

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA

SESSIÓ OBERTA SOBRE
«EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES ENTRE
EL ABOGADO Y SU DEFENDIDO»¹

PRESENTACIÓ

per

JOSEP-D. GUÀRDIA I CANELA
President

L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya celebra avui la primera de les sessions que hem anomenat «obertes» per distingir-les de les sessions ordinàries a les quals només assisteixen els acadèmics i de les sessions públiques i solemnes com les d'inauguració del Curs Acadèmic i les de recepció dels nous acadèmics de número. Es tracta d'una nova iniciativa suggerida pel nostre vicepresident Dr. Córdoba i que la Junta de Govern ha anat elaborant.

Consisteix, com tots vostès en són testimonis, en invitar a un jurista de prestigi, preferentment pertanyent a una Acadèmia, com ho és el professor Rodríguez Mourullo i a juristes especialment interessats en la matèria del món dels diferents operadors jurídics de Catalunya, en aquest cas, magistrats de l'ordre jurisdiccional penal, catedràtics de Dret Penal i advocats especialitzats en aquesta matèria,

¹ Aquesta sessió oberta va tenir efecte a la Sala de l'Acadèmia de l'I.C.A.B. el dia 15 de novembre de 2011. Assistiren els acadèmics senyora M. Eugènia Alegret i Burgués i senyors, Enric Brancós Núñez, Elías Campo Villegas, Juan Córdoba Roda, Antoni de P. Escura i Viñuela, Joan Egea Fernández, José Juan Ferreiro Lapatza, Robert Follía Camps, Josep D. Guàrdia Canela, Rafael Jiménez de Parga Cabrera, Lluís Jou i Mirabent, Ramón Mullerat Balmaña, Josep J. Pintó Ruiz, Ignacio Sancho Gargallo i Eudald Vendrell Ferrer, també les senyores, Maria-José Magaldi Paternostro, Mercedes García Aran, els senyors, Pedro L. Yúfera, Míguel-Angel Gimeno Jubero, Carlos Ramos Rubio, Pedro Martín García, Francisco Bañeres Santo, Gonzalo Quintero Olivares, Joan Josep Queralt Jiménez, Jesús Silva Sánchez, Fermín Morales Prats, Luis del Castillo Aragón, Constantino Adell Artiga, Cristóbal Martell Pérez-Alcalde, Emilio Zegri Boada, Francesc Jufresa Potau, Francesc Tusquets Trias de Bes i Jordi Pina Massachs. L'acte s'inicià amb una Presentació del president de l'Acadèmia Sr. Guàrdia, una Introducció del vicepresident de l'Acadèmia i organitzador de la sessió, Dr. Córdoba, la Ponència del Dr. Rodríguez Mourullo i conclougué amb un col·loqui entre els assistents, en el que van participar, senyores Magaldi, Alegret i els senyors, Mullerat, Pintó, Ferreiro, Yúfera, Silva, Brancós, Bañeres, Jufresa, Morales, del Castillo i Quintero.

per tal de que, junt amb els membres de número de l'Acadèmia, celebrin una sessió que, n'estic segur, tindrà una alta vàlua intel·lectual.

Hoy contamos con la presencia del profesor Rodríguez Mourullo. No tendría ningún sentido presentarle ante juristas que con toda seguridad conocen su obra mejor que yo, que no soy de esta especialidad. En todo caso me parece de interés señalar unos pocos hitos personales que me parecen especialmente significativos en este acto.

Gonzalo Rodríguez Mourullo nació en la vila de Balcaide, parroquia de San Xoán de Calo, concello de Teo (A Coruña) en 1935. Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Santiago de Compostela en 1957, se doctoró en la misma Universidad y con la misma máxima calificación en 1959. Ha sido Catedrático de Derecho Penal en las Universidades de Oviedo, Santiago de Compostela, y Autónoma de Madrid de la que fue Decano. Es Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación. Ha participado activamente en las reformas de nuestra legislación penal. Abogado en ejercicio, ha sido miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid. Y desde 2002 es miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con sede en Madrid, donde ostenta la medalla número 3. Y es también miembro de número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Es uno de los penalistas españoles más importantes, tanto desde la consideración universitaria y académica, como desde la del ejercicio de la profesión de abogado. Una y otra actividad las ha desarrollado con profesionalidad, discreción y apartándose en lo posible de las instancias mediáticas. Ha sido miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid.

El profesor Rodríguez Mourullo además y ello es muy importante en Catalunya, es gallego y ejerce como tal. Está en posesión de la Medalla Castelao, máximo galardón otorgado por la Xunta de Galicia en atención a su aportación a la Ciencia Jurídica. Pero también ha destacado en el ámbito de la literatura. Tras ganar en 1954 el primer premio de cuentos del *Centro Galego* de Buenos Aires, publicó *Nasce unha árbore* y en 1956 *Memoria de Tains*. Ambas obras sentaron las bases de una honda renovación en la literatura gallega que dio origen a la llamada nueva narrativa gallega, entre cuyo grupo de literatos Rodríguez Mourullo ocupa un lugar destacado.

Moitas grazas Profesor Rodríguez Mourullo por atender tan amablemente a nosa invitación. A Academia de Xurisprudencia e Lexislación de Cataluña, séntese moi honrada con elo. Desexámoslle unha moi leda estadía entre nós.

