

La crisis del derecho de defensa

Juan Manuel OLARIETA ALBERDI

Una serie de medidas legislativas restrictivas —seguidas de prácticas aún peores— que se iniciaron en principio sólo en materia antiterrorista y con carácter excepcional, han acabado por generalizarse. Durante cuarenta años de franquismo, en los que se aprobaron todo tipo de leyes, a cada cual más represiva, jamás se había conocido una situación semejante a la que ahora venimos padeciendo los justiciables y sus abogados defensores, bajo la mirada indiferente de los llamados *operadores jurídicos*.

Nunca había sucedido que un letrado acudiera a prisión y la visita a su cliente le fuera denegada, lisa y llanamente, sin mayores repercusiones contra el autor de tamaño atentado a los derechos fundamentales. Nunca había sucedido que el letrado, amén de su carnet profesional, de identidad y *volante* para la prisión, tuviera que proveerse, además, de un certificado del tribunal competente (art. 101.1 del Reglamento de Prisiones) y de un *saluda* cuando la cárcel en la que se encuentra el preso no radica en la misma circunscripción del Colegio al que pertenece el abogado.

Una visita urgente a la cárcel para entrevistarse con el defendido es imposible. Si el colegiado en La Coruña pretende visitar en la cárcel de Daroca a su cliente, debe empezar por recabar de su Colegio un *volante* y un *saluda*; luego, se desplazará, si la acusación versa sobre organizaciones armadas, a Madrid a recabar de la Audiencia Nacional el correspondiente certificado que le acredite como abogado defensor en la causa respectiva; luego, deberá acudir a Zaragoza para canjear el *saluda* y el *volante* del Colegio de La Coruña por otro del Colegio de Zaragoza; luego, podrá acudir a la prisión de Daroca, pero pese a todo tampoco tendrá asegurado que pueda entrevistarse con su defendido. Con suerte habrá dejado el despacho abandonado durante al menos tres días para poder visitar la cárcel de Daroca, que no al cliente, como decimos. Deben abstenerse de intentar visitas aquellos letrados que no sepan conducir o carezcan de vehículo propio, pues a las nuevas prisiones construidas desde hace diez años no llegan los medios de transporte públicos.

Ahora que tanto gustan las comparaciones, especialmente con Europa, no estará de más recordar que tanto en Francia como en Alemania, como hemos podido comprobar personalmente, el abogado puede compartir un despacho, sin rejas, ni vidrios, ni intermediarios, para comunicarse con los presos,

incluso en los departamentos de máxima seguridad. Por contra, en España gestiones profesionales tan sencillas como la firma de un escrito o la exhibición de un documento deben practicarse por medio de un funcionario, lo que anula cualquier atisbo de secreto o intimidad entre el abogado y su defendido.

1. LOS FUNDAMENTOS BASICOS DE LA DEFENSA TECNICA

El derecho de defensa no es, *stricto sensu*, un derecho subjetivo renunciabile; no concierne únicamente a su beneficiario, sino que es una institución inherente al proceso penal desde sus mismos comienzos, una condición de la propia validez del proceso cuya observancia interesa a toda la sociedad en su conjunto: «*La designación del abogado no sólo interesa al propio imputado, sino a la sociedad entera y muy especialmente al órgano jurisdiccional.*»¹

Es también un derecho original por cuanto se compone de un binomio integrado por la autodefensa o defensa material y heterodefensa o defensa técnica, y ambos componentes deben ir encaminados hacia un mismo fin, hacia un mismo objetivo, deben ser coincidentes, en definitiva². La doctrina ha hablado del abogado como un *alter ego* procesal (Vargha), así como del *ejercicio unitario* de un mismo derecho por dos personas distintas (Moreno Catená). Naturalmente tal coincidencia comporta la discusión, el diálogo, el intercambio entre ambas partes, que debe quedar expedito y no sujeto a obstáculos, trabas o impedimentos de ninguna clase, pues de lo contrario ambas defensas no coincidirían, que es lo mismo que afirmar que no existiría defensa alguna.

