1990, págs. 435 y ss.
- . DE SOUSA BRANDAO, M., *Direito penitenciário*, Porto, 1981.
- . DE URBANO y CASTRILLO, E.,
- con TORRES MORATO, MA., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Pamplona, 1997.
 - *Derechos fundamentales y prueba ilícita*, "Rev. Canaria de Ciencias Penales", 1998, núm. 2.
- . DE VICENTE REMESAL, J., *Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de de teléfonos inalámbricos*, "Rev. Poder Judicial", núm. 17, págs. 159 y ss.

- . DELMAS-MARTY, M., *Procédures Pénales d'Europe*, Paris, 1995.
- . DENTI, V., *La difesa come diritto e come garanzia*, "Rev. Il Foro italiano", Vol. C, 1977.
- . DÍAZ DE CABIALE, JA.,
- *Admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.
 - con MARTÍN MORALES, R., *¿Es proyectable el art. 11.1º LOPJ a las pruebas obtenidas violentando un derecho constitucional no fundamental?*, "Rev. La Ley", núm. 4445, 24 de diciembre de 1997.
- . DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Constitución española*, (dir. ALZAGA VILLAAMIL), Madrid, 1996.
- . DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M^ªI., *Escuchas telefónicas: planteamiento práctico desde la perspectiva jurisprudencial*, "Rev. General del Derecho", 1996, núm. 618, págs. 1701 y ss.
- . DOÑATE MARTÍN, A., *Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: naturaleza, órganos y competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995.
- . EBILE NSEFUM, J., *El delito de terrorismo*, Madrid, 1985.
- . EDIT, HH., *Verkehr des Gefangenen mit der Aussenwelt, insbesondere mit Rechtsanwalter und Verteidigern*, "Rev. AnwBl", 1976, págs. 379 a 382.
- . ETXEBERRIA GURIDI, JF., *La protección de datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, Madrid, 1998. .
- FÁBREGA RUIZ, CF., *Secreto de las comunicaciones y proceso penal*, "Rev. General del Derecho", (Diario núm. 4326, de 8 de julio de 1997), págs. 1187 y ss.
- . FAIRÉN GUILLÉN, V.,

- *La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español*, en "Temas del Ordenamiento procesal", Tomos I y II, Madrid, 1969.

- *La disponibilidad del derecho de defensa en el proceso penal*, "Anuario de Derecho penal", XIII, fasc. II, 1969.

- *La reforma procesal penal: reintroducción del recurso de manifestación*, "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia", 1976.

- *Doctrina General y Política del Derecho (Hacia una Teoría y Ley General procesales)*, Barcelona, 1990.

- *Tendencias actuales del Derecho Procesal Penal*, "Rev. Justicia", 1991, núm. 2.

. FELIP, D., con CASTIÑEIRA, M^aT., *Secreto de las comunicaciones y Derecho Penal*, "Rev. Jurídica de Cataluña", 1989, núm. 3, págs. 123 y ss.

. FENECH, M.,

- *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1960.

- *El Proceso Penal*, Madrid, 1982.

. FERNÁNDEZ BOIXIADIER, N., *El abogado ante el sumario*, Madrid, 1969.

. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.,

- *La prisión provisional*, "Rev. General del Derecho", 1986, núms. 496 y 497.

- *Prueba ilegítimamente obtenida*, "Rev. La Ley", 1990, núm. 1, pág. 1203.

- *Las reglas del juego: prohibido hacer trampas*, en "La prueba en el proceso penal (II)", Cuadernos de Derecho Judicial, 1996.

FERNÁNDEZ ESPINAR, G., *El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el*

proceso penal, "Rev. Poder Judicial", núm. 32, págs. 115 y ss., publicado asimismo en "Bol. Información del Ministerio de Justicia", núm. 1678, pág. 3805.

. FERNÁNDEZ SEGADO, J., *La suspensión individual del ejercicio de los derechos constitucionales*, "Rev. de Estudios políticos", 1983, núm. 35.

. FESTA, R., con PADOMANI, C., TODICO, F., *Diritto Penitenziario*, Napoli, 1981.

. FEZER, G., *Juristischer Studienkurs zur Strafprozessrecht*, München, 1995.

. FILIPPI, L., *La libertà provvisoria secondo la legge sull'ordine pubblico*, "Riv. it. dir. e proc. pen", 1977.

. FORTUNA, E., con DRAGONE, S., GIUSTOZZI, R., PIGNATELLI, A., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 2ª ed., Padova, 1991.

. FOSCHINI, G.,

- *L'Imputato. Studi*, Milano, 1956.

- *Sistema di diritto processuale penale*, Tomo I, Milano, 1965.

. FRANCO, N., *Diritto penitenziario e misure alternative*, Roma, 1979.

. FRIGO, G., con AMODIO, E., y DOMINIONI, O., *Commentario al nuovo Codice di Procedura Penale*, Milano, 1989, Vol. I.

. FUMU, G., *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, dir. CHIAVARIO, M., 1992, Vol. II.

. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1992.

. GARCÍA ARÁN, M., con DE SOLA DUEÑAS, A., *Legislació penitenciària europea comparada*, Barcelona, 1991.

