

DERECHO Y JUSTICIA PENAL EN EL SIGLO XXI

LIBER AMICORUM

EN HOMENAJE AL PROFESOR
ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA

Editorial COLEX

2006

Adicionalmente

11-I-7007

LAS ESCUCHAS DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN LA INSTRUCCIÓN PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS ACAECIDAS ENTRE LETRADO Y CLIENTE

Joan J. Queralt

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona. Abogado

I. PRELIMINARES. II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN DERECHO ESPAÑOL: II.1. Planteamiento: el derecho al secreto de las comunicaciones y la investigación criminal. II.2. La normativa aplicable: A) *La insuficiencia del Derecho positivo*; B) *El Derecho extrapenal*. II.3. El *modus operandi* en las diferentes intervenciones. II.4. Los estándares de la motivación judicial y de injerencia policial: A) *La motivación judicial*; B) *Habilitación legal, necesidad, idoneidad y proporcionalidad*; C) *Especial referencia a la proporcionalidad*; D) *Confirmación por parte del TEDH*. II.5. Exclusividad judicial de la selección de lo intervenido para su incorporación a la causa. III. ESCUCHAS DE LAS COMUNICACIONES ENTRE CLIENTE Y LETRADO: III.1. El secreto profesional del abogado: naturaleza jurídica. III.2. imposibilidad de la escuchas de las conversaciones cliente-abogado: A) *La interdicción de las escuchas*; B) *confirmación normativa del aserto precedente*. IV. ALGUNAS CONCLUSIONES PRÁCTICAS.

I. PRELIMINARES

No vamos ahora a entrar a ponderar el carácter nuclear que el secreto de las comunicaciones tiene en un Estado democrático de Derecho; tanto es así, que ese secreto pasa a ser una de las señas de identidad de un sistema político que pretenda ser calificado realmente de tal. Tanto por la sensibilidad de ese derecho para los ciudadanos como por la necesidad de efectuar injerencias en ese patrimonio de la mano de intereses relevantes es uno de los ámbitos donde la tensión libertad/seguridad se presenta con más crudeza.

Esta tensión se hace mucho más dramática cuando se trata de establecer la relevancia jurídica que representa para el ejercicio pleno del derecho de defensa cuando en una causa penal las comunicaciones entre justiciable y letrado hayan sido objeto de escucha, de grabación, de transcripción y/o de incorporación a la causa de que se trate.

En los últimos tiempos el derecho de defensa, derecho que es propio del justiciable y no del abogado, se ha visto en peligro, cuando no lesionado, por las escuchas practicadas y aportadas al sumario con ocasión de la observación legítima y legítimamente practicada a un encartado, también cuando hablaba con su letrado. De ahí que resulte oportuno reflexionar sobre este tema partiendo, muy esencialmente, ante un vacío normativo en el sentido de la ley formal, de la realidad jurisprudencial.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN DERECHO ESPAÑOL

II.1. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Para la averiguación de hechos sobre los que se ciernen sospechas, o incluso la Policía Judicial tiene certeza respecto de su delictuosidad, han de practicarse una serie de investigaciones que también atañen a la esfera de la intimidad o privacidad de los ciudadanos. Concretamente, ha de procederse a la *intervención de sus comunicaciones con otros sujetos*; para ello habrá que leer su correspondencia o telegramas, oír sus llamadas telefónicas o incluso captar sus conversaciones. Estas prácticas chocan con las previsiones del art. 18.3 CE, *salvo* que cuenten con la autorización del Juez competente. No ha sido sino hasta la reforma procesal operada por la LO 4/1988 cuando ha tenido lugar una regulación global de este tipo de intervención en las (tele)comunicaciones de los ciudadanos sospechosos de estar involucrados en actividades delictivas¹. Veremos a lo largo de estas líneas, que con todo, la peculiar regulación española, sin ser contraria a los derechos fundamentales acuñados nacional e internacionalmente, es manifiestamente mejorable.

La CE en su art. 18.3 establece la garantía del secreto, fija la posibilidad de intervención judicial y crea una habilitación mucho más consistente. La reforma penal de 1985, al introducir, para lo que aquí interesa, la punición de las interven-

¹ En efecto, en un principio, el anterior art. 579 LECrim, hoy art. 579.1. y 2, recogía la posibilidad de la intervención de la correspondencia postal y telegráfica sólo del procesado: se limitaba el sujeto y el objeto. La base legal para otras observaciones, las telefónicas singularmente, y, en todo caso, con independencia de la situación procesal del afectado, tenía una débil cobertura legal en el art. 315 II LECrim.

ciones ilegales, daba las legales por supuestas, pero sin fijar el procedimiento que delimitara aquéllas de las ajustadas a Derecho. No es sino con la nueva redacción dada al art. 579 LECrim, en especial su apartado 3, cuando se opera una regulación legal incipientemente satisfactoria de esta importante parcela investigatoria².

II.2. LA NORMATIVA APLICABLE

A) La insuficiencia del Derecho positivo

La regulación de la intervención de las (tele)comunicaciones en el Derecho español, pese a la reforma operada no hará mucho por el art. 579 LECrim sigue siendo muy defectuosa, e incluso, literalmente interpretado este precepto inaplicable. Sin embargo, el sistema continental europeo, gracias a la integración supranacional, ha permitido, también en el campo del Derecho, la interrelación de sistemas jurídicos nacionales de atávicas construcciones. De esta suerte, para lo que aquí interesa, la rigidez del sistema basado exclusivamente en la Ley, al menos teóricamente, se ha dulcificado, acogiendo en materia esencialmente de derechos fundamentales, una significativa porción del sistema del *common law*. Eso ha empezado a ocurrir tras la irrupción de los Tribunales constitucionales (Alemania, Italia, España, Hungría, Austria, Suiza, Portugal, ...) y de la vinculación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Vía ambos organismos se suplen las deficiencias legales, ya sea anulando disposiciones o redefiniendo las existentes a la luz de la Constitución y/o de la Convención Europea de Derechos Humanos.

² Con acierto, siguiendo criterios doctrinales, la STS 5-5-1997 censura el nuevo art. 579 LECrim por ofrecer escasa regulación de la materia.

De otro lado, una vez más, los preceptos reguladores de la LPM –LO 2/1989– son de mejor factura que los de la LECrim. Así:

«Art. 188.

Podrá el Juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención.

Para la práctica de estas diligencias se dirigirá mandamiento a quien haya de efectuarlas y, con el fin de garantizar la autenticidad y el secreto de la grabación o filmación, se adoptarán las medidas procedentes para su revelado y constancia, cumpliéndose para su conservación lo dispuesto para la correspondencia en lo que sea aplicable.

Art. 189.

Las grabaciones o filmaciones serán entregadas inmediatamente al Juez que hubiere acordado la intervención, quien para la audición o visión estará a lo dispuesto para la lectura de la correspondencia».

De este modo, la STEDH 30-7-1998 (caso Valenzuela) ha establecido en esencia y tras alguna oscilación por parte de la Corte de Estrasburgo, hasta una reforma legal, que deberá respetar sus máximas, el terreno que nos ocupa. Esta resolución, ahora ratificada por el auto de 25-9-2006 (caso Coban) y seguida por la STC 143/2003 (caso Ollero³), sienta las bases del régimen jurídico español en materia de escuchas telefónicas respetuosas con los derechos fundamentales en juego y, por tanto, susceptibles de enervar legítimamente la presunción de inocencia al servir de prueba de cargo.

