

El derecho de defensa según la sentencia 79/2012 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

José Miguel SERRANO RUIZ-CALDERÓN (1)

Profesor titular de Filosofía del Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Director del Instituto de Derechos Bursátiles

Diario La Ley, Nº 7850, Sección Doctrina, 3 May. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY

LA LEY 5003/2012

El derecho de defensa, junto a un derecho fundamental del acusado y un valor que define la propia esencia de la acción del abogado, es un principio fundamental del proceso contemporáneo con garantías. En consecuencia de violarse quedaría afectada la propia esencia del proceso. En los casos más graves de violación, uno de los cuales es la grabación y escucha de la conversación entre abogado y acusado fuera de las estrictas previsiones legales, nos retrotrae a formas de actuar impropias de nuestro sistema jurídico. Esto ocurre cuando se ordenan las escuchas por un juez, fuera de la previsión legal de casos de terrorismo, sin indicios que muestren que el abogado concreto está prevaliéndose de su función para delinquir y con orden de interceptar las comunicaciones sea cual sea el abogado que atienda al acusado.

Jurisprudencia comentada

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia 79/2012 (LA LEY 2784/2012) de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha superado los límites del comentario puramente jurídico para extender su impacto social. Ello ha ocurrido por varias razones, la primera ha sido la respuesta ideológica a la condena por prevaricación en concurso aparente de normas con un delito del art. 536.1 CP (LA LEY 3996/1995) al juez Baltasar Garzón Real, de amplia trayectoria en la Audiencia Nacional y que también de forma temporal ejerció las funciones de secretario de Estado y diputado.

Sin embargo, y al margen de la personalidad concreta del condenado y del debate ideológico que se ha generado, sobre todo en medios internacionales y con injerencias llamativas, en el funcionamiento de los Tribunales españoles, por ejemplo del Senado mexicano (2) y hasta cierto punto (pues en este caso se trató de un homenaje en sesión pública sin resolución) del Parlamento argentino, la sentencia admite, o más exactamente exige, un comentario estrictamente jurídico, debido a su rigurosa construcción y a la trascendencia jurídica de las cuestiones que aborda (3).

Desde el punto de vista jurídico, la sentencia tiene también una notable importancia por la manera en que confirma y perfila la jurisprudencia sobre los elementos subjetivos y objetivos del delito de prevaricación. Dedicó una amplia reflexión a los elementos del tipo, especialmente a lo que significa «a sabiendas» y a la vinculación subjetiva del funcionario con la denominada «resolución injusta» (4).

Pero es más, independientemente de los elementos del delito de prevaricación, exactamente en lo que atañe a los derechos fundamentales, la sentencia comentada será recordada por el modo en el que sienta una segura jurisprudencia sobre la protección del derecho de defensa. Ciertamente es que, a tenor de la redacción del ponente Miguel Colmenero, la sentencia en este aspecto no hace sino reiterar una jurisprudencia segura del Tribunal

Constitucional y del Tribunal Supremo. En contraste, la Fiscalía, de forma llamativa (5) , y la defensa, de manera comprensible precisamente desde el propio derecho de defensa, parecen sustentar una teoría más arcaica, es decir, una posición que no distinguiría entre comunicaciones del acusado y que permitiría la intervención judicial de la comunicación entre abogado y acusado prácticamente en todo caso.

Específicamente, como dice el FD preliminar, «la cuestión central que debe ser resuelta en esta causa se relaciona directamente con el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa, que corresponde al imputado, frente al interés legítimo del Estado en la persecución de los delitos».

Es notorio que una jurisprudencia sobre la anulación de las grabaciones efectuadas a efectos de prueba hubiera entrado en la suficiencia de los indicios o de la motivación o, incluso, como sigue diciendo la sentencia, las cuestiones relativas a la proporcionalidad de la medida; el caso contemplado va por otros derroteros pues se centra en «la valoración jurídico penal de las dos resoluciones judiciales dictadas por el acusado de fecha 19 de febrero y 20 de marzo de 2009, que, incidiendo directamente sobre el derecho a la defensa suprimiendo la confidencialidad, acordaron la escucha y grabación de las comunicaciones entre los imputados presos y su abogados defensores, sin que existieran datos de ninguna clase que indicaran que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos».

II. HECHOS PROBADOS

A pesar de la popularidad del caso, al menos en España, y debido a las confusiones que se han introducido, es preciso hacer un breve resumen de los hechos que el Supremo declara probados. Éstos son que en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional y en el curso de las Diligencias Previas núm. 275/2008, en las que se investigaban hechos que podrían ser constitutivos de delitos de blanqueo de capitales, de defraudación fiscal, de falsedad, de cohecho, de asociación ilícita y de tráfico de influencias, que se atribuían a varias personas ya imputadas en la causa, a los que se consideraba integrados en una organización en cuyo marco se ejecutaban acciones delictivas, el magistrado juez Baltasar Garzón Real dictó un auto de 19 de febrero de 2009 en el que entre otras disposiciones se ordenaba «la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, y con carácter especial, las que mantengan con el letrado D. José Antonio López Rubal, previniendo el derecho de defensa».

De forma que, según la sentencia comentada, «al dictar el referido auto, el acusado sabía que la previsión que, en su parte dispositiva textualmente decía (...) implicaba que las comunicaciones de los internos que iban a ser intervenidas, grabadas y escuchadas comprendían las que llevaran a cabo con todos los letrados, incluso con su propios abogados defensores, incluyendo igualmente a los letrados expresamente llamados por los imputados en prisión provisional, sin excepción alguna. Era consciente igualmente de que la grabación y escucha de las comunicaciones iba a incluir no solo las que realizaran con los letrados ya personados en la causa, a los que salvo al letrado ya imputado José Antonio López Rubal, no se menciona individualizadamente, sino a todos los letrados, fueran quienes fueran, que eventualmente se personaran en el futuro como defensores de los internos».