- . GARCÍA TORRES, W., *Jueces y Abogados*, "Rev. Uruguay de Derecho Procesal", 1996, núm. 4.
- . GARCÍA VALDÉS, C.,
- *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980.
 - *Relaciones del interno con la vida exterior*, "Cuadernos de Política Criminal", 1982, núm. 18.
- . GARCÍA VALTUEÑA, E., *El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal*, "Cuadernos de Derecho Judicial", 1993.
- . GARRIDO GUZMÁN, L.,
- *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Valencia, 1976.
 - *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Valencia, 1983.
 - *Tutela judicial efectiva y asesoramiento de letrado de los reclusos en Instituciones Penitenciarias*, "Rev. Poder Judicial", 1987, núm. 7.
 - *Comunicaciones y visitas*, en "Comentarios a la legislación penal", Madrid, 1982, Tomo VI, Vol. 1, págs. 739 y ss.
- . GESTO ALONSO, B., *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Pamplona, 1991.
- . GIARDIA, C., *Il regimen carcerario de l'imputato*, en "Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario" (dir. GREVI), Bologna, 1981.
- . GIMENO SENDRA, V.,
- con VIVES ANTÓN, T., *La detención*, Barcelona, 1977.
 - *Nuevas perspectivas de la legislación procesal antiterrorista*, en "Documentación Jurídica", Vol. 2º, (monográfico dedicado a la propuesta del anteproyecto del nuevo Código Penal), Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

- *Algunas sugerencias de reforma para una nueva ordenación de la defensa en la instrucción*, Valencia, 1980 (separata) pub. "Rev. General del Derecho".

- *La naturaleza de la defensa penal a la luz de la Constitución española y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en "Constitución y Proceso", Madrid, 1988.

- *El Ministerio Fiscal y el art. 124 de la CE*, en "Constitución y Proceso", Madrid, 1988.

- con ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *El nuevo Proceso Penal. Estudios sobre la LO 7/1988*, Valencia, 1989.

- *La prisión provisional y el derecho a la libertad*, "Rev. La Ley", 1996, núm. 4187.

- *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, "Rev. La ley", 1996, núm. 2. (Diario núm. 4024; págs. 1 y ss.), publicado asimismo en "Rev. Estudios de Jurisprudencia", 1994, núm 12.

- con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1999.

- con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2ª ed., 1997 y 3ª ed., 1999.

- con CONDE-PUMPIDO TOURÓN, P., GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los Procesos Penales*, Barcelona, 2000, Vol. 1º - 6º.

. GOLDSCHMIDT, J.,

- *Problemas jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, Barcelona, 1935.

- *La imparcialidad como principio básico del proceso*, Buenos Aires, 1955.

. GÓMEZ COLOMER, JL.,

- *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985.
- *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1989.
- *¿Hacia el futuro proceso penal español? Notas al hilo de la LO 7/1988*, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1543.
- *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia*, "Rev. Jurídica de Cataluña", 1998, núm. 1.

. GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M., *El comportamiento procesal del imputado. Silencio y falsedad*, Barcelona, 1979.

. GÓMEZ DE LIAÑO, F.,

- *Derecho procesal Penal*, Oviedo, 1987.
- *Abogacía y proceso*, Oviedo, 1988.
- *El proceso penal*, Oviedo, 1989.

. GÓMEZ NAVAJAS, J., *Espionaje telefónico: conculcación de un derecho fundamental (Acercas de la reforma del artículo 13 de la Ley Fundamental de Bonn)*, "Rev. La Ley", núm. 3, (Diario de 8 de junio de 1998), págs. 1647 y ss., (D-160).

. GÓMEZ ORBANEJA, E.,

- con HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1982.
- *El Proceso Penal*, 10ª ed., Madrid, 1987.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomos I y II, Barcelona, 1947.



- . GÓMEZ ORFANEL, G.,
- *Jueces y micrófonos. La experiencia alemana*, "Rev. Jueces para la democracia", 1998, núm. 32.
 - *Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998*, "Rev. Cuadernos de Derecho Público", 1998, núm. 3, págs. 97 a 112.
- . GONZÁLEZ CANO, M^ªI., *El juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad*, (Tesis doctoral defendida por su autora en Madrid, 1993).
- . GONZÁLEZ CUÉLLAR, A., *La libertad de acceso del abogado defensor al detenido o preso en todas las etapas del procedimiento criminal*, "Rev. Poder Judicial", 1985, núm. 14.
- . GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1990.
- . GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Escuchas telefónicas realizadas por funcionarios públicos*, en "Comentarios a la legislación penal", Tomo VII, Madrid, 1986.
- . GONZÁLEZ MONTES, JL., *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los Derechos Fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)*, "Rev. Derecho Procesal", 1990, núm. 1.
- . GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Poder domesticador del Estado y derechos del recluso. Relación especial de sujeción*, en "Estudios sobre la Constitución española (en Homenaje al profesor E. García de Enterría)", Madrid, 1991.
- . GÖSSEL, KH.,
- *Strafverfahrensrecht*, 1977, Tomo I.
 - *Ministerio Fiscal y Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho*, "Cuadernos de Política Criminal", 1996, núm. 60.

. GOSSO, PG., con DELLITALIA, G., y VASALLI, B.,

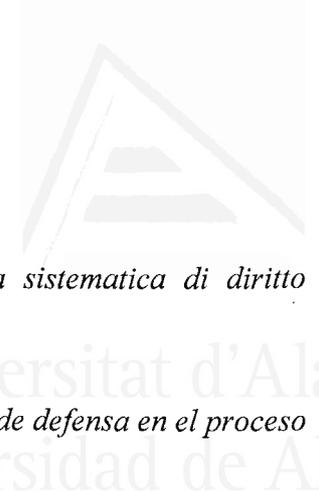
voce "*Intercettazioni telefoniche*", en *Enciclopedia del Diritto*, 1958, pág. 889.

. GREVI, V.,

- *Apunti in tema di intercettazioni telefoniche operante dalla polizia giudiziaria*, "Riv. it. dir. e proc. pen.", 1967, núm. 2.
- - "*Nemo tenetur se detegere*". *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.
- *La nuova disciplina delle intercettazione telefoniche*, Milano, 1979.
- (et. alt.), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.
- *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma*, Padova, 1988.
- con CONSO, G., *Commentario Breve al nuovo Codice di Procedura Penale*, 2ª ed., Milano, 1994.
- *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Milano, 1994.
- con CONSO, G., *Profili del nuovo Codice di Procedure Penale*, Milano, 1995.
- *Piu ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, en "Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332", (et. alt.), Milano, 1996.
- (et. alt.), *Nuovo diritto della difesa e riforma de la custodia cautelare*, Padova, 1995.