En efecto, ha tenido lugar un hecho insólito. Al reconocer dicha resolución al justiciable la lesión del derecho a la intimidad personal en sus comunicaciones, el TEDH, tras estudiar las decisiones judiciales del asunto y la legislación aplicable (arts. 18. 3 CE y 579 LECrim), *llega a la conclusión de que la legislación española es insuficiente en esta materia*⁴, pues está huérfana de parámetros que equilibren el respecto del derecho fundamental en cuestión y las necesidades de la investigación criminal.

Ahora bien, pese a este páramo legislativo, suficientemente denunciado jurisprudencial y doctrinalmente, con escaso éxito a lo que se ve, el TEDH encuentra en el ordenamiento español un regla precisa y exacta a la que en su opinión, y esa es la *ratio decidendi* de su resolución, deben sujetarse los operadores españoles. Esta regulación no es otra que la doctrina que contiene el ATS de 18-6-1992 (caso Naseiro). Para el TEDH, los parámetros que el citado ATS proscribe son los siguientes:

- *falta de indicios y falta de motivación razonable;*
- *falta de supervisión judicial de la observación telefónica;*
- *falta de periodicidad en la audición judicial de las grabaciones a fin de mantener o no la observación;*
- *divergencia entre lo observado en las telecomunicaciones y lo investigado;*
- *entrega de copia de lo grabado en lugar de los originales;*
- *ausencia de proporcionalidad;*
- *principio de necesidad y «ultima ratio».*

Aunque estas directrices en encuentren en los antecedentes de la sentencia y después serán desarrollados y complementados en la fundamentación jurídica de la misma, concluyendo una larga evolución y constante construcción en esta materia, no se le oculta a nadie la trascendencia que, a falta de una ley que desarrolle la

³ Tras esta sentencia, la Audiencia de Sevilla tuvo que proceder a la absolución de los procesados por falta de pruebas legítimas; *vid.* SAP-1 Sevilla 31-7-2006.

⁴ Insuficiencia que, como reconoce, la STEDH 30-7-1988 (caso Valenzuela), ya puso de relieve, entre otras, la STS 21-2-1991.

ejecución de las Sentencia del TEDH, tendrá el caso Valenzuela entre nosotros, a tenor del art. 10. 2 CE; trascendencia que dota de un nuevo alcance el Auto del caso Naseiro y por él habrá que pasar en materia de observación de las telecomunicaciones y su incorporación al proceso penal. Sin embargo, la STEDH de 18-2-2003 (caso Prado Bugallo) estableció categóricamente que, pese a los progresos que representa la LO 4/1988, la regulación española de las escuchas telefónicas dista aún de ser plenamente respetuosa con los términos del art. 8 CEDH y adecuada a evitar abusos⁵.

B) El Derecho extrapenal

Sentado ha de quedar desde el inicio que no hay base ni legal ni materialmente para limitar la intervención y observación de las (tele)comunicaciones a aquellas que tenga lugar a medio de soportes de titularidad pública. En el terreno de las telecomunicaciones es una cuestión del máximo relieve, que ha venido a ratificar la Ley 32/2003, como ya hiciera su antecesora la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones. En efecto, los arts. 3 c), 33 y 35 L 32/203 garantizan tal secreto en los términos de los arts. 18.3, 55. 2 CE y 569 LECrim, imponiendo, a los operadores el deber de proteger tal derecho técnicamente y la Autoridad de Regulación su supervisión. Al igual que sucede en los servicios postales, se incluye la salvaguardia de los datos de los usuarios [arts. 22. 1. b), 34, 38. 3 y 6 L 32/2003]) susceptibles de ser tratados autorizadamente, con idéntica imposición de garantías técnicas a la prevista para aquéllos. Y, en fin, abundando en este terreno garantístico, el art. 51 de la Ley 11/1998 impone las debidas cautelas a la interceptación de las comunicaciones por motivos exclusivamente técnicos, interceptación que ha de garantizar la intimidad de las mismas.

Con este marco legislativo del sector, queda plenamente ratificado, aunque no debidamente perfilado, el marco constitucional y legal dentro del que deben acontecer, cuando deban por razón de delito, la observación, intervención y transcripción de las telecomunicaciones, a fin de ser aportadas como prueba a un proceso penal.

⁵ Así es de leer en esa categórica resolución: «30. La Cour estime cependant que les garanties introduites par la loi de 1988 ne répondent pas à toutes les conditions exigées par la jurisprudence de la Cour, notamment dans les arrêts *Kruslin c. France* et *Huvig c. France*, pour éviter les abus. Il en va ainsi de la nature des infractions pouvant donner lieu aux écoutes, de la fixation d'une limite à la durée d'exécution de la mesure, et des conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignnant les conversations interceptées, tâche qui est laissée à la compétence exclusive du greffier du tribunal. Ces insuffisances concernent également les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins d'un contrôle éventuel par le juge et par la défense. La loi ne contient aucune disposition à cet égard.»

II.3. EL *MODUS OPERANDI* EN LAS DIFERENTES INTERVENCIONES

Un hecho destaca en la regulación legal de la detención y observación postal, telegráfica y telefónica. Este hecho es el siguiente: la detención y observación son *ordenadas por el juez y él es el destinatario y evaluador de dichas operaciones*; aquí la Policía, aun cuando, por lo general, sea la solicitante, desempeña un papel instrumental, al menos en el plano legal. No es lo mismo detener una carta en sobre cerrado que es llevado a presencia del Juez, abierto por éste en presencia del interesado o de un representante suyo y leído por aquél (art. 568 LECrim), que efectuar copias de los telegramas enviados o recibidos, grabar las conversaciones telefónicas o de otra índole, con lo que el agente interventor toma contacto directo con los hechos comunicados que tengan que ver con la investigación o no.

Así las cosas, resulta que la vulneración de la intimidad es mucho mayor ante una escucha telefónica que ante una detención de correspondencia. Con lo que las garantías, facultades y responsabilidades deberán ser consecuentes⁶.

II.4. LOS ESTÁNDARES DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL Y DE INJERENCIA POLICIAL

A) La motivación judicial

La jurisprudencia ordinaria es proclive en grado sumo, sin razón que lo justifique, a dejarse llevar por un *mal entendido principio de eficacia*, que, a la postre, si las instancias superiores no lo remedian, muchas veces tarde y no sin escándalo produce efectos nocivos en la inmediata indemnidad de los derechos fundamentales. Algo de esto sucede con la *motivación de las resoluciones judiciales*, y no sólo en materia de restricciones, seguramente legítimas, de derechos y libertades fundamentales. Pero esa legitimidad tiene que desprenderse de la propia resolución que la adopta y no cabe acudir a recovecos más o menos tortuosos como la presunta alarma social, la urgencia de la toma de decisiones o la *remisión a lo actuado en sede policial*⁷, doctrina aparentemente dominante. A la luz de esta doctrina constitucional queda claro que la *motivación es esencial*, pues resulta el vehículo que permite conocer las razones de la decisión

⁶ Así, la STS 23-12-1994, f j, afirma: «(...) *Los derechos fundamentales los derechos al "secreto" y a la "intimidad" componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico... son permanentes e imprescriptibles*» (resaltados añadidos).

⁷ Doctrina, si no dominante, sí constante; así, para las intervenciones que nos ocupan, SSTS 28-3 y 17-12-1996, 7-4, 7-11-1997 (subasteros de Madrid). Correctamente, en cambio, siguiendo la doctrina constitucional, STS 7-7-1993 y el desarrollo que efectúa. Doctrina que establece, con su máxima autoridad, la STC 54/1996, siguiendo su doctrina fijada en la STC 26/1981; *vid.*, ahora, con matices, SSTC 200/1997 -f j 4-, 166/1999 -f j 7-, 126/2000 -f j 7-, 299/2000 -f j 4 IV-.

judicial: así, muy esencialmente, SSTC 238/1989, 160/1994, 50/1995, 49, 54 y 170/1996, 200/1997, 192/2002; a este respecto, hay que añadir la contundente STS 20-12-1996, f j 3 III y IV.