Posteriormente, el 20 de marzo, pese a la designación de nuevos abogados y el informe del fiscal, indicando expresamente que debían excluirse las conversaciones entre abogados y detenidos, «el acusado dictó un auto de prórroga de las intervenciones acordadas en el auto de 19 de febrero anterior, sin añadir ninguna cautela especial para la salvaguarda del derecho de defensa, más allá de la expresión "previniendo el derecho de defensa", a pesar de que era consciente de que, desde el dictado del auto anterior, se habían personado los nuevos letrados ya mencionados, y de que respecto de los mismos no se había precisado indicio alguno de actuación delictiva o de colaboración en la que se sospechaba que continuarían llevando a cabo los imputados que se encontraban en

prisión preventiva».

III. LOS RIESGOS DE LA EXCEPCIONALIDAD EXTENDIDA

La lucha contra el terrorismo, especialmente acuciante en Europa a partir de la crisis social de 1968 y reactualizada tras los atentado de radicales mahometanos en Nueva York el 11-S, las formas de crimen organizado y, por qué no decirlo, la implicación de abogados en ejercicio en la comisión de delitos por parte de sus clientes produjo un conjunto de transformaciones en la legislación, que no sin cierta razón ha sido calificado como de deterioro de las libertades, al menos tal como quedan definidas en sus elementos esenciales en el Estado de Derecho (6) .

Por ejemplo, en Alemania, y en el contexto de la lucha contra el terrorismo de la RAF (Fracción del Ejército Rojo o banda Baader Meinhoff), se aprobó la reforma de la Ley Introductoria de la Ley de Organización de los Tribunales, de 30 de septiembre de 1977, que introdujo en el ordenamiento jurídico alemán el controvertido instituto de la «interrupción de contactos» (*Kontaktsperre*) para sujetos acusados o condenados por terrorismo. Esta Ley permitía a las autoridades federales prohibir la comunicación entre un abogado y su cliente cuando de esa comunicación se derivaba un riesgo para la vida de otras personas o cuando esos contactos entre abogado y acusado podían facilitar la comisión de actividades terroristas (7) . Debe recordarse que en aquellos momentos se tuvo la certeza de la implicación de abogados en la estrategia criminal de las bandas de delincuentes y, por tanto, se vio la urgente necesidad de buscar formas de impedir la utilización de libertades concretas para la comisión de delitos. Es decir, no podemos perder de vista, y en este sentido se manifiesta la sentencia comentada, que el conjunto de medidas legales que se adoptaron no se justificaron en su inicio por la mayor eficacia de la acción del Estado en atención a la gravedad del delito, sino en la necesidad de evitar que precisamente bajo la cobertura del derecho de defensa se cometieran nuevos delitos.

En este sentido, la sentencia comentada en el FD decimosegundo y refiriéndose a la conducta del condenado afirma que:

«En la conducta del acusado, pues la injusticia consistió en acoger una interpretación de la Ley la cual podía intervenir las comunicaciones entre el imputado preso y su letrado defensor basándose solamente en la existencia de indicios respecto a la actividad criminal del primero, sin considerar necesario que tales indicios afectaran a los letrados.

Lo cual resulta inasumible desde cualquier interpretación razonable del Derecho, al conducir directamente a la autorización normalizada de la intervención de las comunicaciones entre el imputado en prisión y su letrado defensor, reduciendo así con carácter general el derecho de defensa exclusivamente con base a la gravedad del delito investigado y en los indicios existentes contra el primero, que son precisamente los que determinan su permanencia en prisión provisional».

En efecto, ya la Recomendación (2006) 2, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de enero de 2006 en la 952.^a Reunión de Representantes Ministeriales), dice que: «Las consultas y otras comunicaciones —incluida la postal— sobre cuestiones jurídicas entre el detenido y su abogado deben ser confidenciales».

Igualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso muy distinto al que contemplamos, referente a la interceptación de la correspondencia en una quiebra, condeno a Gran Bretaña en cuanto consideraba que la lectura y disposición por el administrador judicial de cartas entre cliente y abogado vulneraba el art. 8.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (LA LEY 16/1950) (Roma, 4 de noviembre de 1950)

Parece pues que la sentencia de Tribunal Supremo analiza un caso caracterizado por el riesgo de la utilización excesiva de instrumentos que tuvieron su origen en la lucha antiterrorista, un proceso universal, por un lado, y específicamente europeo, por otro (8) .

A efectos de situar el problema, no puede despreciarse el poder de expansión de la legislación terrorista hacia otros campos ni tampoco la capacidad de pervivencia en el tiempo que tienen las normas excepcionales, tal como ha resumido por ejemplo Francesca GALLI (9) :

«El proceso de normalización puede adoptar dos formas diferentes. Por un lado, la aplicación práctica de un poder existente a iniciativa de los legisladores, se puede extender a una serie de situaciones más amplias que las previstas inicialmente y, a menudo, alejadas de ellas. Un ejemplo significativo de un proceso de normalización en la iniciativa del legislador es el desarrollo de una vía paralela de procedimientos penales para la investigación de delitos de crimen organizado en Italia (...). Otra forma de normalización se produce cuando las prácticas de la Policía extienden los límites de lo definido o contemplado por la Ley contra el terrorismo. El controvertido uso hecho de la S 44 de la Ley británica Antiterrorista de 2000 ejemplifica el efecto indirecto, posiblemente como resultado de las prácticas policiales (10) ».