INTRODUCCIÓ

per

JUAN CÓRDOBA RODA

Vicepresident. Catedràtic de Dret Penal

La primera sessió oberta de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya ha tingut com a Ponent al professor Gonzalo Rodríguez Mourullo, catedràtic de Dret Penal de la Universitat Autònoma de Madrid, acadèmic de número de la Real Acadèmia de Jurisprudència i Legislació i també acadèmic de número de la Real Acadèmia Gallega de Jurisprudència i Legislació. És advocat i vocal permanent de la Comissió General de Codificació; i ha sigut decan de la Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Madrid i ponent general del Anteproyecto de Codi Penal de 1979.

La extensa obra científica del professor Rodríguez Mourullo constitueix sempre una referència obligada per a tots. Des dels seus primers treballs ha abordat les qüestions nuclears de la teoria general del delicte, com la presumpció de voluntarietat i la eximent de cas fortuït; i anys més tard en la seva magnífica monografia, la omisió de socorro en el Codi Penal. Posteriorment ha sigut autor de uns Comentaris al Codi Penal en 1972, de la Part General del Dret Penal en 1977, i més recentment de uns Comentaris al Codi Penal dirigits per ell, i de les que també és autor de parts fonamentals.

En tota aquesta obra s'expressa la seva personalitat, definida per la intel·ligència de les aportacions, la ponderada valoració de totes les opinions i la constant referència als valors de la cultura jurídic-penal, centrats en els principis de culpabilitat, de legalitat i de humanitat.

Sua sensibilitat per als problemes reals del Dret Penal li van portar a dedicar la seva atenció als delictes socioeconòmics, i a la publicació de la monografia sobre el present i futur del delicte Fiscal.

El professor Gonzalo Rodríguez Mourullo és també un gran advocat. El seu interès per la aplicació pràctica del Dret Penal se troba en totes les seves obres. I precisament en la ponència presentada en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, sobre el secret de les comunicacions entre l'advocat i el seu defensat, se acredita la confluència en la seva personalitat, de la figura del advocat.

El professor Rodríguez Mourullo ha creat també una de les més importants escoles de la ciència jurídic-penal espanyola, a través de la Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Madrid.

La ponència sobre el secret de les comunicacions entre l'advocat i el seu defensat, ha tingut una justa correspondència en l'ampli i ric debat per magistrats i fiscals, catedràtics de Dret Penal i advocats penalistes, en la se-

sión de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya. Ante todo se puso de relieve, como no podía ser menos, que el secreto de las comunicaciones constituye una condición imprescindible para el ejercicio de la abogacía. El ciudadano que acude al abogado debe tener la seguridad de que todo lo que le manifiesta, permanece en la más absoluta confidencialidad. Sin esta condición el ejercicio de la abogacía es imposible.

Un segundo aspecto ha sido el de examinar los supuestos en los que excepcionalmente quepa una intervención de dichas comunicaciones, unido a una valoración crítica de estas mismas intervenciones.

Por último, se han examinado cuáles son los bienes jurídicos que se lesionan en el caso de que se efectue una intervención de las comunicaciones entre abogado y defendido.

EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES ENTRE EL ABOGADO Y SU DEFENDIDO

por

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

Abogado. Catedrático de Derecho Penal.

Miembro de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

El tema de las relaciones entre el derecho de defensa y el secreto de las comunicaciones del abogado con su defendido cobró recientemente actualidad a propósito de lo acontecido en el denominado coloquialmente como caso Gürtel. Al levantarse el secreto, bajo el que venía instruyéndose esta causa, aparecieron grabaciones de las comunicaciones mantenidas entre los imputados internos en prisión y sus abogados, entre los que me encuentro.

Las correspondientes transcripciones fueron ampliamente difundidas —e incluso reproducidas después de haber sido declaradas judicialmente nulas— por los medios de comunicación de ámbito estatal, al igual que el resto de vicisitudes del proceso, que son ya en estos momentos datos de dominio público.

Que la confidencialidad de las conversaciones entre abogado defensor y defendido forma parte del contenido esencial del derecho de defensa, es algo obvio y, por lo mismo, no es necesario ningún gran esfuerzo dialéctico para demostrarlo. Es imposible desarrollar una defensa adecuada, si no se tiene un conocimiento cabal de lo acontecido y para que el defendido pueda contar a su abogado sin reservas los hechos es necesario garantizarle que lo que ha confesado a su abogado no trascenderá a terceros.

Garantía que se obtiene imponiendo al abogado, por una parte, el deber de guardar secreto y dispensándole, por otra, de la obligación de declarar (art. 416 de la LECr.). Dos facetas de esa garantía que aparecen conjuntamente recogidas en el art. 542.3 LOPJ: «Los abogados deberán guardar secreto de todos los he-

chos o noticias de que conozcan por cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos».

Basta con lo dicho para comprender que el quebranto de la referida confidencialidad ataca al corazón mismo del derecho de defensa y alcanza simultáneamente a otros derechos fundamentales (a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, entre otros).

Más allá de las manifestaciones institucionales y opiniones doctrinales vertidas a raíz de los hechos que estamos comentando, contamos ya hoy con contundentes pronunciamientos judiciales sobre el caso concreto que subrayan la esencial vinculación de la confidencialidad de las comunicaciones del abogado con su defendido con el ejercicio del derecho de defensa.