Esta motivación, además, por Auto y no por providencia, debe presidir la prolongación de las intervenciones, cuando ello sea menester (SSTC 85/1994, 181/1995, 299/2000, 202/2001; SSTS 7-11-1997, 5-9-1999, 19-9-2000, 3-7-2002⁸). Pero, como acertadamente ha puesto de relieve la STS 18-4-1997, para proceder a una autorización de prolongación de las escuchas y que tal autorización pueda ser calificada de motivada, el Juez de instrucción ha debido examinar el material ya recogido; otorgar prórrogas sin tal examen por parte del Juez, supone una abierta vulneración del mandato de motivación que convierte en nula e ineficaz la diligencia.

B) Habilitación legal, necesidad, idoneidad y proporcionalidad

En primer término, las diligencias que nos ocupan están cubiertas por la LECrim en diversos pasajes, con mayor o menor extensión. La habilitación legal es, pues, *conditio sine qua non* «toda injerencia estatal en el ámbito del derecho precisa de habilitación legal» [SSTC 49/1999 –f j 4–, 70/2002, f j 10 a)]⁹. Esta menor extensión en las intervenciones tecnológicamente más recientes –aunque no tanto, pues el teléfono no data de ayer precisamente–, hace que salvada la cuestión de la habilitación legal, haya que extremar caso por caso, los restantes principios a fin de que la medida judicialmente acordada y policialmente practicada resulte válida normativamente, por un lado, y eficaz desde el punto de vista del recto ejercicio del *ius puniendi*, por otro.

Así, son necesarias algunas observaciones más. En efecto, si bien para la detención y lectura de papeles y documentos, se prevé que se lleve a cabo *sólo cuando hubiere indicios graves que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa*. O lo que es lo mismo: se pone el acento en los principios de necesidad, *idoneidad* y *proporcionalidad* (por todas, STEDH 30-7-1998; SSTC 181/1995 –ff jj 5 ss.–, 54/1996 –f j 7–, 202/2001 –f j 2–; SSTS 5-9-1999, 4-4 y 7-6-2002; ATS 18-6-1992). Estos principios deben presidir, con más razón aun, la intervención de las comunicaciones en todas sus fases policiales y judiciales, de petición, autoriza-

⁸ De nuevo la STS 7-11-1997 es más flexible con las resoluciones anteriores a la reforma del dictado art. 579 LECr, dado que *se conforma con una prolongación acordada mediante providencia*, pero exige mucho más que la STS 16-1-1992, revocada por la STC 85/1994. De todos modos la mencionada STS 7-11-1997 –f j XIV– hace auténticos equilibrios entre lo legal y constitucional, y a las nulidades que denominan estancas, es decir, a nulidades limitadas exclusivamente en el tiempo.

⁹ Queda fuera, claro está, los casos en que el sujeto brinda su consentimiento a la limitación; *vid.* STS 8-5-2001.

ción, observación, incorporación a la causa, transcripción y conservación. *La interpretación conforme a la Constitución y la intrasistemática que demanda toda norma jurídica impone forzosamente esta delimitación.* Dicho en otras palabras: no procede la intervención de las (tele)comunicaciones ni por todas las infracciones –sólo por las graves– ni, aun siendo los hechos graves, si existen otros medios investigadores menos lesivos (SSTC 39/1987, 160/1994, 50 y 181/1995, 54/1996), doctrina que el Tribunal Supremo, aunque parece seguir, lo hace, al menos en ocasiones, de modo muy laxo (por ejemplo, STS 7-4-1997¹⁰).

En efecto, ha de tenerse en cuenta un aspecto que, por lo general, pasa *desapercibido*. Se trata de que, al igual que sucede con los registros (*vid.* art. 575 I LECrim), cualquiera puede ser objeto de la investigación, incluso si no es, ni quepa pensar que vaya a ser, sospechoso, imputado o inculpado. Las *comunicaciones de cualquier orden y por cualquier medio son «a fortiori» bilaterales*. De esta obviedad se sigue que, al intervenir, por ejemplo, un teléfono, va a *ser intervenida, también, toda conversación de terceros ajenos a la causa*: ya sean, por ejemplo, familiares o compañeros de trabajo del sospechoso, cuyo teléfono se encuentra en observación, y todos sus interlocutores, sean de interés para la investigación o no.

Ante el cúmulo de posibles derechos afectados de personas total y radicalmente ajenas a los hechos diligenciados, la *necesidad, idoneidad y proporcionalidad* se imponen cabalmente. El cuerpo de doctrina legal es amplio y sólido, aunque, en la esfera del Tribunal Supremo, no presenta la coherencia que cabría esperar de un tribunal de casación; con excesiva frecuencia, confraterniza con irregularidades, en mi opinión, censurables y, por tanto, invalidadas. La doctrina legal esencial puede ceñirse, entre otras, a las siguientes resoluciones, aunque algunas deben ser examinadas muy de cerca en relación con el caso concreto, labor que excede de las presentes líneas. Así, resultan del mayor interés, las SSTC 85/1994 –ff. jj. 2, 3 y 4–, 86/1995 –f j 3–, 49 –f j 3– y 54/1996 –f j 8–, 299/2000 –f j 4–; SSTS 5-2-1988, 7-6-2002 y el fundamental y no siempre seguido como hubiere sido menester ATS 18-6-1992 –Caso Naseiro–, 25-6-1993, 25-3, 18-4, 9, 20-5, 12-9 y 23-12-1994, 10-1 y 3-6 y 7-7-1995, 10-1, 22-7 y 20-12-1996, 18-4 y 7-11-1997 –subasteros de Madrid–, 19 y 20 y 22-1-1998. De lo aportado por este acopio de jurisprudencia, caben extraer las siguientes conclusiones que, a modo de *principios insoslayables*, deben regir la observación de las comunicaciones.

¹⁰ Esta resolución es, además, demostrativa de un amplio sector de la doctrina legal que sólo ve nulidades en la infracción de los preceptos constitucionales y no en prescindir de las fórmulas legales; de ser ello cierto, podría prescindirse totalmente de las leyes procesales. La infracción de la legislación procesal también genera, faltaría más, nulidades de pleno Derecho; por ejemplo, la privación de un recurso legalmente establecido a una de las partes en el proceso; en sentido análogo y, por tanto criticable, STS 17-2-1997.

En resumen:

- *mandamiento judicial motivado y emitido dentro de unas diligencias penales;*
- *indicios de la perpetración de un hecho, más allá de las sospechas o conjeturas;*
- *mantenimiento del principio de proporcionalidad, reservando esta diligencia a los hechos de mayor gravedad y trascendencia;*
- *observancia de los principios de necesidad, esto es, que no hay otro medio de investigación;*
- *el concreto número de abonados que habrán de ser objeto de investigación;*
- *un límite temporal para la intervención, los periodos en que, mientras esté vigente la intervención, tendrá que producirse la dación de cuenta por parte de la Policía Judicial al Juez de Instrucción;*
- *así como el delito o delitos que es o son objeto de diligencias;*
- *y entrega de los originales íntegros de las grabaciones al Juzgado autorizante u ordenante.*

C) Especial referencia a la proporcionalidad

Con todo y con eso, la jurisprudencia sí hace hincapié de modo constante en que la proporcionalidad en estos supuestos supone, además, que no exista otro medio menos lesivo o que el hecho a investigar sea de suficiente relevancia penal y social (por todas, STS 14-4-1997). Todo ello, además, sin dejar de tener cuenta aquí otros extremos fundamentales de las intervenciones telefónicas que, aunque comunes a otras restricciones de derechos, en este caso adquieren unas *intensas connotaciones garantistas, como son la motivación de la resolución judicial, la naturaleza y gravedad del delito investigado y el destino que se dé a lo intervenido*, y además, claro está, del plazo de la intervención; *vid.*, especialmente, SSTC 49 –f j 3–, 54/1996 –ff. jj. 5, 7 y 8–, 202/2001 –f j 2–.