En algunas naciones como Alemania se siguió una vía de reacción que condujo a un endurecimiento del Derecho Penal y Procesal General en cuanto no se optó por una legislación especial, precisamente para evitar la connotación de «delito político» (11) . Casi podríamos decir que en el Derecho continental éste fue el camino que se siguió generalmente. Esta tendencia, que disfraza la verdadera opción tomada respecto a un tipo de delitos que no se quieren mencionar explícitamente, puede atribuirse a un cierto complejo respecto a la izquierda radical de algunos de los gobiernos de los setenta y ochenta (12) . No debemos olvidar, por circunscribirnos a la época histórica reciente, que en el origen de los Estados liberales, al menos en su fase revolucionaria, estaba la consideración de mayor gravedad de la acción del enemigo político de la República respecto al delincuente común, tal como prueba la contradictoria actitud de Robespierre respecto a la pena de muerte (13) .

IV. EL IMPACTO SOBRE EL CONJUNTO DEL PROCESO. RUPTURA DE PRINCIPIOS

No puede sorprender que un sector de la doctrina muestre su preocupación ante el nacimiento de un auténtico Derecho Penal del enemigo, al menos en ciertas actividades que necesariamente no son terroristas y ante la desviación del juez de instrucción de su función equilibrada. La propia sentencia comentada incide con rotundidad en este aspecto, al desechar la relevancia de que las medidas prevaricadoras se tomaran a solicitud de terceros. Refiriéndose a la función del juez (FD decimoprimer) afirma:

«Al instructor en el proceso penal, a quien compete la dirección de la investigación, no le corresponde ocupar una posición propia o característica de un enemigo del investigado, estando, por el contrario, obligado a “consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al reo”. Además, resulta encargado de la protección de los derechos fundamentales del imputado, en tanto que la Constitución, ordinariamente, condiciona su restricción a la existencia de una resolución judicial debidamente motivada».

Refiriéndose a una limitación específica por motivo terrorista, similar a la que contempla la sentencia, como es la designación de oficio de abogado en caso de incomunicación, incluso un autor muy vinculado a la acción del Ministerio del Interior Víctor MORENO CATENA afirma, al justificar la medida por el hecho que a veces se ha utilizado al abogado para comunicaciones entre terroristas, que: «Es preciso de todos modos analizar con sumo cuidado esta medida a la luz de los derechos fundamentales a la asistencia de abogado y a la defensa, aunque efectivamente esas circunstancias se hayan producido, y la proximidad del abogado con la organización criminal sea evidente, de modo que el pretendido aislamiento en que la incomunicación consiste llegue a frustrarse por la

relación del privado de libertad con el abogado designado por él (14) ».

Por otra parte, el desarrollo de medios técnicos de control de las comunicaciones ha creado una necesidad de limitar el uso de estos nuevos instrumentos, muy especialmente cuando son utilizados por parte de las autoridades, ya que de hecho el uso de los mismos puede afectar no solo al derecho a la intimidad, sino al mismo derecho de defensa, a la confidencialidad entre abogado y cliente o al derecho a no declarar contra uno mismo. No resultaría razonable que el derecho creara una compleja legislación de protección de datos y comunicaciones y redujera las garantías jurídicas de los mismos respecto a la propia acción del Estado (15) .

Debe advertirse que, incluso en delitos muy graves como los relacionados con la delincuencia mafiosa, la legislación mantiene medidas protectoras del derecho de defensa, especialmente en lo que se refiere a las comunicaciones entre abogado y acusado. La Ley italiana núm. 11, de 7 de enero de 1998, introdujo, entre las disposiciones de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), un art. 146 bis, en sus partes pertinentes y tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 4, de 19 de enero de 2001, al referirse a las comunicaciones a distancia recoge incluso en estos casos que: «El defensor o su sustituto siguen teniendo derecho a estar presentes en el lugar donde se encuentre el acusado. El defensor o su sustituto presentes en la sala de audiencia y el acusado podrán consultarse de forma confidencial por medio de instrumentos técnicos adaptados». Y el TEDH en el caso *Viola contra Italia*, TEDH\2006\55, entendió que no se habían violado los derechos del procesado por estos medios.

Es más, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo español es consciente de que algunas formas de intentar bordear la legislación vigente con una intolerable interpretación extensiva de las muy excepcionales circunstancias que autorizarían una interceptación de las comunicaciones entre abogado y cliente, especialmente cuando éste se encuentra en prisión, pueden eliminar los elementos esenciales de un proceso justo, hasta el extremo de convertirlo en una caricatura. Es decir, ciertas formas de interpretar el papel del juez en la instrucción podrían significar que éste adopta una posición insostenible respecto al acusado en lo que se refiere a su derecho a un juez imparcial.

Desde una interpretación teleológica del sentido de la función del abogado y la defensa en un juicio de igualdad de armas, el control total por parte del juez, de la Policía o del fiscal de la comunicación entre abogado y defendido supone la desaparición del juicio tal como lo conocemos y nos introduce en un escenario completamente reprochable. No se trata de la violación de un derecho que pudiera subsanarse haciendo «como si no se hubiese oído», sino de algo indudablemente más grave.