En España es toda la relación de defensa, toda la comunicación entre abogado e imputado, la que está comprometida en diversas disposiciones legales que se han venido promulgando. Las relaciones y comunicaciones entre abogado e imputado no solamente deben encontrarse libres de obstáculos, sino que deben reunir dos requisitos imprescindibles:

- a) Deben inspirarse en la confianza mutua, para lo cual el imputado debe poder elegir al profesional que estime mejor para la defensa de sus intereses.
- b) Deben permanecer secretas y reservadas entre ambos, de modo que no puedan ser utili-

¹ Gimeno Sendra y Volkman-Schluck «Observaciones al proyecto de Ley de 22 de noviembre de 1977 sobre la defensa técnica en la instrucción penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, núm. 4, pag. 111.

² Gimeno Sendra: «La naturaleza de la defensa penal y la intervención del defensor en la instrucción», *Revista de Derecho Procesal*, 1977, pags. 109 y 123.

zadas contra el cliente las conversaciones en-
tabladadas entre ambos.

En efecto, es un principio general del Derecho que la asistencia y defensa deben ser prestadas por quien libremente elija y designe el interesado. Así, un viejo principio de la jurisprudencia francesa afirmaba que «*la asistencia no es nada, la designación lo es todo*»³.

La asistencia y defensa letradas deben prestarse por un letrado de libre elección, según disponen los artículos 6.3 del Convenio de Roma y el 14.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York. El primero de ellos se refiere expresamente también al derecho a comunicarse con un defensor de su elección, en tanto que el segundo reconoce el derecho a obtener las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

Se trata de normas de ineludible aplicación. El artículo 10.1 de la Constitución califica de *inviolables* estos derechos. Además, el contenido de los artículos 17.3 y 24 de la Constitución deben interpretarse, por imperativo del propio artículo 10.2 de la norma fundamental, a tenor de ambos preceptos de Derecho Internacional que, en virtud del artículo 27 del Tratado de Viena de 21 de mayo de 1969, no pueden ser desconocidos aduciendo normas de Derecho meramente interno. Según esta disposición, «*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*». Y lo mismo determina el artículo 96.1 de la Constitución: «*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*»

También el Tribunal Constitucional en la sentencia de 24 de julio de 1981 inicialmente lo había interpretado de ese modo al afirmar claramente que «*el derecho a la defensa y asistencia de letrado, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, interpretado de acuerdo con los textos internacionales mencionados, comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa*».

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución 1989/64 hizo suyas las recomendaciones de la reunión preparatoria del VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, aprobando los principios básicos acerca de la función de los abogados con arreglo a la resolución 1990/23 del referido Consejo de fecha 24 de mayo de 1990, cuyo artículo 1 dice: «*Toda persona está facultada a recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y exponga sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.*» Y el artículo 4 reitera: «*Los Gobiernos velarán porque la autoridad competente informe inmediata-*

mente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito o arrestadas o detenidas de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.» En idéntico sentido se expresa el artículo siguiente.

Por su parte, la Norma Deontológica 1.7, aprobada por la Asamblea de Decanos de los Colegios de Abogados de 29 de mayo de 1987, dice igualmente que «*el cliente elige libremente a su abogado, y todo abogado tiene el deber de facilitar el ejercicio de este derecho*». Y la Norma 6.2, por su parte, establece: «*La relación del abogado con el cliente tiene que fundarse en una recíproca confianza.*»

Si se impone un abogado desconocido para el inculpado, la defensa no es nada. La relación profesional abogado-defendido es personalísima y no puede ser sustituida, asimilada o confundida con situaciones ajenas y extrañas a los conceptos de asistencia letrada y de defensa, que se llamarán con el nombre que se quiera, pero que no son asistencia ni defensa, sino algo muy distinto. Como ha expuesto la sentencia del Tribunal Constitucional de 180/90 de 15 de noviembre, «*la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia letrada gratuita no se satisface por el simple nombramiento o designación de abogado del turno de oficio, pues dicho precepto del Convenio [se refiere al art. 6.3 c) del Convenio de Roma] no habla de nombramiento sino de asistencia, expresión idéntica a la del artículo 24.2 C.E., de donde se infiere que lo que la norma constitucional dispone es que el acusado tenga derecho a gozar de una asistencia técnica, ya que si se interpreta de una manera formal y restrictiva la asistencia judicial gratuita tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión*». Esta es la situación que se engendra en las incomunicaciones en virtud del artículo 527 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según redacción de 1983: absoluta ausencia de asistencia y defensa desde un principio, pese al nombramiento nominal, retórico o formal de un abogado de oficio.