De la mano, pues de la motivación, so pena de nulidad de la diligencia y sus eventuales probatorios si aquella es insuficiente (así, STC 54/1996), se plasma igualmente el *principio de proporcionalidad*¹¹. Principio que, una vez más, pese a su reiteración, ha de ser traído a colación una y otra vez. Ello quiere decir, simple y llanamente que no todos los delitos –y, en cualquier caso, nunca las faltas– *son susceptibles de ser investigados con vulneración de este esencial derecho* que, como hemos visto, por su propia naturaleza afecta a terceros ajenos a las investi-

¹¹ Cfr. la STC 123/1997, ff. jj- 3-5 con abundantes referencias y síntesis de los criterios expuestos en el texto. *Vid.*, además, STS 2-2-1998.

gaciones. De acuerdo al sistema actual tripartito de delitos, sólo cabe entender que los *delitos graves y dentro de éstos, los que tienen mayor pena*, es decir, *como mínimo superiores a tres años de privación de libertad* (art. 33. 1 CP), pueden ser objeto de investigación mediante sacrificio constitucionalmente aceptable del derecho al secreto de las (tele)comunicaciones¹².

De la mano de la proporcionalidad se sigue como consecuencia, a su vez, algo que resulta elemental: la temporalidad de la observación y/o intervención, por un lado, y, por otro, la periódica dación de cuenta al Instructor de los hallazgos efectuados por la policía (STC 54/1996, f j 5¹³). En efecto, aún sigue siendo práctica no erradicada que se otorguen judicialmente escuchas telefónicas sin límite temporal; esto ocurre cuando no son motivadas y ya hemos visto que son nulas, tanto tales diligencias como sus eventuales efectos probatorios. Pero, además, no vale, fijar un límite temporal. Es necesario un doble límite; así, en primer término, al modo que rige para otras limitaciones de derechos de menor o análoga entidad¹⁴. De este modo, el límite temporal deberá ser revisado, especialmente a la baja –aunque cabe, lógicamente, prolongarlo por sucesivos períodos– a la vista de los informes, que con la máxima periodicidad deberán especificarse en el mandamiento correspondiente, procede rendir ante el Juez de instrucción a los funcionarios policiales encargados de las escuchas. *No queda vulnerada la proporcionalidad*, en fin, aunque el delito inicialmente investigado se transforma procesalmente más tarde en otro (STS 19-1-1998), pues lo que cuenta es la gravedad inicial y aparente (SSTC 126 –f j 8– y 299/2000 –f j 2–, 14 –f j 3– y 202/2001 –f j 3). Dado el estado indiciario de las investigaciones ello puede ocurrir; *lo decisivo es pues, que el juicio “ex ante”, sea razonable y basado en datos objetivos, siendo irrelevante a estos efectos, tal como sucede en la detención, el resultado último de la investigación.*

D) Confirmación por parte del TEDH

Esta es, así mismo, la doctrina del TEDH. Una serie de capitales resoluciones, ya ampliamente referenciadas en la mejor doctrina constitucional y legal [casos Malone (STEDH 2-8-1984), Kruslin y Huvig (SSTEDH 24-4-1990), Masson y

¹² A este respecto, resulta del mayor interés la STS 4-2-1997, f j 2, por su detallismo, documentación y acertada doctrina.

¹³ F j5: «(...) no consta en autos el oficio comunicando la terminación de la medida, ni tampoco que se aportaran al Juzgado las cintas originales con las grabaciones efectuadas, sino tan sólo copia de las mismas, conteniendo una selección de las conversaciones interceptadas realizadas por los agentes que practicaron la prueba (...)» (resaltado añadido).

¹⁴ Así, por ejemplo, el secreto de las diligencias sumariales que no podrá durar, por lo general más de un mes siendo prorrogables por idénticos términos (art. 302 II LECrim) la incomunicación que no debe superar, por regla general, los 5 días (art. 506 LECrim).

van Zon (STEDH 28-9-1995), Leutscher (STEDH 26-3-1996), Halford (STEDH 25-6-1997), Kopp (STEDH 25-3-1998), Valenzuela (STEDH 30-7-1988), Coban (ATEDH 25-9-2006)]. En esta última resolución se encuentran el resumen que el propio Tribunal de Estrasburgo efectúa de su doctrina en el párrafo 46. Así, para lo que aquí interesa hay que establecer como *requisitos mínimos* de la intervención telefónica legítima los siguientes aspectos, que ponen el acento en la *evitación de abusos de poder*:

- *una determinación legal de las clases de personas a las que pueden sufrir observaciones de sus teléfonos mediando una orden judicial;*
- *la naturaleza de los delitos que permiten impartir tal mandamiento judicial;*
- *una limitación temporal de la observación telefónica;*
- *el procedimiento para transcribir las conversaciones así observadas;*
- *las precauciones necesarias para mantener siempre un ejemplar intacto e íntegro de tales observaciones, a fin de eventuales controles por parte del juez y de la defensa; y*
- *los requisitos bajo los que las grabaciones pueden ser destruidas o borradas, en especial cuando el acusado ha visto sobrepasadas las diligencias o ha sido absuelto.*

II.5. EXCLUSIVIDAD JUDICIAL DE LA SELECCIÓN DE LO INTERVENIDO PARA SU INCORPORACIÓN A LA CAUSA

Llegados a este punto, ha de concluirse con la *documentación* de la diligencia policialmente practicada con la debida cobertura judicial. Así, salvo orden expresa en contra –que debería tener una justificación también expresa¹⁵–, a la *Policía Judicial no le es dado seleccionar lo que entienda relevante de lo que resulte insignificante o banal a los efectos de la investigación interesada*. A diferencia de lo que ocurre con la observación postal y telegráfica, en la que los efectos ocupados son llevados ante el Juez para que éste los procese en forma, a presencia, por lo general, del interesado (art. 584 LECrim¹⁶), aquí, una conversación telefónica, dado que no es algo material, sino lógico, no puede ser llevado a presencia judicial sin que el portador haya tomado previamente conocimiento del contenido de la conversación.

¹⁵ Dejando siempre a salvo el derecho a la audición por las partes de la integridad de las citas originales.

¹⁶ La LO 5/1999 de reforma de la LECrim elimina, aun sin estar declaradas secretas las diligencias, la presencia del interesado en la apertura de los envíos postales a él destinados a cuando se sospeche que los mismos pueden contener drogas.