La sentencia, igualmente, no considera que prevenga el derecho de defensa la supresión de algunos párrafos de lo grabado en las conversaciones intervenidas y ello porque «tampoco puede valorarse como protección del derecho de defensa la supresión de algunos párrafos de las conversaciones intervenidas, una vez que han sido escuchadas por los funcionarios policiales responsables de la investigación, que ni siquiera fueron requeridos para que no utilizarán en sus informes y conclusiones o líneas de investigación, por el propio acusado como instructor de la causa y por los representantes del Ministerio Fiscal en el caso».

En efecto, a juicio del Tribunal Supremo esta supresión tiene sentido en los supuestos de acceso accidental como remedio o mal menor pero «carece de eficacia en relación con una resolución orientada directamente al conocimiento del contenido de tales comunicaciones».

De hecho la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido contundente en lo que se refiere a la libertad de comunicación sin vigilante interpuesto. En la sentencia de 5 de octubre de 2006, *Viola contra Italia*, se afirma que «el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura

entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del art. 6.3.c) del Convenio. Si un abogado no pudiese encontrarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad».

Casi nos atreveríamos a corregir e indicáramos que, más que ante una cuestión de utilidad, estamos ante el riesgo de perder el sentido de la asistencia jurídica y de la función de abogado.

Si la presencia del juez en las comunicaciones entre abogado y acusado es contraria al Convenio Europeo parece que también debe serlo, e incluso con mayor motivo, la escucha de las conversaciones entre abogado y cliente sin la advertencia de éstos, salvo algunos casos estrictamente restringidos.

No puede olvidarse que la interceptación de la comunicación confidencial en el marco de la defensa no se reduce a un problema de intimidad, sino que afecta a derechos absolutos, como son los derechos a no declarar contra sí mismo o a no declararse culpable. Insistimos en que el Tribunal Supremo considera que la exclusión posterior del sumario de los datos obtenidos por esta vía no resuelve propiamente el problema; en este sentido estamos de acuerdo con I. IBÁÑEZ GARCÍA cuando afirma:

«(...) el asunto hay que explicarlo desde los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, de “no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables”, que, en mi opinión, son derechos absolutos (de los pocos derechos absolutos que pueden existir). Se trata de la creencia del imputado de que las conversaciones con su abogado no pueden ser escuchadas, pues en este ámbito de confidencialidad el imputado puede trasladar a su defensor aspectos de su conducta, hasta incluso el reconocimiento del hecho. Esto hay que incardinarlo con el derecho-obligación a ser defendido por abogado. Si se reconociera la autodefensa, el imputado tiene claro que, salvo confesión voluntaria de los hechos, nadie conocería su participación en los mismos. Al existir un tercero, el abogado que le defiende, el imputado tiene que tener la plena seguridad (absoluta seguridad) de que sus conversaciones no pueden ser interceptadas, pues se estaría vulnerando su derecho fundamental. Incluso en los delitos más repugnantes, como los de terrorismo, entiendo que no puede vulnerarse el derecho, salvo que existan indicios de que el ejercicio de la defensa y la condición de abogado están siendo utilizadas para la comisión de nuevos delitos. Incluso en este caso, lo hablado entre el imputado y su abogado no podría utilizarse en su contra por los delitos de los que ya está imputado (16) ».

En este punto la sentencia más determinante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la sentencia *Lanz contra Austria*, de 31 de enero de 2002 (TEDH\2002\3), que condena al Estado austriaco por violación del art. 6.3 del Convenio referido al derecho de defensa. El Tribunal considera que la presencia del juez instructor en las comunicaciones con el abogado limita gravemente los derechos del acusado y describe el derecho de defensa como algo más que un derecho que «es parte de los requisitos básicos de un juicio equitativo en una sociedad democrática y se desprende del art. 6.3 del Convenio. Si un abogado no pudiera conferenciar con su cliente y recibir sus instrucciones confidenciales sin estar vigilados, su asistencia perdería mucha utilidad, cuando el propósito del Convenio es garantizar los derechos que son prácticos y efectivos [sentencia *S. contra Suiza*, de 28 de noviembre de 1991 (TEDH 1991, 54), serie A, núm. 220, pág. 16, ap. 48]».

V. TUTELA JUDICIAL Y DEFENSA CORPORATIVA DEL DERECHO DE DEFENSA

La sentencia cumple igualmente un papel muy relevante, en cuanto aclara que los elementos de la función del abogado que afectan de forma más decisiva a la existencia de la posibilidad misma de un juicio justo son protegidos primordialmente por los Tribunales del Estado, que son en quienes está depositada fundamentalmente esta responsabilidad, y esto no solo en cuanto el Tribunal Supremo sanciona a un juez, sino porque lo ha hecho sin la intervención de quienes tienen la responsabilidad corporativa de defender los derechos de la abogacía. Véase lo

claramente dispuesto en el art. 3.1 del Estatuto de la Abogacía Española:

«Son fines esenciales de los Colegios de Abogados en sus respectivos ámbitos, la ordenación del ejercicio de la profesión; la representación exclusiva de la misma; la defensa de los derechos e intereses profesionales de los colegiados; la formación profesional permanente de los abogados; el control deontológico y la aplicación del régimen disciplinario en garantía de la sociedad; la defensa del Estado social y democrático de Derecho proclamado en la Constitución y la promoción y defensa de los Derechos Humanos, y la colaboración en el funcionamiento, promoción y mejora de la Administración de Justicia».