Menciono en primer lugar el Auto del TSJ de Madrid de 25 de marzo de 2010, que acordó «declarar ilícitas y sin efecto las citadas medidas de intervención de las comunicaciones con los abogados defensores o de los abogados expresamente llamados en relación con asuntos penales de los imputados en prisión en ellas acordadas».

En la fundamentación jurídica de dicha resolución puede leerse:

«Concebido el proceso penal como la vía imprescindible para la investigación y enjuiciamiento de las infracciones penales, el derecho de defensa es el que determina y motiva la propia existencia de ese proceso, que no sería necesario en el caso de que se prescindiera de la defensa del imputado o acusado y pudiera directamente el Estado, titular del *“us puniendi”*, imponer las penas ante la constatación de una conducta delictiva. Por ello, como una garantía esencial, se reconoce constitucionalmente el derecho de defensa en procesos criminales en el artículo 24.2 de la Constitución.

Junto con el de asistencia de letrado, el ejercicio del derecho de defensa implica la comunicación del imputado con el abogado nombrado, o designado de oficio, a fin de que aquel pueda transmitirle los datos necesarios para plantear la defensa de sus intereses, y el abogado le asesore sobre la mejor forma de hacerlo. Es evidente que el contenido de la conversación susceptible de ser mantenida entre el abogado y su cliente puede ser amplísima, abarcando incluso en algunos casos el reconocimiento de su culpa por el imputado o la aportación a su abogado de datos sustanciales sobre la comisión del delito con cuyo conocimiento el letrado puede articular su defensa, viniendo siempre obligado a mantenerlos reservados, hasta tal punto de que su descubrimiento constituiría un delito.

Relacionado el derecho de defensa con el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocido constitucionalmente (art. 24.2 CE), la confidencialidad de las comunicaciones de los abogados con sus clientes resulta esencial para garantizar la efectividad

real de ese derecho a no reconocer voluntariamente la culpabilidad. Desaparecida, afortunadamente, en nuestro derecho la facultad de obtener la confesión forzada del culpable a través de la tortura, la generalización de la intervención de las comunicaciones de los imputados con sus abogados permitiría renacer, en cierto modo, ese método inquisitorial, sustituyéndolo por el aprovechamiento de situaciones en las que la apariencia de confianza en las comunicaciones con el abogado permitiría obtener datos incriminadores directamente del acusado, en contra de su voluntad.

...

Nuestra legislación, a pesar de sus notorias carencias, puestas de manifiesto por decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 26 de septiembre de 2006) y que continúan sin ser subsanadas, establece también un régimen de especial protección del derecho de defensa, rodeando de las máximas garantías las comunicaciones confidenciales entre abogado e imputado y permitiendo su restricción sólo en casos extremos.

...

Según esa finalidad de protección máxima del derecho de defensa del derecho a no confesarse culpable y del derecho a un proceso justo con todas las garantías —todos ellos proclamados en normas supranacionales (arts. 11 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1 de diciembre de 1948; art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; art. 8.2 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y en la Constitución (art. 24.2)— cuando se trate de personas privadas de libertad, constreñidas por tanto a realizar las imprescindibles comunicaciones con su letrado en un entorno controlado por la Administración Pública, dispuso el Legislador que sólo podrían intervenir estas comunicaciones, necesarias para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, cuando concurrieran dos condiciones, conjuntamente: que se tratara de presos o penados por delitos de terrorismo y que esa restricción fuera ponderada adecuadamente en una resolución judicial. Consciente el legislador de que dejar abierta la posibilidad de restricción de esas comunicaciones en cualquier clase de delito podría dar al traste con el derecho de defensa, sólo se autorizó en casos de terrorismo, máximo ataque a la convivencia social. Y aun en estos casos lo condicionó a que una autoridad judicial evaluara la convivencia, utilidad y proporcionalidad de la medida, al objeto de preservar también en estos casos los derechos individuales de los penados, imputados o acusados, aunque lo fueran por terrorismo.»

Por su parte, el Auto de fecha 10 de octubre de 2010 del instructor, confirmado por la Sala, dictado en la causa especial seguida ante el Tribunal Supremo contra el primer Instructor del caso Gürtel, cuyo comienzo del juicio oral está señalado para el próximo día 29 de noviembre, señala:

«Esa forma concluyente y omnicomprensiva en que se limitó el derecho de defensa conducía ya de por sí, sin apenas escapatoria alguna, a la irremediable laminación del derecho fundamental a la defensa, al resultar indiferente para adoptar unas resoluciones tan severas y gravosas que el letrado que asistiera a los imputados presos estuviera o no inculcado en la causa»... ya que según admitió el querrelado «en la declaración prestada ante este instructor carecía del más leve indicio inculcatorio contra los nuevos letrados de los imputados.»

«No parece, pues, desmesurado afirmar que si el juez querrelado hubiera acordado la incomunicación jurídica de los imputados es muy posible que su defensa tuviera una mayor eficacia, pues al menos no se autoincriminarían ni aportarían fuentes de prueba contra sus propios intereses procesales.»