De ello se deriva, además de la necesaria entrega al Juez de la integridad de los originales (masters¹⁷) en que consten la totalidad de las grabaciones, que por aquél y el Secretario judicial se proceda a las transcripciones¹⁸ y a la incorporación a la causa de los pasajes de interés para la misma¹⁹. Bajo ningún concepto la Policía Judicial está habilitada para seleccionar por su propia autoridad, ni, mucho menos, a guardar para sí, los fragmentos que estimen fútiles para la investigación, es decir, mutilando materialmente las grabaciones y conservando los fragmentos que considere de interés; otra cosa, claro está, es señalar o proponer a quién debe decidir aquellos fragmentos de relevancia para la causa. El respeto a la intimidad que las (tele)comunicaciones incorporan impone esta, por otro lado, simple solución: entrega íntegra, al final de la diligencia, del original de las cintas magnetofónicas donde aquélla se ha plasmado²⁰. Téngase presente que el art. 7.1 LO 4/1997 establece la entrega íntegra y por original de los soportes de audio y vídeo al Juez competente, con cesión de las imágenes o sonidos obtenidos en el ejercicio de las competencias de seguridad ciudadana; de esta suerte, si para lo menos –seguridad ciudadana– existe un protocolo legal, para lo más –injerencia en la intimidad perso-

¹⁷ Es frecuente, como hemos visto, la distinción entre defectos constitucionales que comportan la nulidad de la diligencia y defectos legales que, unas veces invalidan la prueba, sin afectar la integridad del derecho fundamental y otras se mantienen precariamente. Un ejemplo de la primera versión, minoritaria, es la STS 2-2-1998, que reconoce los defectos en la entrega de la integridad de las grabaciones y eventuales defectos de transcripción; en contra, STS 25-6-2001, que centra la esencia de la intervención en su audición en el plenario y no en su transcripción.

¹⁸ Se utiliza el término transcripción por ser el convencional, pero, no es infrecuente, que estos tanto ante resúmenes o versiones más o menos libres de lo conversado como ante aparentes transcripciones más o menos literales.

¹⁹ Así, ya SSTS 5-2 y 27-6-1988, 25-6-1990, 7-7-1993.

²⁰ El no hacerlo así se considera un defecto formal que puede ser salvado o bien mediante otras pruebas o bien, dándole carácter a las transcripciones parciales, que pueden ser averdadas en el juicio oral por, entre otras SSTS 11, 17, 25-10-1994, 19-11-1995, 14-4-1996, 17-2, 7-4-1997. Ello supone que quien ha hecho mal una actuación, la puede sanar sin más a costa del derecho lesionado, lo cual no es ciertamente compatible. Solo es admisible la condena si los hechos probados se derivan de otros datos, legítimamente obtenidos y regularmente acreditados en el juicio oral, que nada tengan que ver con tan irregulares observaciones telefónicas. Otro sector jurisprudencial, si bien considera que tal transpiración parcial policial de las escuchas y subsiguientes grabaciones como prueba, no impide seguirles atribuyendo carácter de diligencia de investigación (así, STS 28-3-1996, a la que sigue STS 7-4-1997). Al menos que no constituyan prueba de cargo es ya una garantía, pero lo que no resulta admisible es que, pese a su ilegalidad, se permita seguir la indagación. La teoría del fruto del árbol envenenado se hace aquí de necesaria aplicación. Más elaboradamente, la STS 17-2-1997, compartiendo en esencia tal criterio, afirma que, pese a la nulidad de la prueba por incumplimiento de los requisitos para la transcripción, lo obtenido a partir de las observaciones telefónicas es válido, puesto que tal intervención fue válidamente acordada. Se trata de un razonamiento en apariencia consistente, pero, observado con detenimiento, resulta ser un sofisma. No se puede escindir la práctica conforme a la legalidad de una actuación de investigación de la forma en que se plasme a los efectos y fines de tal investigación, si tal plasmación se hace de modo incorrecto.

nal e individual en el seno del proceso penal— habrá que seguir *a fortiori* idéntico protocolo.

Además de imponerle el derecho a la intimidad —*los pasajes irrelevantes para la causa deberán ser entregados al observado, sin guardar copia*—, lo impone también el derecho de defensa —determinar lo que es relevante o no, no es cuestión fácil, sino el objeto de la causa, algo sobre lo que el investigado está llamado a decir algo— y la obligación genérica de consignar en las diligencias tanto lo favorable como lo desfavorable al encausado (art. 2 LECrim). En este sentido, con rotundidad y exigiendo el pertinente control judicial, que debe ser exquisito y extremado y bajo la supervisión del Secretario judicial, ATS 18-6-1992 y SSTs 18-6-1993, 25-3-, 23-12-1994²¹, 12-1-1995, 22-1-1996, 7-11-1997, 3-2-1998, 5-9-199, 6-7 y 19-9-2000, 4-4, 7-6 y 3-7-2002, entre otras. Lo decisivo es, como señala la STS 4-11-1994, «*que el Juez autorizante [de las intervenciones telefónicas] no se desentienda de la medida que autoriza y la controle en la medida de lo posible*». Mucho más contundente, como hemos visto, la STS 14-4-1997. O, para concluir este apartado, como estatuye la STC 70/2002, f j 10 a) III:

«Precisando la anterior doctrina, en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, F 4, establecimos como requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal “el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal”); que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerda mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto» (resaltados añadidos).

III. ESCUCHAS DE LAS COMUNICACIONES ENTRE CLIENTE Y LETRADO

La exposición normativa precedente, completada por una rica jurisprudencia, ofrece, para lo que a nuestro tema se refiere, una doctrina sin fisuras, perfecta y didácticamente sintetizada en la última de las resoluciones transcritas. Por ello, ahora es de ver en qué media la grabación, junto con otras conversaciones, de las mantenidas entre un sujeto telefónicamente intervenido y su letrado, llegándose las

²¹ Vid. la documentada y exhaustiva STS 23-12-1994, f j 4.

mismas no sólo a observar, sino a transcribir e incorporar al expediente judicial, tiene relevancia jurídica.

II.1. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO: NATURALEZA JURÍDICA

El secreto profesional del abogado, de honda raigambre histórica y de evidente necesidad, no tiene, a primera vista, ni una definición normativa ni una situación dentro del ordenamiento jurídico parangonable a su tradición e imprescindibilidad. El secreto profesional, en sede legal, lo configura el art. 472. 2 LOPJ y, en sede estatutaria, el art. 32.1 EGA. A diferencia del secreto profesional de los informadores, no tiene expreso reconocimiento constitucional, pero ello no impide su creación *ex lege*, al igual que lo son los de otros profesionales –médicos, auditores, ... y funcionarios públicos en general y con diversas intensidades–. Es más la violación del secreto profesional –y no del periodístico en tanto que tal– tiene una protección penal, en principio, en el art. 199. 2 CP y, sectorialmente, en el número 1 del mismo artículo y en los arts. 278 y ss. de la misma norma criminal básica.

Aunque, ciertamente, no es este el lugar para debatir sobre ello, sí que es necesario para una recta comprensión del tema, centrarlo en puridad jurídica, más acá de la ética y establecer la auténtica naturaleza jurídica del secreto profesional. En una primera aproximación ha de quedar claro que dicha institución no es un derecho, ni menos aún, un privilegio, en el que el letrado pueda escudarse y sustraerse al cumplimiento de obligaciones profesionales de cualquier índole o como cobertura de o para la comisión de delitos.

Tampoco es, en puridad, un derecho del cliente, puesto que éste no puede liberar por su propia voluntad al abogado del deber de secreto, pues en la relación profesional éste ha podido llegar a conocer intimidades de terceros que tampoco deben ser divulgadas y que el secreto ampara por igual; piénsese, por ejemplo, en los secretos que necesariamente han de ser conocidos relativos al cónyuge o menores del cliente, aunque éstos resulten ajenos a un asunto concreto. Así las cosas, la naturaleza jurídica que se perfila como más acertada para la institución del secreto profesional es la de la denominada garantía institucional. Y ello es así atendidas dos razones fundamentales; por un lado, la ya apuntada, de su indisponibilidad por parte de los sujetos relaciones a su través, y, por otro, su carácter plenamente funcional a un derecho fundamental de los ciudadanos, cual es el del derecho a la defensa dentro del marco del constitucionalizado proceso debido.