O más específicamente en el art. 68.s) del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (LA LEY 1024/2001), por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que indica que corresponde al Consejo General de la Abogacía Española:

«Defender los derechos de los Colegios de Abogados, así como los de sus colegiados cuando sea requerido por el Colegio respectivo o venga determinado por las Leyes, y proteger la lícita libertad de actuación de los abogados, pudiendo para ello promover las acciones y recursos que procedan ante las autoridades y jurisdicciones competentes, incluso ante el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, los Tribunales europeos e internacionales, sin perjuicio de la legitimación que corresponda a cada uno de los distintos Colegios de Abogados y a los abogados personalmente».

Esta abstención tan criticada, que en otras circunstancias podría presentar inconvenientes (17) , y que en éstas debe llevar a una reflexión sobre las propias funciones corporativas, podría ser en este caso beneficiosa, en cuanto aclara y precisa que no nos encontramos en un pulso por «privilegios» profesionales, sino en una definición jurisprudencial de uno de los elementos de un Estado de Derecho e incluso, me atrevería a decir, de la descripción de un Estado jurídico decente.

Evidentemente, esto no elimina la sorpresa ante la inacción de los órganos corporativos españoles que contrasta con la intervención de otros órganos en el nivel europeo ante casos indudablemente menos trascendentes (18) .

En alguna sentencia, como en TEDH\2007\17 (*Castravet contra Moldavia*), es precisamente la respuesta del colectivo de abogados lo que se considera indicio de la racionalidad de las dudas que se expresan sobre la intervención de las comunicaciones. Así:

«El Tribunal señala que el problema de la supuesta falta de confidencialidad en las comunicaciones abogado-cliente en el centro de detención CFECC parece haber sido un asunto de profunda preocupación para toda la comunidad de abogados en Moldavia, desde hace tiempo, y que incluso fue motivo de una huelga organizada por la Asociación de Colegios de Abogados de Moldavia (párrafo 19 *supra*). Las peticiones de los colegios para que se verificara la presencia de instrumentos de escucha en la partición de cristal fue rechazada por la administración del CFECC (párrafo 20 *supra*), y ello parece haber acrecentado la sospecha de los abogados. Tal preocupación y protesta por parte de la Asociación Colegial de Abogados podría, desde el punto de vista del Tribunal, ser suficiente como para plantear una duda sobre la confidencialidad a cualquier observador imparcial».

La sentencia TS 79/2012 finalmente tiene importancia en cuanto, como indica la propia Sala, es la primera oportunidad en la que se juzga un caso en el que, sin indicio alguno contra los letrados, se ha procedido a grabar las comunicaciones entre éstos y sus defendidos en el centro penitenciario. Como indica en el FD decimoprimer:

«Finalmente, ha de señalarse que en la jurisprudencia de esta Sala no aparece un caso similar en el que, sin indicio alguno contra los letrados, se haya procedido por el juez instructor a escuchar y grabar las comunicaciones entre los mismos y sus defendidos en el centro penitenciario en el que éstos se encuentran privados de libertad. No existe, por lo tanto, un término válido de comparación. Y no es posible extraer conclusiones de otros posibles

supuestos alegados, pues no han sido examinados por este Tribunal, que no se ha pronunciado, y se desconocen sus elementos fácticos».

VI. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 51.2 DE LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA

La posible limitación de la libertad y confidencialidad de la comunicación entre el letrado y su defendido cuando se encuentra en prisión provisional fue regulada por el art. 51.2 LOGP (LA LEY 2030/1979) en su relación con el art. 579 LECrim. (LA LEY 1/1882) Se trata, en cierta medida, de una limitación excepcional y odiosa que, por ello, en el marco de la evolución constitucional española ha sido reinterpretado de forma restrictiva para la posibilidad de intervención; esta evolución se ha dado tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

No debe despreciarse el hecho de que la interpretación del art. 51.2 a la que alude la defensa para justificar la conducta del condenado sería difícilmente conciliable con las condiciones que exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para considerar que se cumple la previsión de preeminencia del Derecho.

El Tribunal recuerda a este respecto que el art. 8.2 exige que la Ley sea «compatible con la preeminencia del derecho»: cuando se trata de medidas secretas de vigilancia o de interceptación de comunicaciones por las autoridades públicas, la ausencia de control público y el riesgo de abuso de poder implican que el Derecho interno debe ofrecer al individuo una cierta protección contra las injerencias arbitrarias en los derechos garantizados por el art. 8. Es por esto que la Ley debe utilizar términos suficientemente claros para indicar a todos en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita a los poderes públicos para adoptar tales medidas secretas (ver, en último lugar, la sentencia *Halford* antes citada, pág. 1.017, apartado 49). (19)

En lo que se refiere al Tribunal Constitucional, la STC 73/1983 (LA LEY 8075-JF/0000) interpretaba, cierto que en un *obiter dicta*, que el precepto cuestionado permitía que las comunicaciones a las que nos venimos refiriendo fueran intervenidas con carácter general por orden de la autoridad judicial y en los casos de terrorismo por orden del director del establecimiento penitenciario: «La interpretación lógica de uno y otro apartado conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el núm. 2 solo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podrá acordar la suspensión el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente».

La interpretación, que reducía al aplicarse a las intervenciones de comunicaciones drásticamente el derecho de defensa, fue abandonada por el Tribunal Constitucional. Este giro ha sido explicado, por una parte, por el «momento histórico en el que se producía» aún no asentadas las libertades, por otra, el Tribunal Constitucional insiste en que se trataba de un *obiter dicta*. Así, en la STC 183/1994 (LA LEY 13517/1994) dice que: «La interpretación anterior no se aviene con el sentido más estricto y garantista que cabe atribuir al art. 51 LOGP (LA LEY 2030/1979)», mientras aduce que la jurisprudencia anterior responde a una confusión entre dos clases de comunicaciones, las generales del art. 51.1 y las que se tienen con el abogado expresamente llamado a asuntos penales del art. 51.2. Respecto a este segundo tipo de comunicaciones, la STC 183/1994 (LA LEY 13517/1994) considera que es imposible entender como alternativas las dos condiciones de orden de la autoridad judicial y supuestos de terrorismo y debe llegarse a la conclusión de que el art. 51.2 «autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones».