. GUASP, J.,

- *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956.

- 
- *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, Tomo I.
- . GUAZZACOLA, B., con PAVARINI, M., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995.
- . GUTIÉRREZ ALVÍZ Y CONRADI, F., *Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal*, "Rev. Der. Proc. Iberoamericana", 1973.
- . GUTIÉRREZ DE CABIEDES, F.,
- con PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1982.
- *Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal*, en "Estudios de Derecho Procesal", Pamplona, 1974.
- . GUZZINI, M., *Il carcere trasparente*, Roma, 1987.
- . HERRERO HERRERO, C., *España penal y penitenciaria*, Madrid, 1985.
- . HÜNERFELD, P., *La phase préparatoire dans le procès pénale en RFA*, RIDP, 1985, pág. 121.
- . IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, M., *Curso de Derecho Procesal*, Madrid, 1969.
- . ILLUMINATI, G.,
- *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983.
- con SPANGHER, G., VOENA, GP., *Casi e questioni di diritto processuale*, Milano, 1995.
- . IZZO, G., con CARCANO, D., *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990.
- . JACOBS, *The european Convention on Human Rights*, 1975.

- . JESCHEK, HH., *Die Aussliessung des Strafverteidigers in rechtsvergleichender Sicht*, in "Festschrift für Dreher", Berlin, 1977.
- . JIMÉNEZ ASENJO, E.,
- *La defensa penal*, "Rev. de Derecho Judicial", 1961, núm. 7.
 - *La confesión del reo o inculgado*, "Rev. Der. Proc.", 1954, núm. 3.
- . JIMÉNEZ CAMPO, J., *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, en "Comentarios a la legislación penal", Madrid, 1986, Vol. VII, pág. 3 y ss.
- . JIMÉNEZ BLANCO, A., con JIMÉNEZ BLANCO, G., MAYOR, P., y OSSORIO, L., *Comentario a la Constitución*, Madrid, 1995.
- . JOESTER, E., con FEEST, J., y VOLCKRAT, B., *Kommentar zur Strafvollzugsgesetz*, Darmstadt, 3º ed.
- . JULIUS, KP., *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, Heidelberg, 1997.
- . JUNG, H., *Le droit Penal Allemand face du terrorisme*, "Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé", 1987, núm. 3.
- . KAISER, J., *Strafvollzug*, Karlsruhe, 1974.
- . KISSEL, O.R.,
- *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, München, 1993.
 - *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 2ª ed., München, 1994
- . KLEINKNECHT, T.,
- con MEYER-GOSSNER, L., *Strafprozessordnung*, München, 1997.

- con MÜLLER, *Losseblattkommentar zur Strafprozessordnung*, Reitberger, 1980.
- . *Die Beweisverbote im Strafprozess*, "Rev. NJW", 1966.
- . KOSTORIS, R., *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo proceso penale*, "Riv. it. dir. e proc. pen.", 1990, págs. 1391 y ss.
- . KRAMER, B., *Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, Köln, Berlin, 1997.
- . KREKELER, W., *Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung*, "Rev. NStZ", 1989, núm. 4, págs. 146 a 153.
- . KÜHNE, HH., *Kommentar zur Strafprozessordnung*", Darmstad, 1992, Tomo I.
- . LAMARCA PÉREZ, C.,
- *Aspectos jurídicos del terrorismo*, publicaciones CGPJ, Madrid, 1985.
- *Régimen penitenciario y Derechos Fundamentales*, "Rev. Estudios Penales y Criminológicos", XVI, 1993, pág. 212.
- *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*, "Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales", XLVI, 1993.
- . *Aspectos procesales y garantías en el terrorismo*, "Rev. Cuadernos Jurídicos", 1993, núm. 7, págs. 11 y ss.
- . LANDETE ÁLVAREZ, J., *El proceso debido y la nulidad de la prueba ilícita*, "Rev. Ilustre Colegio de Abogados de Alicante", 1991.
- . LATTANZI, G., (et. alt.), *Codice di Procedura Penale annotado con la giurisprudenza*, Milano, 1993.
- . LAUBENTHAL, K., *Strafvollzug*, Berlin-Heidelberg, 1995.

- . LEAL HENRIQUES, M, con SIMAS SANTOS, M., y BORGES DE PINHO, D.,
Código de Processo Penal, Vol. I, Lisboa, 1996.
- . LEGA, C., *Deontología de la profesión de Abogado* (trad. SÁNCHEZ MORÓN),
Madrid, 1976.
- . LEMKE, M., *Heidelberg Kommentar zur Strafprozessordnung*, Heidelberg, 1997.
- . LEONE, G.,
- *Tratado de Derecho procesal Penal*, Roma, 1963.
 - *Interventi e Studi sul Processo Penale*, Napoli, 1990.
- . LEVASSEUR, G., con BOULOC, B., y STEFFANI, G., *Procédure Pénale*, 16ª ed.,
1996.
- . LIBERINI, M., (et. alt.), *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*,
Milano, 1996.
- . LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código de Processo Penal* anotado, Lisboa, 1996.
- . LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.,
- *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989.
 - *El Convenio, el Tribunal europeo y el derecho a un juicio justo*, Madrid,
1991.
- . LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones
especiales de sujeción*, Madrid, 1994.
- . LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.,
- *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991.