Recordado lo que antecede, ha de ser enlazado con el planteamiento general de las escuchas telefónicas para el caso que nos ocupa.

III.2. IMPOSIBILIDAD DE LAS ESCUCHAS DE LAS CONVERSACIONES CLIENTE-ABOGADO

A) La interdicción de las escuchas

El análisis normativo precedente impone, como punto de partida, la imposibilidad detectada en el epígrafe: la *imposibilidad de escucha de las conversaciones que con ocasión de su relación profesional mantiene el letrado con su cliente*, entendidos ambos en sentido profesional, es decir, incluyendo bajo el término letrado, a éste y el de sus colaboradores, y bajo el de cliente, a éste y a sus allegados y dependientes, en la medida que la intervención de unos y otros esté *preordenada al ejercicio del derecho de defensa* a que es acreedor todo ciudadano por el hecho de serlo. Nos es ocioso recordar que el art. 24 CE empieza por el pronombre indefinido todos.

Así las cosas, cabe adelantar igualmente, una consecuencia indirectamente ligada con lo anterior: si la escucha no puede practicarse, menos aun podrá practicarse su grabación, su transcripción y, finalmente, su incorporación a la causa. Las razones que llevan *a fortiori* a concluir en el sentido acabado de apuntar estriba en que el secreto profesional del abogado se incardina en el núcleo duro de diferentes ámbitos del derecho público y fundamental al proceso debido, que abarca, claro está los estadios no solo procesales, sino los preprocesales –como el periodo de detención policial– y los extrajudiciales.

En segundo término, los aspectos del derecho al proceso debido en los que se imbrica el secreto profesional del letrado son los relativos al derecho de defensa “*stricto sensu*” como aun más primariamente el de la presunción de inocencia. En efecto, y empezando por este segundo haz de derechos, carece de todo sentido que, siendo la antesala de la presunción de inocencia el derecho a no colaborar con la Justicia por parte del justiciable contra el que se dirige una acción, el derecho a no declarar contra sí mismo, a no declarar y a declarar cuando y cómo lo estime pertinente, sin ser nunca conminado en forma alguna de decir la verdad, sería un contrasentido radical el que pudieran ser intervenidos cualesquiera conversación o contacto, telefónico o de otra índole, entre el cliente y su letrado. El sentido de esta intervención, incluso judicialmente amparada, no puede ser otro que averiguar cuestiones de interés para el esclarecimiento de los hechos. Ahora bien, si la Justicia penal está presidida por el *principio de verdad material*, éste deberá ser preservado allá hasta donde sea no físicamente posible, sino jurídicamente lícito. Superado el tormento como instrumento de investigación del Antiguo Régimen y apreciándose en el democrático-liberal vigente la prueba en conciencia (art. 741 LECrim), es decir, mediante la razón, *sólo los medios razonables son legítimos*.

Por ello, el legislador, incluido el constituyente han dejado fuera del campo de la acción escrutadora del Poder público que ejerce el *ius puniendi* aspectos esenciales de la personalidad, que formulación clásica forman parte de la dignidad de la persona que es inviolable. Así, no se permite, bajo circunstancia alguna, el apremio físico; y muy limitadamente, ciertas investigaciones sobre aspectos no externos de los sujetos, tal es el caso de las observaciones de las comunicaciones telefónicas, postales, telegráficas o de otra índole (art. 18 CE). Incluso, la libertad personal, que puede verse limitada muy radicalmente en fase previa a una resolución condenatoria, sólo puede ser acordada atendida la capacidad de sustracción del sujeto investigado a la acción de Justicia, en los términos de los art. 504 y ss. LECrim. En ningún caso, empero, se permite una restricción de la libertad como medio investigador, es decir, utilizando la pérdida de la libertad como apremio sobre la voluntad del sujeto que la sufre a fin de obtener los resultados a los que el director de la perquisición aspira.

Si partimos, además, del art. 9.3 CE que ha constitucionalizado el aforismo *odiosa sunt restringenda*, resulta que, como veremos más abajo, *ninguna previsión legal permite la violación del secreto profesional* y menos aun que éste quepa ser vulnerado para asegurar un determinada línea de investigación criminal.

El segundo haz de derechos al que algo más arriba se hacía referencia y a lo que plásticamente se denomina el derecho al proceso debido. También en esta sede queda necesariamente garantizado *erga omnes*, incluido el Juez penal, de instrucción o de enjuiciamiento, el secreto profesional. La razón resulta patente: el derecho de defensa, que ha de ser real y efectivo y no meramente nominal, se integra por cualquier medio que a juicio del profesional interviniente esté amparado por el Derecho; en su base está recabar información del tipo que fuere ya sea cerca del cliente o de quien éste designe. Tal información integra el núcleo del secreto profesional que se basa en la confidencialidad de los datos hasta tanto, de común acuerdo con el cliente, el letrado decide hacerla pública en el estadio procesal que entienda como más beneficioso a los intereses que le han sido confiados.

Así, quien obtenga con violación de tal secreto profesional toda o parte de tales informaciones —el hecho en su poliédrica conformación— contará con una ventaja ilegítima que, amén de hacerse acreedora tal obtención a otros reproches, incluidos los jurídico-penales, supondrá una quiebra de otra de las esencias del proceso debido: la igualdad de armas. Todo lo anterior nos lleva a sostener que, pese a la falta de reflejo constitucional expreso del secreto profesional en el art. 24 CE su violación por terceros ajenos a la relación profesional cliente-abogado supone una vulneración del haz de derechos —o de sus presupuestos fácticos— que se cobijan bajo la fórmula del derecho al proceso debido.

En consecuencia, no procede, como reiteradamente venimos sosteniendo, ni la escucha de las conversaciones que el cliente sostenga con su abogado ni las que

éste pueda sostener con terceras personas en el ejercicio del derecho de defensa del cliente en cuestión. Por lo tanto, si no procede la observación, menos aún procederá su grabación, transcripción, aportación y final incorporación a la causa²².

²² Muy instructiva, pese a sus vacilaciones previas, la STC 184/2003, ff. 12 y 13. Así:

«12. Los recurrentes fundamentan también la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones en la ausencia de control judicial en la práctica de las intervenciones telefónicas. Dos razones sostienen esta pretensión: que las prórrogas y las ulteriores intervenciones telefónicas se habrían autorizado sin audición directa por el Juez de las cintas originales; y que la fuerza policial seleccionó las conversaciones relevantes, ya que las cintas íntegras se incorporaron al proceso con posterioridad a la finalización de las intervenciones telefónicas. No puede compararse en este caso que se haya producido la vulneración alegada por los motivos expuestos.

En efecto, si bien el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo, f. j 3; 121/1998, de 15 de junio, f. j 5), para considerar cumplido el requisito de que las intervenciones se ejecuten bajo control y supervisión judicial es suficiente con señalar que los Autos de autorización y prórroga fijaban términos y requerían de la fuerza policial ejecutante dar cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, así como que el órgano judicial efectuó un seguimiento de las mismas. De lo primero queda constancia en los Autos que figuran en los Antecedentes; respecto al conocimiento y consideración de su resultado por el órgano judicial resulta suficiente con constatar –como deriva de las actuaciones y ha quedado constancia en los Antecedentes– que la Policía aportó al Juzgado dichos resultados a través de las transcripciones y las copias de las grabaciones de las conversaciones relevantes y mediante los informes efectuados mientras se llevaban a cabo, siendo suficiente a los efectos de considerar que el Juez ha tenido puntual información de los resultados de la intervención (STC 82/2002, de 22 de abril, f. j 5).