Esta exigencia cumulativa se reitera en STC 200/1997 (LA LEY 149/1998) y STC 58/1998 (LA LEY 4928/1998). En la segunda además se vincula esta exigencia cumulativa con el derecho de defensa afirmándose «es la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa la que hace que el legislador penitenciario constriña

toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus abogados o procuradores a “los supuestos de terrorismo y que exija además la garantía judicial”».

Según la sentencia que estamos comentando, esta jurisprudencia fue seguida estrictamente por el Tribunal Supremo, que fue más claro y preciso aún en el establecimiento de la regla general, la única excepción y la vinculación con el derecho de defensa. Así, en lo que se refiere a la norma general se afirma en la STS 538/1997, de 23 de abril (LA LEY 5119/1997), que: «En definitiva, la regla garantiza, en todo caso, la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, sin posibilidad de intervención administrativa ni judicial».

Lo que a su vez concuerda claramente con la jurisprudencia del TEDH, que en relación con la existencia de una mampara divisiva en las comunicaciones entre letrado y detenido había indicado:

El Tribunal considera que una injerencia en el privilegio abogado-cliente, y por ende, en el derecho del detenido a la defensa, no exige necesariamente que tenga lugar una interceptación real o una escucha subrepticia. Una creencia genuina, basada en indicios razonables de que su conversación está siendo escuchada, puede ser suficiente, desde el punto de vista del Tribunal, para limitar la efectividad de la asistencia que el abogado pueda proporcionar. Tal creencia inhibiría inevitablemente la libertad de discusión entre el abogado y el cliente, y vulneraría el derecho del detenido a rebatir de forma efectiva la legalidad de su detención (20) .

Esta regla general admite excepción de reacción proporcionada frente a la posibilidad de abusos en casos «muy específicos y excepcionales». Éstos serían «concretamente, en el ámbito de las actividades de delincuencia organizada en grupos permanentes y estables, de carácter armado, cuya finalidad o efecto es producir el terror en la colectividad».

Ante esta amenaza excepcional puede tomarse una medida con la precaución notoria de que no se pueda contagiar al resto del sistema: «Es por ello por lo que, excepcionalmente y sin que dicha excepción pueda contagiarse al resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 LOPJ (LA LEY 1694/1985) faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares. Pero, como señala la sentencia del Tribunal Constitucionalidad 183/1994, son condiciones habilitantes acumulativas, el tratarse de supuestos de terrorismo y la orden judicial, motivada y proporcionada».

VII. IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA FORMAL «PREVINIENDO EL DERECHO DE DEFENSA»

Los dos autos que han sido considerados conducta prevaricadora por el Tribunal Supremo, a la vez que ordenaban *de facto* la grabación de todas las conversaciones de los imputados, incluyendo las que tuviesen con cualesquiera que fuesen sus abogados, incluían una referencia genérica que textualmente decía: «Previniedo el derecho de defensa». Parece prácticamente imposible prevenir el derecho de defensa con las instrucciones dadas, tal como en cierta forma indicó la Fiscalía de la Audiencia Nacional por dos veces al juez condenado; es más, si repetimos el experimento mental que en cierta manera venimos desarrollando, de ver qué ocurriría con el propio derecho de defensa de aceptarse la interpretación exculpatoria, el efecto sería que bastaría una fórmula genérica negando que se estuviese violando un derecho para poder violarlo impunemente según el contenido de la instrucción emitida.

En este sentido, el Tribunal Supremo se muestra contundente al afirmar que: «En cuanto, finalmente a la cláusula relativa a la salvaguarda del derecho objetivo de defensa, desde el punto de vista objetivo no se le puede reconocer efecto alguno, y no solo por el tenor de la resolución judicial, que la contradice al suprimir la confidencialidad, sino porque una vez que la Policía, el juez instructor o el fiscal del caso oyen las conversaciones

entre el imputado y su letrado defensor, la exclusión de las mismas de la causa solo evitan su utilización como prueba, pero (no) su empleo, expreso o tácito, durante la investigación desarrollada en fase de instrucción. Por otra parte, en el caso, la cláusula quedo reducida a su simple aparición en la resolución, pues no se acordó ninguna medida para hacerla efectiva» (FD decimoprimer, 7).

Es más, al referirse a los elementos del tipo subjetivo el Tribunal Supremo vuelve sobre la cláusula que venimos mencionando y dice: «La inclusión de la cláusula previniendo el derecho de defensa en ambas resoluciones revela que el acusado era consciente de que su decisión afectaba al derecho de defensa. Sin embargo, no puede aceptarse que la intención del acusado fuera, precisamente, proteger el derecho de defensa, ya que el propio contenido de los autos anula el sentido de la anterior previsión, convirtiéndola en algo puramente formal» (FD decimotercero, 1).