En el debate que se abrió a partir de las referidas intervenciones aparecen fundamentalmente implicados, entre otros preceptos, los artículos 51 LOGP, 579 de la LECr., 24 y 18 de la CE y 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La primera resolución del Juez Central de Instrucción n.º 5 de la A.N. que acordó las intervenciones de las conversaciones de los abogados con sus defendidos internos en prisión invocó como cobertura legal el artículo 51 LOGP. Fundamentación jurídica que se repite en la segunda resolución prorrogando las intervenciones, dictada un mes después.

El artículo 51 LOGP dispone, en lo que aquí interesa:

«1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

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

En ambas resoluciones antes mencionadas no se limita el Instructor a citar el art. 51 de la LOGP, sino que hace una exégesis del mismo con transcripción literal de la parte que hace al caso:

«En este sentido, el artículo 51 LOGP distingue entre las comunicaciones “generales” de los internos con terceras personas, y las comunicaciones más “particulares” de aquellos con sus letrados. Esas comunicaciones “generales” pueden ser intervenidas con la autorización del Director del Centro Penitenciario en virtud de razones de seguridad,

de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento penitenciario, sin embargo, las aquí denominadas “particulares” son sometidas a un régimen especial y la autorización de su intervención debe ser sólo dispuesta por la Autoridad Judicial, sin posibilidad de que la misma pueda ser acordada por la Autoridad Penitenciaria. Dicho artículo 51 en su segundo párrafo recoge claramente el supuesto fáctico que aquí se denuncia, estableciendo que las comunicaciones de los internos con el abogado defensor no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.»

Todo ello dice el instructor en el segundo de los razonamientos jurídicos de sus Autos, mientras en el razonamiento jurídico primero establece que:

«Los hechos que motivaron la medida de prisión decretada... podrían ser constitutivos ... de *un delito de blanqueo de capitales* del art. 301 en relación con el 305 del CP; *un delito de defraudación fiscal* del art. 305 CP; *varios delitos de falsedad* de los artículos 392 en relación con el art. 390 del CP; *múltiples delitos de cohecho* del art. 423 en relación con el art. 420 del CP; *un delito de asociación ilícita* del art. 315.1 del CP; y *de diversos delitos de tráfico de influencias* del art. 429 del CP.»

Estamos ante un amplio recorrido por el CP, que encontramos con frecuencia en las resoluciones judiciales del inicio de los procedimientos. Resoluciones que prefieren tirar por elevación, aún a sabiendas de que bastantes de los delitos invocados caerán a lo largo de la instrucción por falta de acreditación unos y otros porque no pueden dar lugar a un concurso de delitos, sino de normas. Pues bien, en este caso, como se puede ver, en el nutrido repertorio de delitos que invoca el Instructor en el primero de los razonamientos jurídicos de sus Autos, no figura para nada —como no podía ser de otro modo— el delito de terrorismo.

Por eso no se comprende que en el segundo razonamiento jurídico, el mismo instructor asegure literalmente «Dicho artículo 51 en su segundo párrafo recoge claramente el supuesto fáctico que aquí se denuncia, estableciendo que las comunicaciones de los internos con el abogado defensor no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo».

En definitiva, el propio contenido de los referidos Autos evidencia que se sacrificó el derecho a la defensa y demás derechos fundamentales a él asociados sin ningún precepto legal habilitante, porque del invocado se deduce todo lo contrario: que la intervención de las conversaciones entre internos y sus abogados defensores están terminantemente prohibidas salvo en los supuestos de terrorismo.

Después de alguna inicial y aislada interpretación confusa del artículo 51 LOGP, como la que se contiene en la STC 73/1983, de 30 de julio, existe en la ac-

tualidad una doctrina consolidada y firme tanto del TC como del TS que declara que, de conformidad con la inequívoca construcción sintáctica del texto legal —«no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo»— es obligado concluir que ambos requisitos, relacionados por la conjunción copulativa «y», son acumulativos y no alternativos.

En efecto, el TC en sus Sentencias 183/94, de 20 de junio, y 58/1998, de 16 de marzo, declaró con contundencia que, a tenor del art. 51.2 de la LOGP, las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores o expresamente llamados «no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo», entendidos e interpretados estos dos requisitos «como acumulativos y no como alternativos».

Por su parte, el TS mantiene idéntico criterio en su Sentencia 245/1995, de 6 de marzo, que reitera en la 538/1997, de 23 de abril, dictada bajo Ponencia de Cándido Conde-Pumpido, hoy fiscal general y, por tanto, máximo superior jerárquico de los fiscales que intervienen en el asunto:

«En definitiva —declara la STS 538/1997— la regla general 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 ni administrativa ni judicial...* 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 delitos de terrorismo*, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 LOGP faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares. Pero, como señala la STC 183/1994, son condiciones habilitantes “acumulativas”, el tratarse de supuestos de terrorismo y la orden judicial, motivada y proporcionada.»

Como se ve, ni siquiera en los supuestos de terrorismo se faculta al juez para que de manera automática o mecánica pueda acordar la intervención, sino que la orden judicial ha de atender a las circunstancias del caso concreto y ser motivada, es decir, fundada en indicios sólidos de que el abogado, más allá del ejercicio del derecho de defensa, actúa al servicio de los fines perseguidos por la Banda, y proporcionada, es decir, que la gravedad de los objetivos que se persiguen con la actuación del abogado legitime el sacrificio del derecho a la defensa.