2. LA INCOMUNICACION DE LOS DETENIDOS Y PRESOS

La asistencia y defensa comportan y exigen el consejo (art. 8 del Real Decreto 2090/82 de 24 de julio, Estatuto General de la Abogacía), el asesoramiento⁴, la información técnica acerca de las consecuencias que puede acarrear una u otra conducta. La distinción entre la mera *presencia* y la verdadera asistencia letrada radica aquí: en que el acto inmediatamente posterior a una imputación debe ser el asesoramiento de un letrado de confianza. Para cumplimentar una mera presencia no es necesario un abogado; para la asistencia, sí.

Si ese consejo no proviene de alguien cercano en quien el inculpado confie, no es nada; podrá ser correcto, válido y eficaz, pero al no dimanar de un letrado de confianza, no producirá en el ánimo del

³ M. D. Dalloz: *Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence*, Paris, 1849, tomo XV, pag 21

⁴ Moreno Catena: *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982, pag 61

inculpado esa seguridad jurídica, esa previsibilidad acerca de las consecuencias de su comportamiento, por lo que resultará inocuo. No hay defensa ni asistencia letrada si el abogado no es de libre designación del inculpado: no cabe otra interpretación de los artículos 17.3 y 24 de la Constitución.

La Norma Deontológica 1.5 también determina que «la confianza y la confianza son esenciales características de las relaciones del abogado con sus clientes, colegas y tribunales, que imponen el derecho y deber del secreto profesional, que habrá de guardar de todos los hechos y noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional y no pudiendo ser obligado a declarar sobre los mismos».

La confianza y la confianza son, pues, dos requisitos inseparables del asesoramiento técnico del abogado defensor, forman parte del núcleo esencial del derecho de defensa⁵ y no concurren cuando se impone un abogado que no aporta al justiciable la intimidad imprescindible para que haya una comunicación recíproca entre ambos que, además, debe quedar reservada, pues de lo contrario no se manifestaría: quedaría coartada, limitada y cercenada, lo que significa una mutilación de la propia asistencia letrada. El apartado 2.3.1 del Código Deontológico aprobado por el CCBE (Colegios de Abogados de la Comunidad Europea) el 28 de octubre de 1988 confirma que «forma parte de la naturaleza misma de la misión del abogado que éste sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales».

Es por ello evidente que al decretar la incomunicación se incurre en infracción de los artículos 17.3 y 24 de la Constitución y, más en concreto, se anula el derecho de defensa en el momento de las declaraciones ante la policía y ante el juzgado al imponer un abogado no elegido, y se infringe el derecho a un proceso con todas las garantías. En contradicción con el artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, más conforme con la normativa internacional, el artículo 440 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, dispone: «Las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores», autorizando exclusivamente la designación de oficio «a quien lo solicite o se niegue a nombrarlo».

Pero la incomunicación no sólo anula el derecho de defensa, sino que además implica más consecuencias adicionales, como ha expuesto Gómez Colomer: «Limitando de este modo el derecho de defensa, se persigue igualmente evitar que exista o se mantenga la connivencia delictiva, es decir, impedir que el abogado de confianza del incomunicado (generalmente un sospechoso de haber cometido un delito de terrorismo) al que la ley supone afinidad ideológica, pueda planificar, concretar o incluso cometer otros delitos con su cliente»⁶. Desaparece,

⁵ La incomunicación no es una pura limitación del derecho de defensa, sino su simple y llana eliminación. Gómez Colomer incurre aquí en contradicción, al reconocer, por un lado, que el derecho a designar abogado es esencial y, al mismo tiempo, lo mismo que el Tribunal Constitucional (sentencia 199/87 de 11 de diciembre), hablar de una mera limitación (La exclusión del aboga-

por tanto, la presunción de inocencia no ya sólo para el detenido, sino también para el abogado que pueda designar, y es difícil que ningún profesional medianamente digno pueda admitir semejantes sospechas, antes siquiera de haber comenzado su labor⁷. Se trata de una medida preventiva y no sancionadora de comportamientos anteriores tipificados: se trata de impedir un riesgo indefinido, de reaccionar por simple sospecha de que pudiera cometerse un delito.