- *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes. La restricción de los Derechos Fundamentales en el proceso penal*, en "Cuadernos de Derecho Judicial", Madrid, 1993.
- *Nulidad de las fuentes de prueba obtenidas mediante una intervención telefónica*, "Rev. de Estudios Jurisprudenciales", 1992, núm. 2.
- *El régimen jurídico de las intervenciones telefónicas en el proceso penal español*, en "Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución" (coord. ROMEO CASABONA, CM^a.), Granada, 1997.
- . LÓPEZ LÓPEZ, A., *Defensa técnica y Proceso Penal*, "Rev. Actualidad Jurídica", 1994, núm. 39.
- . LORCA NAVARRETE, AM^a., *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del Derecho. Organización judicial y principios rectores del proceso*, Madrid, 1998.
- . LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal español*, en "XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", "Rev. Derecho procesal UNED", 1990, núm. 4.
- . LÓPEZ YAGÜES, V., *En torno a la privación cautelar de libertad. Especial referencia al ámbito jurisdiccional militar*, "Rev. La Ley", 1998, núm. 1, págs. 1809 a 1820.
- . LOZZI, G., *Lezioni di Procedura Penale*, Torino, 2000.
- . LLOBEL MUEDRA, J., *La modificación de los arts. 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 14/1983, de 12 de diciembre*, "Rev. La Ley", 1984, núm. 2, págs. 1110 y ss.
- . MAFFEI, S., *Osservazioni sul tema della corrispondenza epistolare tra imputato detenuto e difensore*, "Tribuna italiana", 2000.

- . MAIER, JB., *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. Instrucción sumaria o citación directa*, Buenos Aires, 1975.
- . MAISTRE DU CHAMBON, P.,
- con CONTE, P., *Procédure Pénale*, Paris, 1995.
 - con ADER, H., HUET, JM., y dir. ROUJOU de BOUBÉE, G.), *La procédure pénale bilan des réformes depuis 1993*, Paris, 1995.
- . MAHNKOPF, HJ., con DÖRING, A., *Telefonüberwachungsmassnahmen bei Opfern von Schutzgelderpressungen ohne deren Einwilligung*, "Rev. NSTZ", 1995, núm. 3.
- . MALÇA CORREIA, A., *Tratamento Penitenciario*, Lisboa, 1981.
- . MANZANARES SAMANIEGO, JL.,
- *La problemática actual del Juez de Vigilancia Penitenciaria*, "Rev. Estudios Penitenciarios", 1981, núms. 232-235.
 - *Las disposiciones finales*, en "Comentarios a la legislación penal, Madrid, 1986, Tomo VI, Vol. 2º.
 - *El juez de Vigilancia Penitenciaria*. VI Reunión de jueces de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 1992.
- . MANZANO SOUSA, M., *La interceptación legal de las telecomunicaciones en la Unión Europea*, "Rev. Justicia", 1996, núms. 3 y 4, págs. 539 y ss.
- . MANZINI, V.,
- *Tratado de Derecho Procesal Penal* (trad. SENTÍS MELENDO, S., y AYERRA REDÍN, M.), Tomos II, III y IV, V, Buenos Aires, 1953.
 - *Tratado di Diritto Processuale Penale*, 6º ed., Tomo II, Torino, 1968.

- . MAPELLI CAFFARENA, B.,
- *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*,
 - con FERNÁNDEZ ARÉVALO, *Práctica forense penitenciaria*, Madrid, 1995.
- . MARCHENA GÓMEZ, A., *La injerencia de la Administración Penitenciaria en las comunicaciones del interno con su abogado (A propósito del Auto de la AN 20 -12- 1993)*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1994, págs. 287 a 310.
- . MARQUES DA SILVA, G., *Curso de Processo Penal*, Lisboa, 1996.
- . MARTÍ SÁNCHEZ, N., *La llamada "prueba ilícita" y sus consecuencias procesales*, "Rev. Actualidad Penal", 1998, núm. 7, marg. 141 y ss.
- . MARTÍN CANIVELL, J.,
- *El Juez de vigilancia Upenitenciaria (I), (Atribuciones)*, en "Comentarios a la legislación penal", Tomo VI, Vol. 2º.
 - *La Disposición Transitoria Primera*, en "Comentarios a la Legislación Penal", Tomo VI, Vol. 2º.
- . MARTÍN GARCÍA, P., *Derecho de defensa y fase de instrucción*, "Rev. La Ley", núm. 4737, 18 de febrero de 1999.
- . MARTÍN MINGARRO, L., *El secreto de las comunicaciones*, "Rev. Otrosí", 1994.
- . MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, 1995.
- . MARTÍN OSTOS, J., *La posición del imputado en el nuevo proceso penal abreviado*, "Rev. Justicia", 1989, núm. 4.
- . MARTÍN PALLÍN, JA.,

- *Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal*, "Rev. Poder Judicial", núm. esp. VI.
- . *Escuchas telefónicas*, (Libro-Homenaje a E. Ruiz Vadillo), Madrid, 1999.
- . MARTÍNEZ VAL, JM^a., *Abogacía y Abogados*, Barcelona, 1981.
- . MATTES, H., *La prisión preventiva en España*, Madrid, 1975.
- . MAYAT, *Procédure Pénale*, Paris, 1996.
- . MEYER, K., *Zur Strafprozessualen Überwachung des Fernmeldeverkehrs aus rechtsvergleichender sicht*, en escritos en Homenaje a SCHMIDT, 1992.
- . MIRANDA ESTRAMPES, M.,
- *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997.
- *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999.
- . MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La intervención de las comunicaciones*, Pamplona, 1999.
- . MONTERO AROCA, J.,
- *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Barcelona, 1997.
- con ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, JL., MONTÓN REDONDO, M., - *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, Tomo I, Barcelona, 1997.
- *Derecho jurisdiccional. Proceso Penal*, Tomo III, Barcelona, 1997.
- *La prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1998.