Acabamos de comprobar que las dos resoluciones del juez instructor de la Audiencia Nacional, acordando primero y prorrogando luego las intervenciones de las comunicaciones de los imputados internos con sus abogados, carece de cobertura legal habilitante, a lo que hay que añadir que, en ningún caso, soportaría

el más mínimo análisis desde los cánones de la motivación, proporcionalidad y necesidad.

El Auto del TS de 2 de febrero de 2010 de admisión a trámite de la que-
rela interpuesta por uno de los abogados afectados subraya, como inadmisibile, que
se ofrezca como «único fundamento fáctico para tan genérica e importante deci-
sión», la referencia «a la totalidad indiscriminada» de los abogados defensores,
tanto de los que lo son en la actualidad «como los que en el futuro pudieran asis-
tir profesionalmente a los presos, de los que sólo en el primero de tales Autos se
concreta la identidad de uno de ellos que posteriormente resultó imputado en la
misma causa:

“Dispongo:

—Ordenar la observación de las comunicaciones personales que
mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran per-
sonados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, y con
carácter especial, las que mantengan con el letrado D.J.A.L.R.” (Primer
Auto).

—Ordenar la prórroga de la observación de las comunicaciones
personales que mantengan los citados internos con los letrados que se
encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas
con ellos.»

Es decir —como señala el recurso del Colegio de Abogados de Madrid an-
te el TSJ de dicha Comunidad— la medida se «extiende a todos los letrados pre-
sentes o futuros que mantuvieran entrevistas con los imputados» durante la vigen-
cia de la misma. «Extender a todos los letrados una imputación de subordinación
a una organización delictiva —concluye el recurso— es algo ofensivo y de extre-
ma gravedad, pero en el sosegado análisis que tratamos de hacer de la resolución
lo que importa destacar ahora es la absoluta falta de motivación de la resolu-
ción y el clamoroso incumplimiento de las exigencias constitucionales de propor-
cionalidad, excepcionalidad y necesidad para adoptar la medida de intervención
de todas las comunicaciones personales de los tres imputados con todos sus abo-
gados, quienes quieran que fueran».

A todo lo que hay que sumar la renuncia del Juez Instructor de la A.N. al
más mínimo control de las grabaciones y de sus transcripciones, que deja por
completo en manos de la Policía. En sus dos Autos ordena a la Unidad Policial encar-
gada de la investigación que remita al Juzgado sólo «las transcripciones más signi-
ficativas». De modo que la decisión de lo que es «*significativo*» o no, y dentro de
lo significativo, lo que es «*más significativo*» se confía a la Policía, sin control al-
guno ni del juez ni del fedatario judicial.

Todo este proceder del juez instructor fue contemplado por las fiscales ac-
tuantes con complaciente pasividad, abdicando del cumplimiento de su función

de defensoras de la legalidad que les encomienda el art. 124 de la CE y uno del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que era más necesario que nunca porque el procedimiento permanecía secreto y los abogados de los imputados desconocían lo que estaba sucediendo. No recurrieron los Autos y consintieron, por tanto, las escuchas cuya manifiesta ilegalidad —reconocida ahora ya por el TSJM y el TS— no podían desconocer.

Es cierto que las fiscales advirtieron al instructor en su Informe de 20 de marzo de 2009 del cambio de letrados que se había producido con posterioridad al primer Auto de 19 de febrero, cambio en el que otros compañeros y yo mismo asumimos la defensa de los imputados en prisión, sin que el juez inicialmente lo tuviera en cuenta, pues se limitó a tener por hechas dichas manifestaciones por Providencia de la misma fecha.

Es cierto asimismo que las fiscales manifestaron en el citado informe de 20 de marzo que no se oponían «a la prórroga de las intervenciones solicitadas por la UDEF si bien con expresa exclusión de las comunicaciones mantenidas con los letrados que representan a cada uno de los imputados» (s.c. en la actualidad), entre los que figurábamos otros compañeros y yo mismo desde el 3 de marzo de 2009.

Es cierto también que las fiscales en el mismo Informe indican al instructor que «una parte importante de las transcripciones se refiere en exclusiva a estrategias de defensa» y que, por tanto, deben ser excluidas del procedimiento, lo que el instructor no acuerda hasta el 27 del mismo mes y que luego nunca se llevó a cabo.

Pero cualquiera que haya sido la intención que guió a las fiscales la solución que propusieron es inaceptable.

Primero, porque supone dar por legítimas y válidas las intervenciones ilegales previamente consumadas. La ya judicialmente reconocida ilegalidad de las escuchas no se sana de este modo, sino todo lo contrario. La fórmula sugerida supone reconocer que se llevaron a cabo conforme a Derecho cuando la ilegalidad de las escuchas es patente.

Segundo, porque lejos de respetar el derecho de defensa prolonga su lesión. Las coletillas que utilizan instructor y fiscales de que el expurgo de las transcripciones se haga «previniendo el derecho de defensa» o respetando «las estrategias de defensa», no dejan de ser simples cláusulas de estilo, vacías de contenido, como se advierte en el Auto de Transformación dictado en la causa especial seguida ante el TS antes citada. El derecho de defensa no se previene efectuando primero las escuchas que la ley prohíbe terminantemente y eliminando luego parte de las grabaciones. No hay más que una manera de salvaguardar el derecho de defensa que es respetando la confidencialidad de las comunicaciones del abogado con su defendido. Por eso la ley —la misma ley que cita el instructor en sus Autos— las prohíbe en los casos de imputados en prisión salvo en los supuestos de

terrorismo. La vulneración del derecho de defensa, ya previamente consumada, se prolonga con la incorporación —aunque sea parcial— de las grabaciones al procedimiento.