VIII. EL EFECTO DE LA NORMALIZACIÓN DE LA CONDUCTA

Para reforzar la argumentación sobre la forma en la que la conducta es prevaricadora y afecta al derecho de defensa, la sentencia se detiene en el efecto que podría tener lo que llamaríamos la normalización de la conducta sobre el proceso español. Antes había considerado una serie de elementos de las escuchas ordenadas, éstos serían: «Que el acusado acordó la intervención de las comunicaciones de los internos con todos los letrados; b) que lo hizo mediante un acuerdo tan genérico que afectaba, sin excepción alguna, a cualquier letrado defensor, ya designado o que lo fuera en el futuro, y c) que no disponía de dato alguno que indicara que alguno de los letrados, de los que según los hechos probados fueron afectados, estuviera aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos» (FD decimosegundo).

El impacto de estas actuaciones no tan solo sobre un derecho determinado, sino sobre el conjunto del sistema penal, es descrito en el mismo fundamento, en el punto cuatro, en unas afirmaciones contundentes que sientan una clara jurisprudencia sobre los excesos judiciales:

«En el caso, el acusado causó con su resolución una drástica e injustificada reducción del derecho de defensa y demás derechos afectados anejos al mismo, o con otras palabras, como se dijo ya por el instructor, una laminación de esos derechos, situando la concreta actuación jurisdiccional que protagonizó, y si se admitiera siquiera como discutible, colocando a todo el proceso penal español, teóricamente dotado de las garantías constitucionales y legales propias de un Estado de Derecho contemporáneo, al nivel de sistemas políticos y procesales característicos de tiempos ya superados desde la consagración y aceptación generalizada del proceso penal liberal moderno, admitiendo prácticas que en los tiempos actuales solo se encuentran en lo regímenes totalitarios en los que todo se considera válido para obtener la información que interesa o se supone que interesa, al Estado, prescindiendo de las mínimas garantías efectivas para los ciudadanos y convirtiendo de esta forma las previsiones constitucionales y legales sobre el particular en meras proclamaciones vacías de contenido».

Las amenazas que venimos sufriendo, especialmente por la acción terrorista, pero también por el impacto de la corrupción en la gestión de los asuntos públicos, son muy graves. Respecto a unas y otras, el Estado y la comunidad han arbitrado medios de defensa y facultades judiciales, que en cierta forma pueden considerarse extraordinarias. Lo fundamental es que la sanción de estos actos se está realizando con los instrumentos del Estado de Derecho. A veces, sin embargo, se corre el riesgo de la desviación, amparada en el buen fin, o en una práctica reprobable. No puede olvidarse en este aspecto que también el juez de instrucción, dotado de un gran poder en nuestro ordenamiento puede violar los derechos de los ciudadanos, incluso aquel derecho que salvaguarda la posibilidad de ejercer los demás en juicio: el derecho de defensa. Éste es el sentido jurídico que hay que atribuir a la sentencia comentada.

(1) Autor, entre otros, de «Dignidad versus patentabilidad (Comentario de la STJ de 18 de octubre de 2011 en el asunto Brüstle/Greenpeace)», LA LEY. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 7766, Sección Tribuna, 30 Dic. 2011, Año XXXII, págs. 4-7.

[Ver Texto](#)

(2) Con notable falta de precisión en su intervención el senador Arturo Herviz del PRD, en la sesión del 21 de febrero, para presentar punto de acuerdo con relación a la inhabilitación y procesamiento del juez español Baltasar Garzón por investigar crímenes del franquismo, obviando de forma llamativa la verdad del asunto.

[Ver Texto](#)

(3) Sin desconocer que algunos autores consideran que el «sinsentido» era el propio juicio a Garzón: «El juicio contra Garzón por presunta prevaricación en lo que toca a la intervención de las comunicaciones de dos presos preventivos con sus abogados en el marco del asunto Gürtel —cualquiera que sea su resultado, pues al momento de escribir estas líneas, enero de 2012, se está celebrando—, es de difícil justificación y susceptible de producir gravísimos efectos a una Justicia ya muy desprestigiada por situaciones de difícil comprensión tras las que cabe apreciar quiebras del sistema democrático que exigen una pronta respuesta» (cfr., J. M. ASECIO MELLADO, «Editorial: Garzón e inseguridad jurídica», Práctica de Tribunales, núm. 91, marzo 2012, pág. 4).

[Ver Texto](#)

(4) En este punto y citando STS 2338/2001 se afirma que «la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que, en clave estrictamente objetiva, la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles».

[Ver Texto](#)

(5) A este respecto J. M. ASECIO MELLADO, cierto que sin haber visto aún la sentencia y desconociendo la argumentación que sentaría el Tribunal Supremo afirma que: «En esta situación general y ordinaria, Garzón no hizo otra cosa que aplicar una norma discutida y poco precisa, el art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LA LEY 2030/1979), y actuó en la misma forma en que otros lo han hecho y conforme a las variadas interpretaciones existentes en la doctrina y en la misma jurisprudencia» (ibíd., pág. 4).

[Ver Texto](#)

(6) En este sentido véase especialmente la parte tercera de la obra de A. MASFERRER y otros, Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011.

[Ver Texto](#)

(7) M. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Respuesta legislativa de las democracias occidentales al terrorismo: los casos británico, italiano y alemán (1970-1990)», en A. AQUILINO MASFERRER et al., op. cit., pág. 447.

[Ver Texto](#)

(8) En este sentido véase a J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea», Revista Jurídica Española LA LEY, 2004, 4, págs. 1.867-1.881.

[Ver Texto](#)

(9) F. GALLI, «La legislación antiterrorista en Europa y la normalización de medidas extraordinarias: hacia la prevención,

la vigilancia», en A. MASFERRER et al., op. cit., pág. 397 y ss.

[Ver Texto](#)

(10) *Ibíd.*, pág. 404-405.