- con GÓMEZ COLOMER, JL., MONTÓN REDONDO, M., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional. Parte especial: el Proceso Penal*, Tomo III, 8ª ed., Valencia, 1999.
 - *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Un estudio jurisprudencial*, Valencia, 1999.
 - *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales*, Valencia, 2000.
- . MONTÓN REDONDO, A., *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*, "Rev. La Ley", 1995, núm. 4, págs. 1402 y ss.
- . MORENO CATENA, V.,
- con MUÑOZ CONDE, F., *La prisión provisional en el ordenamiento jurídico español*, Santiago de Compostela, 1980.
 - *En torno a la prisión provisional*, "Rev. Der. Proc. Ib.", 1981, núm. 4.
 - *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982.
 - *Garantías de los Derechos fundamentales en la investigación penal*, "Rev. Poder Judicial", núm. especial II.
 - *Algunos problemas del derecho de defensa*, en "La Reforma del proceso Penal", II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989, pág. 451 y ss.
 - *Introducción al Derecho Procesal*, (con GIMENO SENDRA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Madrid, 1999.
 - *Derecho Procesal Penal*, (con GIMENO SENDRA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Madrid, 1999.

- con COQUILLAT VICENTE, A., DE DIEGO PÉREZ, A., DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., JUANES PECES, A., *El Proceso Penal. (Doctrina, Jurisprudencia y formularios)*, Valencia, 2000, Vol. I-V.
- . MORENO CHAMARRO, I., *Las escuchas telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en "Estudios de Derecho Penal y Criminología" (Libro-Homenaje al prof. JL. Rodríguez Devesa), Tomo II, Madrid, 1989, págs. 89 a 123.
- . MÖRLEIN, W., *Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigter im Rahmen des § 100 a StPO*, München, 1993.
- . MÜLLER, M.,
- (et. alt.), *Losseblattkommentar zur Strafprozessordnung*, Reitberger, 1980.
- con SAX, W., *Kommentar zur Strafprozessordnung*, Darmstad, 1966.
- con PAULUS, R., y SAX, W., *Kommentar zur Strafprozessordnung*, Darmstad, 1997.
- . MÜLLER DIETZ, H., *Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozess*, "Rev. ZStW", 1981.
- . MUERZA ESPARZA, J., con ARAGONESES MARTÍNEZ, S., DE LA OLIVA SANTOS, A., HINOJOSA SEGOVIA, R., y TOMÉ GARCÍA, JA., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999.
- . MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, ed. 1988 y ed. 1996.
- . MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el Proceso Penal español*, Pamplona, 1985.
- . NACK, A., (et. alt.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zur Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, München, 1993.
- . NAPPI, A.,
- *Guida al Codice di Procedura Penale*, Milano, 1996.

. NOBILI, M.,

- *Prova "a difesa" e investigazioni di parte nell'attuale assetto delle indagini preliminare*, en "Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminare", Milano, 1995.

- *L'accusatorio sulle labbra ma l'inquisitorio nell cuore*, "Crit. dir.", 1992, núms. 4 y 5.

. NOSENGO, S., (et. alt.), *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*, (dir. CHIAVARIO, M.), Torino, 1992, Vol. I.

. NOYA FERREIRO, M^aL., *La intervención de comunicaciones directas en el proceso penal*, Valencia, 2000.

. ORTEGA PINTO, LT.,

- *Defensa y representación de oficio. Exigibilidad de las minutas de abogados y procuradores*, "Rev. Der. Proc.", 1993, núm. 3

- *Tratamiento de la ilicitud probatoria en el proceso penal*, "Rev. Der. Proc.", 1996, núm. 1, págs. 171 y ss.

. ORTELLS RAMOS, M.,

- *Para una sistematización de las medidas cautelares*, "Rev. General de legislación y jurisprudencia", 1978, núm. 5, págs. 448 a 461.

- con MONTERO AROCA, J., MONTÓN REDONDO, M., GÓMEZ COLOMER, JL., *Derecho Jurisdiccional. Tomo III. Proceso penal*, Valencia, 1997.

. OSSORIO, A., *El alma de la Toga*, Buenos Aires, 1978.

. PACE, A., *La heterogénea estructura de los derechos constitucionales*, "Rev. Cuadernos de Derecho Público", 1998, núm. 3, págs. 9 a 30.

- . PANAGIA, S., *Il diritto a la prova della difesa fra norme penali e codice di rito*, "Riv. it. dir. Proc. Pen.", 1991, núm. 4, págs. 1294 y ss..
- . PASTOR BORGONÓN, B., *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, "Rev. Justicia", 1986, núm. 2.
- . PAZ RUBIO, JM^a., con GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., MARTÍNEZ ATIENZA, G., y ALONSO MARTÍN-SONSECA, M., *Legislación penitenciaria. Concordancias, comentarios y jurisprudencia*, Madrid, 1996.
- . PECES-BARBA DEL BRÍO, G., *La asistencia letrada al detenido o preso: un derecho constitucional*, "Rev. Actualidad Jurídica", 1981.
- . PEDRAZ PENALVA, E.,
- con ORTEGA BENITO, V., *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas*, "Rev. Poder Judicial", núm. 17.
 - *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad*, en "Constitución, Jurisdicción y Proceso", Madrid, 1990.
 - *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2000.
- . PEDROL RIOS, L., *Por qué los incomunicados no pueden tener derecho a designar Abogado*, pub. en Diario ABC, de 24 de abril de 1987.
- . PELCHEN (et. alt.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zur Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, München, 1993.
- . PÉREZ ARROYO, MR., *La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y el delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas*

prohibidas en el derecho penal y procesal penal (II), "Rev. La Ley", núm. 4988, 9 de febrero de 2000.

. PÉREZ MARIÑO, *La Reforma del Proceso Penal*, Madrid, 1990.

. PERROT, R., *Institutions judiciaires*, 7ª ed., Paris, 1995.