Tercero, porque incrementa el grado de indefensión ya que, mientras la Policía, el instructor y las fiscales tomaron o pudieron tomar conocimiento del *contenido íntegro* de las grabaciones, los abogados defensores ya no podrían tener nunca ese mismo conocimiento, sustrayéndoles de este modo la posibilidad de calibrar en su verdadera dimensión la contaminación que las ilícitas escuchas han producido en el posterior desarrollo del proceso. La igualdad de armas quedaría irreversiblemente rota e imposibilitada la invocación de lo que se conoce, con expresión literaria, como la doctrina del árbol de los frutos envenenados.

Cuarto, porque siendo, como es, el abogado defensor el que traza «las estrategias de defensa», resulta paradójico que sea la Policía o la acusación la que decida lo que afecta o deja de afectar a tales estrategias.

Al aparecer aforados imputados el Instructor de la A.N. declinó la competencia a favor del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Lo actuado por el Instructor de este Tribunal siguió en secreto, pero ahora, al levantarse este, sabemos que el nuevo Instructor prorrogó las escuchas en idénticos términos por un Auto de 20 de abril, en el que ya no invoca como cobertura legal el art. 51 de la LOGP, sino el 579 de la LECr., lo que, en palabras coloquiales de un conocido periodista, que comentó dicho Auto, supone tanto como cambiar de caballo a mitad de carrera.

Y objetivamente lo primero que hay que decir es que el referido cambio supone un reconocimiento de que los Autos del Instructor de la A.N. carecían de la pertinente cobertura legal y que la invocación del art. 51 LOGP no sólo no amparaba las escuchas, sino que, antes al contrario, las prohibía.

El art. 579.2 de la LECr. dispone:

«Asimismo, el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.»

La regulación que contiene dicho precepto fue calificada, con toda razón, de raquíta.

La STS 1078/2009, de 5 de noviembre, declara:

«Dijimos recientemente en nuestra Sentencia de 6 de julio de 2009, en el recurso 10706/2008 que: Esta Sala Casacional tiene ya un sólido y coherente cuerpo doctrinal, sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación que completa la raquíta e insuficiente regulación legal contenida en el

art. 579 LECriminal que ha sido censurada en varias SSTEDH, entre otras, en la de 18 de febrero de 2003 —Prado Bugallo vs. España— aunque justo es reconocer que en el reciente auto de inadmisión, del mismo Tribunal, de 25 de septiembre de 2006, caso Abdulkadir Coban vs. España, modificó el criterio expuesto en el sentido de que el art. 579 LECriminal complementado con la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional permite el eficaz control judicial necesario en una Sociedad democrática desde la exigencia del art. 8 del Convenio Europeo.»

Esta remisión al art. 8 del Convenio Europeo es muy significativa, porque, como es sabido, dicho artículo consagra el derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», es decir, el derecho a la privacidad «genérica», que encuentra su correlato en el artículo 18 de nuestra Constitución.

Mientras que el derecho de defensa, que es el que en nuestro caso está en juego, se contempla en el artículo 6 del Convenio, en el que la Jurisprudencia del TEDH asienta la confidencialidad de las comunicaciones entre el imputado y su abogado. Por todas, STEDH, de 27 de noviembre de 2007, Caso Zagaria vs. Italia:

«el derecho para el acusado de comunicarse con su abogado fuera del alcance de un tercero figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y emana del art. 6.3.c del Convenio.»

De modo que mientras el art. 579 LECrim. se entronca con el artículo 8 del Convenio Europeo, cuyo correlato es el 18.3 de nuestra Constitución, la confidencialidad de las comunicaciones entre el defendido y su abogado se asienta en el art. 6.3 c) del mismo Convenio, cuyo correlato se encuentra en el art. 24.2 de nuestra Constitución.

Distinta referencia que pone de manifiesto que las intervenciones a que se refiere el art. 579 LECrim. y las de las comunicaciones defendido-abogado afectan a derechos fundamentales diferentes y, por consiguiente, que el tratamiento de unas y otras no resulta intercambiable.

Por otra parte, el art. 579 LECr. no debe interpretarse de manera extensiva, sino restrictiva en la medida en que limita derechos fundamentales, en consonancia con el mandato asimismo restrictivo que para el plano legislativo establece el art. 52.2 CE: «Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

Ilustrativas son las constantes recomendaciones del TC a los órganos judiciales para que se esfuercen a fin de preservar los derechos de defensa. STC 18/1999, de 22 de febrero:

«Desde sus primeros pronunciamientos este Tribunal ha destacado que el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa. Tal derecho fundamental alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en presencia y los principios constitucionales que entran en juego en dicho ámbito, pues no en vano al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema (la imposición de penas criminales) y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado”, de sus derechos fundamentales (recientemente las SSTC 135/1997 y 102/1998). Así, este Tribunal ha declarado que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías.»