[Ver Texto](#)

(11) M. A. CANO PAÑOS, «Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núms. 10-14 (2008): «Hay que decir de entrada que las especiales dificultades a la hora de perseguir la delincuencia terrorista como una clara manifestación de la criminalidad organizada y violenta podrían haber llevado al legislador alemán de la época a considerar la posibilidad de hacer frente al terrorismo a través de una legislación especial situada extramuros de las codificaciones penales y procesales vigentes (como por ejemplo ocurrió en el Reino Unido en su lucha contra el IRA). No obstante, los sucesivos Gobiernos alemanes desecharon desde un principio dicha posibilidad, si bien, como se verá posteriormente, algunas de las reformas operadas en la legislación penal y procesal podrían hacer pensar lo contrario. En palabras de Hans-Jochen Vogel, Ministro de Justicia entre los años 1974 y 1981, una actuación contra el terrorismo mediante una legislación especial hubiera llevado a reconocer implícitamente que dicho fenómeno se presenta como algo cualitativamente distinto a la delincuencia común, lo que haría imposible hacerle frente mediante el ordenamiento jurídico ordinario. Además, la aprobación de una legislación especial antiterrorista hubiera conducido a conferir de oficio a los terroristas ese estatus especial que desde siempre venían exigiendo en su lucha contra el Estado».

[Ver Texto](#)

(12) Sin olvidar la dificultad de encuadrar el propio terrorismo en una visión puramente jurídica. En este sentido dice J. A. MARTÍNEZ MUÑOZ: «Y si en algún ámbito la comprensión jurídica está perdida es en el área relacionada con los fenómenos bélico y especialmente en relación con el terrorismo. Precisamente allí donde resultaría más necesaria, la delimitación de lo legítimo presenta unos linderos más difusos. Lo podemos observar en que es fácilmente constatable que, en determinados casos, el terrorismo, cuenta con apoyo y comprensión de amplios sectores sociales y siempre ha tenido un fuerte respaldo ideológico en determinados grupos políticos que consideran legítima la consecución de objetivos políticos con una violencia extrema. Por otra parte, la condena generalizada del terrorismo se hace desde una instancia evanescente con tanta más contundencia cuanto más insignificante es el resultado» [cfr. J. A. MARTÍNEZ MUÑOZ, «El Derecho ante el terrorismo (el marco hermenéutico básico)», en A. MASFERRER et al., op. cit., pág. 691.

[Ver Texto](#)

(13) A este respecto, véase a J. M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, «El debate sobre el indulto y la pena de muerte», *Foro: revista de ciencias jurídicas y sociales* (7/2008), págs. 57-92.

[Ver Texto](#)

(14) V. MORENO CATENA, «El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa», en AA. VV., *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 394.

[Ver Texto](#)

(15) N. CUADRADO GAMARRA, «Protección de datos en el ámbito laboral», *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, *Lex Nova*, núm. 20, 2004.

[Ver Texto](#)

(16) <http://hayderecho.com/2012/02/13/la-condena-a-garzon-por-las-escuchas-ilegales/>, consultado el 9 de marzo de 2012.

Ver Texto

(17) Inconvenientes graves a juicio del abogado del Colegio de Madrid Javier Cremades, quien en el diario El País el 1 de marzo de 2012 afirmaba: «Sin embargo, esta nube de reacciones emocionales e ideológicas oculta una circunstancia de este caso que representa mayor gravedad. Se trata del desconcertante papel que ha jugado en este proceso el Colegio de Abogados de Madrid. En buena lógica, parecería que una de las funciones esenciales de todo Colegio de Abogados fuese la protección del derecho de defensa como núcleo de la profesión del abogado. Por eso, a nadie le extrañó que, tras conocer la realización de las escuchas, la junta de gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid aprobara, a mi juicio de forma acertada, la autorización para que el Colegio interpusiera una querrela para defender el derecho de defensa que ejercían los letrados espiaados. Lo que resulta sorprendente y hasta escandaloso es que el Colegio, finalmente, no actuara y dejara solos a los abogados escuchados. Tuvo que ser un abogado particular y en solitario, Ignacio Peláez, el que decidió dar ese complicado paso y presentar la correspondiente querrela que, una vez admitida, ha permitido la incoación del conocido procedimiento penal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la personación de otras partes acusadoras». Javier CREMADES, «El caso Garzón y el derecho de defensa», El País, 1 de marzo de 2012.

Ver Texto

(18) De nuevo con I. IBÁÑEZ GARCÍA: «A título de ejemplo, puede citarse la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de fecha 17 de septiembre de 2007 (Asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, Azko Nobel Chemicals Ltd.), en la que se dilucida sobre la licitud de la incautación, por la Comisión Europea, de documentos en un procedimiento administrativo. Documentos afectados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Para añadir más adelante que: en el asunto europeo citado, comparecen, en defensa de los derechos fundamentales, como coadyuvantes, varias asociaciones nacionales e internacionales, entre otras, Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos, Consejo de la Abogacía Europea, Asociación Europea de Abogados de Empresa, sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Colegios de Abogados, Asociación Americana de Abogados de Empresa —sección europea—, Asociación Internacional de Colegios de Abogados, etc.». <http://hayderecho.com/2012/02/13/la-condena-a-garzon-por-las-escuchas-ilegales/>, consultado el 9 de marzo de 2012.

Ver Texto

(19) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Kopp contra Suiza, sentencia de 25 de marzo (TEDH\1998\9).

Ver Texto

(20) Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.ª), Caso Castravet contra Moldavia, sentencia de 13 de marzo de 2007 (TEDH\2007\17).

Ver Texto