. PETERS, K.,

- *Beschleunigung des Strafverfahren*, en "Schreiber. Strafprozess und Reform", Heidelberg, 1979.

- *Strafprozess*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981.

. PFEIFFER, G.,

- *Gründzuge des Strafverfahrensrecht*, München, 1987.

- (et. alt.), *Karlsruher kommentar zur Strafprozessordnung*, München, 1993.

. PICATOSTE BOBILLO, J., *La prisión provisional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en "Seminario sobre detención y prisión provisional", Santiago de Compostela, 1995.

. PICÓ I JUNOY, J.,

- *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1996.

- *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996.

- *Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas*, "Rev. La Ley", Diario 4213, de 23 de enero de 1997.

- *La imparcialidad objetiva del juez a examen*, "Rev. La Ley", 1998, núm. 1.

. PIÑERO GÁLVEZ, J., *El abogado ante la legislación penitenciaria*, en "Derecho penitenciario y Democracia", Sevilla, 1994.

. PIÑOL RODRÍGUEZ, J., *El procedimiento disciplinario penitenciario*, I Jornadas Canarias de Derecho Penitenciario, .

PIQUÉREZ, G., *Précis de Procédure Pénale Suisse*, Laussane, 1994.

. PISANI, M.,

- *Libertà personale e processo*, Padova, 1974.

- *Introduzione al processo penale*, Milano, 1988.

- con MOLARI, A., PERCHINUNNO, V., CORSO, P., *Apunti di Procedura Penale*, Bologna, 1992.

- *Le sanzioni per le violazione dei diritti dell'imputato*, L'indice penale, 1990, núm. 24.

- (et. alt.), *Manuale di Procedura Penale*, Bologna, 1994.

. PISAPIA, GD., *Compendio di Procedura Penale*, Padova, 1979.

. PLATZGUMMES, W., *Gründzuge des österreichischen des Strafverfahrens*, Springer-Wien-New York, 1997.

. POTTETI, D., *Note in tema di sequestro avente ad oggetto appunti predisposti ai fini difensivi*, "Rev. Cassazione Penale", 1999, pág. 817 a 824. (Comentario a la Sez. de la Corte Constitucional italiana de 19 de junio de 1998, n. 229, publicada en "Rev. Cassazione Penale", 1998, págs. 2847 y ss).

. PONZ NOMDEDEU, EV., *Comentarios a la Ley del Jurado*, (coord. MONTERO AROCA, J., y GÓMEZ COLOMER, JL., Pamplona, 1999.

. PRADEL, J.,

- *Observations breves sur une loi à refaire D. 1993 chr 40*

- *Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi n° 93-1013, de 24 août 1993.*
- *La condition juridique du détenu*, Paris, 1994.
- *Les atteints a la liberté avant jugement en droit penal comparé*, Paris, 1992.
- . PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, L.,
Derecho Procesal Penal, Madrid, 1982.
- . PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1982, Tomo I.
- . QUERALT, J.,
 - *Intervención de las telecomunicaciones en sede de investigación policial y judicial*, "Rev. Canaria de Ciencias Penales", 1998, núm. 2, págs. 107 y ss.
 - *Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley orgánica 5/1999, de 14 de enero*, "Rev. La Ley", núm. 4933, 13 de noviembre de 1999.
- . RACIONERO CARMONA, F.,
 - *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva jurídica*, Madrid, 1999.
 - *El derecho a las comunicaciones. Regímenes especiales*, en "I Curso monográfico de jueces de vigilancia penitenciaria", celebrado en Madrid 13-16 de noviembre de 1995, pub. CGPJ, Madrid, 1997.
- . RAFOLS LLACH, J., *Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado*, en "La prueba en el proceso penal", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.
- . RAMAJOLI, S.,

- *I rapporti difensore-testimone: profili penali e deontologici nell processo attuale e in quello futuro*, "Riv. Giustizia penale", 1988, Parte III, pág. 378 y ss.
 - *I rapporti difensore-imputato nel nuovo codice di rito*, "Riv. Giustizia penale", 1989, núm. III.
 - *Comentario a la sentencia emitida por el Tribunal de Casación italiano de 27 de octubre de 1992*, "Rev. Foro italiano", 1993, II.
 - *Riflessione sulla perquisizione e sull sequestro di carte e documenti compiuti presso uno studio legale*, en "Riv. Foro italiano", 1993, núm. II, págs. 378 y ss.
 - *La prova nel processo penale*, Padova, 1995.
 - *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995.
- . RAMÓN SORIANO, J., *El derecho a la asistencia letrada del detenido*, "Rev. Poder Judicial", 1984, núm. 13.
- . RAMOS MÉNDEZ, F.,
- *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, Barcelona, 1993.
 - *El sistema procesal español penal español*, Barcelona, 1997, 3ª ed.
 - *La situación de enjuiciamiento criminal en España*, "Rev. Justicia", 1983, núm. 3.
- . RANSIEK, A., *Belehrung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation: Folgerungen für die Beschuldigtenvernehmung*, "Rev. StV", 1994, núm. 6.
- . RASSAT, ML., *Institutions judiciaires*, Paris, 1993.
- . REDONDO, *Evaluar e intervenir en las prisiones*, Barcelona, 1993.
- . RIESS, P., *Der Ausschluss der Verteidiger in der Rechtswirklichkeit*, "Rev. NStZ", 1981.