Por lo demás, una interpretación sistemática de la propia LECrim. nos lleva igualmente a la conclusión de que no se pueden poner en el mismo plano las comunicaciones genéricas de un imputado con las que mantenga con su abogado. El trato diferenciado de estas aflora en el art. 416.2 LECrim. que dispone: *«Están dispensados de la obligación de declarar: El Abogado del procesado respecto a los hechos que este le hubiese confiado en su calidad de defensor»*. Dispensa que, como hemos visto, se reitera en el art. 542.3 LOPJ.

Constituiría el mayor de los contrasentidos que el mismo juez que no puede obligar al abogado a declarar sobre los hechos que su defendido le confió, por muy importante —o incluso decisivo— que su conocimiento resultare para el buen fin de la investigación, pueda intervenir con carácter general, al amparo del art. 579 LECr., la confidencia misma que de esos hechos hace el defendido a su abogado defensor en el preciso momento de hacerla.

Es evidente, a mi juicio, que el art. 51.2 LOGP es *ley especial* respecto al 579 LECr. En este se permite el sacrificio del secreto genérico de las comunicaciones telefónicas del imputado, consagrado como derecho fundamental en el art. 18.3 CE. El art. 51.2 LOGP añade a ese sacrificio, la injerencia en la confidencialidad de las comunicaciones, entre defendido y su abogado defensor, que forma parte del contenido esencial del derecho de defensa, garantizado en el art. 24 de la CE. Injerencia que se produce en una situación de especial sujeción, en el locutorio de una prisión y sin que el interno pueda elegir cualquier otro medio de comunicación discreta. El art. 51.2 de la LOGP añade al supuesto contemplado en el art. 579 LECr. evidentes elementos individualizadores.

El principio de especialidad normativa (la ley especial deroga a la general) ha sido calificado por nuestra Jurisprudencia como un principio general del Derecho y también desde esta perspectiva el art. 51.2 LOGP resulta, en todo caso, de aplicación preferente ante el 579 LECr.

El Instructor del TSJM es consciente de ello y precisamente porque es consciente de ello intenta romper esa relación de especialidad con una argumentación insostenible: *«Si el legislador hubiera querido importar para el precepto procesal las limitaciones del art. 51.2 LOGP podría haberlo hecho en el momento oportuno, pues la redacción actual del art. 579 LECr. procede de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, muy posterior a la LOGP de 1979. O podría haber dejado algún rastro de esa eventual voluntad limitadora en otras leyes posteriores...»*.

Si la norma general y la norma especial se encuentran en dos textos normativos de distinta cronología e idéntico rango jerárquico y el texto en el que se halla la norma general es posterior a aquel en que se encuentra la norma especial, es cierto que pueden entrar en tensión los principios de especialidad normativa y de temporalidad de las normas. Lo que no dice el Instructor del TSJM es que tanto la doctrina como todas las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre esta cuestión han resuelto esa tensión a favor del principio de especialidad normativa en detrimento del de temporalidad de las normas o cronológico (SSTS, Civil, de 11 de julio de 1950 —RJ 1197— y 31 de octubre de 1996 —RJ 1996/7727—; Contencioso, de 28 de marzo de 1967 —RJ 1444—, 23 de julio de 1984 —RJ 1984/4027—, 5 de febrero de 1987 —RJ 1987/509— y 27 de mayo de 1987 —RJ 1987/3831—, y Social, de 19 de junio de 2000 —RJ 2000/5165).

Así, por todas, la SSTS de 5 de febrero de 1987 y de 23 de julio de 1984 (Sala Contencioso) exponen que es: *«un principio de derecho en materia de interpretación de normas jurídicas que las normas especiales son siempre de rango preferente en su aplicación concreta a los casos en ella previstos y que, para que sus preceptos puedan estimarse derogados, precisan o bien la expresa y nominativa derogación en la disposición posterior de carácter general, o la anulación por otra también posterior que tenga el mismo carácter especial»*.

A la luz de esta unánime Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, se deduce, sin duda alguna, que, en todo caso, el art. 51.2 LOGP es *lex specialis* respecto al 579 LECrim, al no haber sido expresamente derogado por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo u otras posteriores o anulado o modificado por otra ley especial posterior.

Que el artículo 51.2 LOGP es ley especial —particularmente especial diría yo— lo evidencia el hecho de que no se encuentra en el ordenamiento jurídico español ningún otro precepto legal que se refiera concretamente a la intervención de las comunicaciones entre abogado y su defendido interno en un centro penitenciario. Situación de sujeción especial que explica que la disposición se contenga en la LOGP, sin que esta ubicación signifique que el 51.2 sea una mera nor-

ma de régimen interno. Antes al contrario, el propio artículo 51 subraya las diferencias entre las comunicaciones a que se refiere el apartado 2, que sólo se pueden interceptar por «orden de la autoridad judicial» y en los supuestos excepcionales que se indican, y las contempladas en los otros apartados del mismo artículo. La ley ni siquiera dice que en los casos del apartado 2 la intervención puede acordarla el Director del establecimiento «con autorización judicial» y, mucho menos aún, que pueda hacerlo «dando cuenta a la autoridad judicial competente», sino que requiere *directamente* una «orden de la autoridad judicial».