De otra parte, convendrá recordar que hemos afirmado que las eventuales irregularidades en la incorporación al proceso de los soportes en los que se plasma el resultado de las intervenciones telefónicas no afectan al derecho al secreto de las comunicaciones, sino al derecho al proceso con todas las garantías contemplado en el art. 24.2 CE (SSTC 121/1998, de 15 de junio, f. j 5; 49/1999, de 5 de abril, ff. jj 12 y 13; y 202/2001, de 15 de octubre, f. j 7). Pero, además, es de señalar que la Audiencia Provincial de Sevilla, en su Auto de 11 de noviembre de 1999, excluyó las copias de las cintas y las transcripciones aportadas durante las intervenciones telefónicas por la Policía Judicial, por lo que no fueron objeto de valoración en el proceso a los efectos de la condena de los demandantes de amparo. Las conversaciones intervenidas accedieron al proceso mediante la audición en el juicio oral de las cintas íntegras y originales entregadas al Juzgado de Instrucción en agosto de 1992 al ser reclamadas por el Ministerio Fiscal.

13. Los recurrentes alegan también la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al haberse valorado en el proceso pruebas ilícitas. Esta nueva pretensión ha de ser también estimada, pues con la exclusión de las primeras cintas, entregadas al Juzgado durante los meses de febrero a julio de 1992 y sus correspondientes transcripciones, no se satisface la prohibición de valoración que deriva de la declaración de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones producida por las intervenciones telefónicas acordadas durante aquellos meses, sino que dicha vulneración ha de tener como directa consecuencia la prohibición de valoración de todas las pruebas obtenidas directamente a partir de ellas, esto es, de todas las cintas en las que se grabaron las conversaciones que constituyen el fruto directo de las mismas y de sus transcripciones. Igualmente de la declaración de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones deriva la prohibición de incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas mediante las

B) Confirmación normativa del aserto precedente

No sólo por vía de la interpretación conforme a la Constitución cabe necesariamente llegar a la conclusión que aquí se llega, sino que, además, por vía tópica llegamos a idénticas conclusiones si observamos otros pasajes de nuestro ordenamiento. La sistemática nos lleva a igual conclusión. En efecto, la excepcionalidad de la privación de derechos que supone la condena a pena privativa de libertad –y la prisión provisional– impone, entre otras, algunas restricciones. Entre éstas, empero, no se halla la de la intervención de las comunicaciones, más que cuando lo acuerde el Juez y en causa por terrorismo. Así, vistos los arts. 51. 2 LOGP²³ y el art. 48. 3 y 4 RP²⁴, queda claro que el derecho a comunicar con el letrado defensor –u otro– del recluso, penado o no, no puede ser limitado, esto es, negando la comunicación, sino ni tan quiera interviniéndola la autoridad administrativa.

Tal es, además, el sentido que la STC 175/2000 ha dado a esta restricción. En primer lugar, tal puede darse, aunque no sea forzoso, en atención al supuesto excepcional de la reclusión carcelaria. En efecto, es de leer en el fundamento jurídico 2.II de la citada resolución:

declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas (mutatis mutandi, SSTC 94/1999, de 31 de mayo, f j 8; 139/1999, de 22 de julio, f j 6; 161/1999, de 27 de septiembre, f j 2). Como ponen de manifiesto el acta del juicio oral y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el proceso se oyeron las cintas y declararon los policías que ejecutaron las intervenciones telefónicas, tomándose en consideración a efectos de la condena de los recurrentes, por lo que se ha de concluir que también se vulneró el derecho al proceso con todas las garantías de los demandantes de amparo (art. 24.2 CE).».

²³ «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.» El apartado 5 de este precepto [«Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.»] no afecta a las que aquí nos interesan, pues la regulación del art. 51. 2 LOGP es *lex specialis* respecto al art. 51. 5, que es *lex generalis* o, rector, una regulación subsidiaria tácita.

²⁴ «3. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial.

4. Las comunicaciones con otros Letrados que no sean los mencionados en los apartados anteriores, cuya visita haya sido requerida por el interno, se celebrarán en los mismos locutorios especiales y se ajustarán a las normas generales del artículo 41. En el caso de que dichos letrados presenten autorización de la autoridad judicial correspondiente si el interno fuera un preventivo o del Juez de Vigilancia si se tratase de un penado, la comunicación se concederá en las condiciones prescritas en los anteriores apartados de este artículo.»

«Refiriéndonos en concreto a la relación que se produce entre la Administración Penitenciaria y las personas reclusas en un centro penitenciario, que hemos incardinado dentro de las denominadas “relaciones de sujeción especial” (SSTC 2/1987, de 21 de enero, F 2 y 4, 120/1990, de 27 de junio, F 6, 129/1995, de 11 de septiembre, F 3, 35/1996, de 11 de marzo, F 2 y 60/1997, de 18 de marzo, F 1, entre otras), hemos resaltado que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos (y como consecuencia de la modificación de su “status libertatis”), adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos, lo que, en consecuencia (STC 181/1999, de 11 de octubre, F 5 y las que en ella se citan), obliga a que el marco normativo que regula, entre otros, el derecho al secreto de las comunicaciones en el interior de los centros penitenciarios, venga determinado, no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE, sino también y primordialmente por el artículo 25.2 CE, ya que este último sirve de norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos, pues la naturaleza especial de aquella relación de especial sujeción y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del art. 25.2 CE supone que entre la Administración Penitenciaria y el recluso se establezcan un conjunto de derechos y deberes recíprocos, que deben ser entendidos en un sentido reductivo y, a la vez, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. En definitiva, como acertadamente resalta el Ministerio Fiscal, la relación de sujeción especial a que hemos aludido no puede implicar que, en los términos de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984), la justicia se detenga en la puerta de las prisiones. Por lo tanto, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, y la Ley penitenciaria (por todas, STC 170/1996, de 29 de octubre, F 4)».

Pues bien, pese a partir de tal situación anómala respecto del resto de ciudadanos,

«como consecuencia de lo anterior, nuestra doctrina sobre las restricciones al derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario, contenida principalmente en las SSTC 183/1994, de 20 de junio, 127/1996, de 9 de julio, 170/1996, de 29 de octubre, 175/1997, de 27 de octubre, 200/1997, de 24 de noviembre, 58/1998, de 16 de marzo, 141/1999, de 22 de julio, y 188/1999, de 25 de octubre), parte de la base de que los internos en un centro penitenciario son también titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, si bien los artículos 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41 a 50 del Reglamento Penitenciario que la desarrolla (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, aplicable a este caso por la fecha de ocurrencia de los hechos), regulan su ejercicio en razón de las peculiaridades de la relación penitenciaria. El artículo 51 LOGP (y sus correspondientes reglamentarios) distingue entre las comunicaciones que hemos llamado “genéricas”, que se regulan en el apartado 1, y las que hemos denominado “específicas”, previstas en los apartados 2 y 3, que tienen como destinatarios al Abogado defensor, al Abogado expresamente llamado (...)» [f j 3.].

En consecuencia, la limitación [en el caso de comunicación por parte del recluso con el Juez de Vigilancia Penitenciaria] resulta inconstitucional. Y ello en atención a que la decisión de la dirección del centro penitenciario «supuso una clara vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones proclamado por el artículo 18.3 CE con carácter general, y del artículo 25.2 CE, por lo que se refiere al penado, pues “sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia «erga omnes») ajenos a la comunicación misma” (STC 114/1984, de 29 de noviembre, en tanto en cuanto este derecho no se halla afectado por el sentido de la pena (...)) [f j 4.]; ello al margen de que exista una prohibición expresa infraconstitucional que, a nuestros efectos, dado el valor normativo de la Magna Carta, es meramente didáctico o ilustrativo y nunca constitutivo.