- . RIGO BALBONA, JL., *El secreto profesional de abogados y procuradores*, Barcelona, 1988.
- . RÍOS MOLINA, C., *Sobre la intervención telefónica*, "Rev. Justicia", 1999, núms. 3 y 4.
- . RÍOS MARTÍN, JC., *Manual de ejecución penitenciaria*,
- . RIVERA BEIRAS, I., *La cárcel en el sistema español*, Barcelona, 1996.
- . RIVES SEVA, AP., *La prueba en el proceso penal. La doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo*, Pamplona, 1996.
- . RIVIEZZO, C., *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995.
- . ROBERT, P., *Entre l'ordre et la liberté, la detention provisoire*, Paris, 1992.
- . RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Granada, 1997.
- . RODRÍGUEZ DEVESA, JM^a., *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 1996.
- . RODRÍGUEZ RAMOS, L.,
- *Detención, incomunicación, y derecho de defensa. Comentario a la Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre*, "Rev. Actualidad Penal", 1988, núm. 1, págs. 520 y ss.
 - *Las intervenciones telefónicas*, en "La prueba en el proceso penal", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1992.
- . RODRÍGUEZ SÁEZ, JA., *Un enfoque relativo a la defensa de los Derechos Fundamentales de los reclusos*, en *Cárcel y Derechos Humanos*, Barcelona, 1992.
- . ROIG BUSTOS, L., *La sanción de aislamiento en el sistema penitenciario español*, "Rev. La Ley", 1984.

- . ROJAS CARO, J., *La intervención judicial o gubernativa de las comunicaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en "Comentarios a la legislación penal", Tomo XI, Madrid, 1990.
- . ROXIN, C.,
- *Strafverfahrensrecht*, München, ed. 18ª, 1983.
 - *Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán sobre las trampas en la escucha*, "Rev. Poder Judicial", 1997, núm. 47, pág. 203, originariamente titulado, *Nemo tenetur: Die Rechtsprechung am Scheideweg*, "Rev. NStZ für Strafrecht", 1995, núm. 10, págs. 465 y ss y su continuación, *Zum Hörfallen-Beschluss des grossen Senats für Strafsachen*, "Rev. NstZ", 1997, núm. 1, págs. 18 y ss.
- . RUDOLPHI, HJ., *Systematischer Kommentar zum Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, 1994.
- . RUIZ VADILLO, L.,
- *Constitución y enjuiciamiento criminal*, en "Estudios de Derecho Procesal", Granada, 1995.
 - *El proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, en "Estudios de Derecho Procesal", Granada, 1995.
 - *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la Justicia*, Madrid, 1997.
- . SALIDO VALLE, C., *La detención incomunicada del menor de edad penal*, "Rev. La Ley", núm. 4758, marzo, 1999.
- . SALOM ESCRIVÁ, JS., (et. alt.), *Comentarios a la Ley del Jurado*, (coord. MONTERO AROCA, J., y GÓMEZ COLOMER, JL.), Pamplona, 1999.
- . SANGUINETI, LMª, *Lezioni di Procedura Penale*, Milano, 1996.

- . SÁNCHEZ YLLERA, I., *Tutela judicial efectiva en prisión. VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1992.
- . SARDINHA, J., *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*, Coimbra, 1989.
- . SCELLA, A., *Questione controversi in tema di informazioni testimoniale de la difesa*, "Riv. it. dir. e proc. pen.", 1993.
- . SCHÄFER, G.,
- *Löwe-Rossenberg Kommentar zur Strafprozessordnung*, Berlin, 1988.
 - *Die Praxis des Strafverfahrens*, Stuttgart, 1976.
- SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, Göttingen, 1985, pág. 256
- . SCHMITZ, R., *Das Recht auf Akteneinsicht bei Anordnung von Untersuchungshaft*, "Rev. Wistra", 1993, núm. 9, págs. 319 a 324
- . SCHLOTHAUER, R., con WEIDER, HJ., *Untersuchungshaft*, Heidelberg, 1996.
- . SCHÖCH, H., *Kurze Untersuchungshaft durch frühe Strafverteidigung?*, "Rev. StV", 1997, núm. 6, págs. 323 y ss. .
- SCHUMACHER, KH., *Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs im Strafverfahren*, (Dissertation), Hamburg, 1976.
- . SEELMANN, K., *Die Ausschliessung des Verteidigers*, "Rev. NJW", 1979.
- . SEMPERE RODRÍGUEZ, C., (et. alt.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, op. dir. ALZAGA VILLAAMIL, O., Madrid, 1997.
- . SENTÍS MELENDO, S.,
- _ *La prueba en el proceso*, "Rev. Der. Proc. Ib.", 1977, núms. 2 y 3.

- *Fuentes y medios de prueba*, en "La prueba", Buenos Aires, 1978. .
- . SERRA DOMÍNGUEZ, M.,
 - *El imputado*, en "Estudios de Derecho procesal", Barcelona, 1969.
 - *Contribución al estudio de la prueba*, en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1984.
- . SERRANO ALBERCA, M., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.
- . SERRANO GÓMEZ, A., *Asistencia de abogado a los detenidos*, Anuario de Derecho Penal, XXXI- fasc. III, 1979.
- . SERRANO MAILLO, A., *Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente*, "Rev. Actualidad Penal", 1996, núm. 22, margs. 396 y ss.
- . SILVA MELERO, S.,
 - *Derechos de la defensa ante el juez de instrucción*, "Rev. Der. Proc.", 1950.
 - *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1963, Tomo I.
- . SILVA SÁNCHEZ, M., *Política criminal del legislador, del juez y de la Administración Penitenciaria sobre el sistema de sanciones en el Código Penal*, "Rev. La Ley", de 10 de julio de 1998 (año XIX, núm. 4581).
- . SIMA SANTOS, M., con LEAL-HENRIQUES, M., y BORGES DE PINHO, D., *Código de Processo Penal*, Vol. I y II, Lisboa, 1996.
- . SOLDADO GUTIÉRREZ, J., *El derecho del detenido a la asistencia letrada*, "Rev. Justicia", 1989.
- . SOSA WAGNER, F., *Administración penitenciaria*, "Rev. Administración Pública", 1976, núm. 80.

. SOTO NIETO, F.,

- *El secreto profesional del abogado: deontología y tipicidad penal*, "Rev. La Ley", núm. 4429, 2 de diciembre de 1997.