Contra el carácter de ley especial del art. 51.2 LOGP, no puede argüirse su ubicación sistemática, que se explica, como ya hemos dicho, por la situación de sujeción especial en que se encuentra el defendido. Lo importante es que goza del rango de ley orgánica y que, como tal, puede concurrir con cualquier otra del mismo nivel. Tampoco lo dispuesto en el apartado 5 y disposiciones que lo desarrollan, pues resulta evidente que cuando dicho apartado establece «las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o interrumpidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente», no se puede referir a las intervenciones del apartado 2 que, como venimos diciendo, requieren «orden judicial» directa y previa, sino a las restantes intervenciones mencionadas en los otros apartados del mismo artículo. Precisamente la previsión de esas otras intervenciones, que sí puede acordar el director del centro, facilita la interpretación intrasistemática del apartado 5, que no representa ningún obstáculo para el mantenimiento de la obligada distinción entre unas y otras comunicaciones, tal como sostienen al unísono el TS y el TC.

Por lo demás, que el precepto aplicable al caso concreto que comentamos es el 51.2 LOGP, y no el 579 LECr., lo han declarado ya el TSJM, en su Auto antes citado de 25 de marzo de 2010, que declaró nulas y sin efecto las escuchas; y el TS en su Auto de 2 de febrero de 2010, que admitió a trámite la querrela de uno de los abogados afectado contra el primer instructor del caso.

El TSJM dice en su mencionada resolución que: «Nuestra legislación establece también un *régimen de especial* protección del derecho de defensa, rodeando de las máximas garantías las comunicaciones confidenciales entre abogado e imputado y permitiendo su restricción sólo en casos extremos. Es lo que explica el contenido del art. 51.2 LOGP y permite dotar de sentido sus disposiciones, en comparación con la *genérica* restricción de comunicaciones que permite el deficiente art. 579 de la LECr.» y añade el TSJM: «En estos casos de privación forzada de libertad, por mandato expreso del art. 25.2 de la Constitución, los derechos fundamentales del condenado (extensivos al preso preventivo), sólo pueden ser limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Y a ese mandato responde el art. 51.2 de LOGP, sin el cual

no habría legitimación alguna para restringir las comunicaciones de los internos con sus abogados en los centros penitenciarios».

Por otra parte, el TSJM rechaza expresamente la tesis que intenta reducir el art. 51.2 de la LOGP a una norma de régimen interno penitenciario, alejada de cualquier *instrucción penal*. «Dos datos deben resaltarse, en lo que aquí afecta, de esta sentencia (se refiere a la STC 183/1994): “Uno que excluye expresamente que la intervención de comunicaciones entre abogado y cliente que regula el art. 51.2 LOGP tengan por origen o motivo razones penitenciarias, sino que obedecen, en todo caso, a las exigencias y necesidades de la instrucción penal”. La mencionada STC 183/1994 declara que la justificación del régimen especial del art. 51.2 es necesario encontrarla “en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario”».

Por su parte, el TS en su Auto de 2 de febrero de 2010 recuerda:

«2) La Jurisprudencia de esta Sala afirmando respecto de las intervenciones de las comunicaciones autorizadas por el referido artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria que “la legislación penitenciaria exige no como alternativas, sino como acumulativas para tal restricción el *supuesto de terrorismo* y la *orden de la autoridad judicial* (STS de 6 de marzo de 1995), en sintonía a su vez con la doctrina del TC expuesta en Sentencias como la 183/1994, de 20 de junio, o 58/1998, de 16 de marzo que se refiere expresamente a “las comunicaciones de presos con abogados, que sólo pueden intervenir en los supuestos de terrorismo mediante orden judicial”».

En todo caso, hay que advertir que la apelación al art. 579 de la LECr., que introdujo el segundo instructor y que el primero, en legítimo ejercicio de su derecho de defensa ante el TS, dice ahora que fue el precepto que también el tuvo en cuenta para ordenar las intervenciones ya que va implícito en la cláusula de estilo «vistas las demás disposiciones concordantes», en modo alguno resultaría en este caso habilitante, como señala el Instructor del TS en la tan repetida causa especial.

En efecto, en su Auto de Transformación de fecha 10 de octubre de 2010, llegado el momento el Instructor del TS se sitúa más allá de la alternativa del artículo 51.2 LOGP-artículo 579 LECr., para asegurar que los supuestos de semejantes intervenciones han de ser «sumamente extraordinarios», de modo que «el nivel de exigencia indiciaria contra el abogado connivente ha de tener una enjundia y solidez sin duda notablemente superior a los supuestos de intervención habituales de las comunicaciones de un imputado con terceras personas ajenas a su letrado. Y es que los derechos fundamentales afectados son muy

distintos en unos casos y otros, tanto desde una visión cuantitativa como cualitativa de los mismos». Y en el presente caso como confesó el magistrado encausado ante el propio instructor carecía de cualquier indicio delictivo de los nuevos abogados defensores.

Naturalmente, si el abogado *connivente* —en terminología del instructor del TS— traspasa las fronteras del derecho de defensa, lo instrumentaliza y lo pone al servicio de los fines delictivos del defendido, pierde a estos efectos su condición de abogado y queda sometido desde ese mismo momento al régimen general de la intervención de las comunicaciones.