De lo anterior se sigue *a fortiori* que únicamente en el supuesto excepcional de terrorismo y con acuerdo judicial –que habrá de ser notificado a los comunicantes– cabrá intervenir, que no suspender, la comunicación cliente-letrado.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES PRÁCTICAS

Sentados los requisitos establecidos por la jurisprudencia en los casos Valenzuela, Ollero y Naseiro, conviene parar siquiera un instante en un tema, pese a su materialidad para nada baladí. Me refiero a la cuestión relativa a las transcripciones de las escuchas que aparecen en las causas.

Por un lado, tales transcripciones en ocasiones, en lugar de estar confeccionadas, como ordena o debería ordenar *ex lege* el auto judicial de intervención de las comunicaciones, por los funcionarios judiciales, bajo la autoridad del Juez y la fe pública del Secretario, están efectuadas por la miembros de la Policía Judicial a la que se le encomendó por la Juez de instrucción la materialización de la intervención. Llámese, además, la atención sobre el hecho de que las transcripciones, para nada adverdadas, en ocasiones están redactadas en castellano, son pasajes o no en otros idiomas cooficiales españoles o extranjeros, cuando lo ordinario, habida cuenta de la naturaleza y vecindad de la mayor parte de los interlocutores observados y grabados, hubiera sido que la transcripción fuera del idioma en que tuvo lugar la comunicación.

Siendo esto grave, cuando se trata específicamente de la *escucha casual*²⁵ de un conversación entre cliente y su letrado, protegida, por tanto por el secreto profesional, a los miembros de la Unidad de Policía Judicial materializadora de la

²⁵ Si estuviera ordenada por el juez su régimen es otro y el secreto profesional estaría debidamente salvaguardado con el llamamiento del Colegio de Abogados correspondiente.

orden judicial de intervención de una determinada línea de teléfono perteneciente a un imputado no le puede pasar por alto el régimen jurídico de la relación cliente-abogado²⁶. No es admisible que tales conversaciones, amparadas por el secreto profesional y no figurando imputado el letrado en la causa puedan ser escrutadas y sometidas al procedimiento de depuración e incorporación a la causa que puedan sufrir el menoscabo, pues el régimen del derecho al debido proceso le es perfectamente conocido a la Policía Judicial.

Si la Unidad de Policía Judicial interviniente albergara alguna duda al respecto procede una consulta con la Juez de instrucción que, de una u otra forma, mediante auto motivado habrá de resolver expresamente al respecto. Pues, huelga decirlo, no estamos ante conversaciones irrelevantes para la causa, como puede ser la que tiene lugar con el establecimiento de ultramarinos que surte al imputado y al que encarga la lista semanal de provisiones. A no dudar, las conversaciones entre el cliente y su letrado pueden ser reveladoras, es más, altamente reveladoras –tema en el que aquí, obviamente no hemos de entrar–. Ahora bien, ya hemos señalado que en el proceso penal el constituyente y el legislador –y no sólo el español, sino los del mundo occidental–, por un lado, y los tribunales de justicia por otro, han puesto una serie de límites infranqueables a la consecución de aquélla a cualquier precio.

Ahora bien, siendo jurídicamente insoportable una actuación así de la Policía Judicial interviniente en los hechos, mayor reproche merecería la pasividad de la Juez de instrucción al no detectar la anomalía y consentir, además de otras eventuales irregularidades, la incorporación a la causa de las transcripciones efectuadas de tan sensibles y superprotegidas comunicaciones.

En consecuencia, tan pronto apareció el hallazgo casual de una comunicación impropia para ser intervenida, se debe ordenar el cese la escucha, para que, con pleno respeto del secreto profesional, esto es, del derecho de defensa, lo dialogado en el seno de la relación profesional entre cliente y abogado no sea ni tan siquiera conocido por los auxiliares del Instructor.

²⁶ Dice la STS 22-3-2001 -caso escuchas del CESID-: «Dadas las características de la acción típica resulta extremadamente complicado y artificioso eliminar los aspectos subjetivos del tipo ya que, la realización del hecho implica necesariamente la voluntad de interferirse en el contenido de las conversaciones captadas, lo que supone inevitablemente abarcar y aceptar la lesión de bien jurídico protegido que no es otro que la intimidad.

Sólo el error invencible de prohibición podía eximir de responsabilidad criminal, eliminando la antijuricidad de hecho y por extensión la culpabilidad. Pero, como ya se ha visto, hemos descartado su concurrencia por lo que emerge, de manera inocultable, el factor intencional que alimenta el propósito subjetivo del autor. En el presente caso, negar la existencia de intencionalidad, equivaldría a desconocer la realidad de los hechos que son objeto de enjuiciamiento y que se le han imputado.» (f j XII).

En suma, aun cuando la captación de este tipo de conversaciones hubiera sido accidental o fruto de una actuación aleatoria, resulta ilícita de plano. En efecto, la STS 23-3-2001 –Caso escuchas del CESID– se afirma:

«Utilizando la misma cita jurisprudencial esgrimida por estos últimos recurrentes, debemos sentar que la obediencia debida surge cuando la orden recibida, cuyo cumplimiento origina la comisión de una infracción penal, no es clara y manifiestamente ilícita.

(...) Por un lado se intenta justificar la conducta por el deber imperioso de salvaguardar el bien jurídico de la seguridad nacional, al que se coloca por encima del bloque normativo que consagra constitucionalmente como un catálogo de derechos y libertades y entre ellas, con carácter especialmente relevante, el derecho a la intimidad y secreto de las conversaciones telefónicas. Como se dice acertadamente en la sentencia recurrida, no podemos erigir la defensa de la seguridad nacional en una pre o extrajurídica razón de Estado que, –en virtud de una regla no escrita y de oscura fuente–, estaría destinada a prevalecer sobre las razones normativas consagradas del Estado constitucional de derecho. No se puede mantener esta subversión de valores que pretende colocar por encima del núcleo duro de la Constitución, una imprecisa y difusa seguridad nacional que, en principio no corría un inminente e inevitable peligro. Como ya hemos dicho, el respeto a los derechos fundamentales es precisamente el fundamento y base constitucional de la consolidación de la paz social y del orden político.

Estos objetivos corren un serio riesgo, cuando se pone en peligro o se consume la invasión de un derecho fundamental como la intimidad, que garantiza el libre desenvolvimiento de las comunicaciones privadas entre los ciudadanos. Si degradamos estos valores y convertimos la intimidad en producto asequible, sin costos ni respuesta jurídica, a las actividades oficiales de los servicios encargados de la seguridad del Estado, estamos colocándonos fuera del marco constitucional que exige, para tener acceso a la intimidad de una persona, la correspondiente autorización judicial o proceder en la forma prevista en el artículo 55.2 de la Constitución, cuando se trata de investigar la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

No cabe obediencia debida ante una orden manifiestamente contraria a la Constitución y no se ejercita un derecho o se cumple con un deber, en los casos en que la actuación que se trata de justificar, entra en colisión con bienes jurídicos ajenos de especial preponderancia, como el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.» (resaltados añadidos –f j XIV–).

Si sustituimos en el párrafo transcrito *seguridad nacional* por *obtención de la verdad material* o *lucha contra el delito*, se llegará a idéntica conclusión que la Sala segunda del Tribunal Supremo y, por tanto, huelgan ulteriores consideraciones.