- *Revelación del secreto profesional por el abogado. Consentimiento del cliente*, (diario. 4232) de 19 de febrero de 1997.

- *La motivación, la proporcionalidad y el control judicial en las intervenciones telefónicas*, "Rev. La Ley", 1995, núm. 2.

. STAMPA BRAUM, JM^a., *Los derechos de la defensa y los límites de su ejercicio*, "Rev. Poder Judicial", 1985, núm. 14.

. STEFFANI, G., con LEVASSEUR, G., y BOULOC, B., *Procédure Pénale*, 1996 (y asimismo, ed. 1984).

. STEFFANI, G., con DI DONATO, *La difesa del colpevole e del non colpevole nella fase delle indagini preliminari*, Milano, 1993.

. STÖRMER, R., *Der gerichtliche Prüfungsumfang bei Telefoüberwachungen- Beurteilungsspielraum bei Anordnungen nach § 100 a) StPO?*, "Rev. StV", 1995, núm. 2, págs. 653 a 659..

SUÁREZ ROBLDANO, JM., *La salvaguarda y el control judicial de la inviolabilidad del domicilio, del control judicial de la intervención de las comunicaciones y del secuestro de las publicaciones*, "Rev. Actualidad Penal", 1987, núm. 2.

. TAMARIT SUMALLA, JM^a, con SAPENA GRAU, F., y GARCÍA ALBERO, R., *Curso de Derecho Penitenciario*, Barcelona, 1996.

. TERRADILLOS BASOCO, J.,

- *Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del CP y LECrim*, Madrid, 1988.

- *Terrorismo y delincuencia*, Madrid, 1988.

. TOMÉ GARCÍA, JA.,

- con ARAGONESES MARTÍNEZ, S., DE LA OLIVA SANTOS, A., HINOJOSA SEGOVIA, R., y MUERZA ESPARZA, J., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1996, y ed. 1999.

. TONINI, G., "*Giusto processo*", *diritto al silenzio ed obbligo di verità: la possibile coesistenza*, "Rev. L'indice penale", 1999, núm. 3.

. TORREBRUNO, G., *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Roma, 1986.

. TORRES MORATO, MA., con DE URBANO CASTRILLO, E., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Pamplona, 1997.

. TRANCHINA, G.,

- con PAGLIARIO, A., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3ª ed., Milano, 1996.

- con SIRACUSANO, D., GALATI, A., y ZAPPALÁ, E., *Diritto Processuale Penale*, Milano, 1996, Vol. 1º.

. TROCKER, N., *Proceso Civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.

. UBERTIS, G.,

- *Principi di Procedura Penale europea*, Milano, 2000.

- *Due casi italiani di violata segretezza della corrispondenza tra detenuto e difensore*, (caso CALOGERO y DIANA, de 15 de Noviembre de 1996, y de la misma fecha, asunto DOMENICHINI), "Rev. Giur. it.", 1997, núm. 2.

- . ULLRICH, CM., Handlungsmöglichkeiten des Strafverteidigers im Haftverfahren?, "Rev. StV", 1986, pág. 268 a 270.
- . UTZ, H., *Die Kommunikation zwischen inhaftiertem Beschuldigten und Verteidiger*, Basel, 1984.
- . VASALLI, B., *La libertà personale nel sistema della libertà costituzionali*, en "Scritti per Calamandrei", Vol. V,
- . VAZQUEZ SOTELO, JL.,
- *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984.
 - *Discrecionalidad y Derecho procesal*, "Rev. Justicia", 1995, núms. III y IV.
- . VELASCO NUÑEZ, E., *Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una discusión parlamentaria del tema*, "Rev. Actualidad Penal", núm. 18, 3-9 de mayo de 1993.
- . VELAYOS MARTÍNEZ, M^ªI., *El derecho al silencio del imputado*, "Rev. Justicia", 1992, núms. 1 y 2.
- . VESCOVI, E., *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*, "Rev. Der. Proc. Ib-filip.", 1970, núm. 2.
- . VIADA ARAGONESES, C.,
- *Curso de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 1962.
 - *Curso de Derecho Procesal*, Tomo I, Madrid, 1974.
- . VERGÉ GRAU, J., *La defensa del imputado y el proceso acusatorio*, Barcelona, 1994.
- . VIVES-ANTÓN, T., con GIMENO SENDRA, V., *La detención*, Barcelona, 1977.

- . WELP, J., *Die strafprozessuale Überwachung des Post und Fernmeldeverkehrs*, Heidelberg, 1974.
- . WESSING, J., *Die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandaten*, Düsseldorf, 1985.
- . ZAPPALÀ, G.,
- *Colloqui e corrispondenza dei detenuti con particolare riferimento ai rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura*, "Rev. Rass. pen. crim.", 1983.
 - *Censura della corrispondenza dei detenuti: profili di incostituzionalità*, "Rev. Rass. pen. crim.", 1987.
 - con TRANCHINA, G., GALATI, A., y SIRACUSANO, D., *Diritto Processuale Penale*, Vol. 1º, Milano, 1996.
- . ZIEGER, M., *Akteneinsichtsrecht des Verteidigers bei Untersuchungshaft*, "Rev. StV", 1993, núm. 6, págs. 321 a 323.
- . *Code du Procédure Pénale*, Dalloz, ed. 1997,
- (actualiz. disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen>).
- Codice e leggi per l'udienza penale* (dir. CHIAVARIO y PADOVANI), Bologna, 2000.
- (actualiz. disponible en <http://www.difesa.it>)
- . *Ley orgánica General Penitenciaria. Trabajos parlamentarios*, ed. Cortes Generales, Madrid, 1980.
- . *Nuevo Código Penal de 1995*, (MACIÁ y ROIG), Barcelona, 1996.