Por otro lado, y contra lo que pueda parecer a primera vista, la medida no se dirige contra ningún abogado ni grupo de abogados en concreto, sino contra toda la profesión en general, a diferencia de la República Federal de Alemania, donde se puede excluir de la defensa a un abogado en particular. En España se prohíbe la intervención de cualquier abogado que pudiera designar el detenido, por lo que su inconstitucionalidad es evidente, a pesar de la sentencia 199/87 de 11 de diciembre del Tribunal Constitucional que no lo entendió así.

La Constitución no ha establecido en este punto una norma en blanco que habilite al legislador para que establezca la modalidad de designación de abogado que estime oportuna. Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1987 no puede ser más desacertada. La propia situación de incomunicación impide recurrir el auto de incomunicación no solamente por la ausencia de abogado de libre elección, sino también porque desconoce en absoluto las razones de hecho y de derecho sobre las que se fundamenta dicha incomunicación, por lo que se le impide argumentar debidamente contra él mismo.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 199/87 DE 11 DE DICIEMBRE

No existe distinción posible entre la mera asistencia jurídica en la detención y la defensa en el proceso penal, como pretendió establecer ficticiamente la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1987 para legitimar la incomunicación. No hay una separación entre la detención (art. 17.3), garantizado por la mera asistencia, y el proceso penal (art. 24), garantizado por la defensa. La detención es ya una parte del proceso penal y no algo anterior o ajeno al proceso mismo. Es una modalidad de imputación en virtud del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la más clara y contundente, sin duda alguna y, por ello mismo, con la detención nace el derecho de defensa, una de cuyas formas o modalidades es la asistencia jurídica durante las diligencias que se practiquen en el período de detención. Por tanto, tampoco puede aducirse que la asistencia a que alude el artículo 17.3 de la Consti-

do defensor de elección en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1988, págs 91 y sigs).

⁶ La exclusión..., pág. 99.

⁷ Entiendo que precisamente lo que busca esta norma es condicionar la tarea del abogado designado, que queda así estigmatizado en su actuación como brazo jurídico no ya del inculpado, sino de una organización violenta.

tución sea algo distinto o separado de la defensa del artículo 24, sino una parte de ella, la primera, quizá la más importante porque condiciona la actuación posterior del imputado y detenido. El asesoramiento de letrado en la detención forma parte integrante de la defensa e implica el momento inicial del ejercicio de la misma en el proceso penal. Es el trance en el cual el abogado informa al inculcado de las consecuencias legales de su comportamiento procesal. Supone la libre y reservada comunicación a fin de que el inculcado pueda adoptar la decisión que entienda mejor para sus intereses, revestida de la adecuada intimidad, a fin de que el inculcado pueda confiar y confiarse en el letrado y en su discreción, de manera que las conversaciones no trasciendan y puedan ser utilizadas en su contra en el proceso de que se trate.

Y si no parece posible admitir la partición del proceso penal, ideando una fase preprocesal (la detención), tampoco parece claro que, además, a la misma se le dé una supuesta escasa relevancia jurídica o una ausencia de complejidad a los efectos de justificar la ausencia de defensa, como hace el Tribunal Constitucional en dicha sentencia⁸. El artículo 17.3 de la Constitución no garantiza únicamente la asistencia letrada en las declaraciones policiales y judiciales, sino que alude a cualquier clase de diligencias policiales y judiciales durante la detención. Durante ella se pueden practicar, por tanto, todo tipo de actuaciones que pueden transformarse luego en pruebas de cargo contra el detenido.

Más en concreto, no es aceptable la teoría de que los atestados policiales carecen de valor probatorio, deduciendo de ahí la escasa relevancia de la función del abogado en la detención, pues también existe jurisprudencia en contrario del Tribunal Supremo y así como del Tribunal Constitucional⁹, por no invocar el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que determina la presunción de autenticidad de las diligencias practicadas *bajo la dirección* del Ministerio Fiscal, lo que puede incluir a los atestados policiales.

La partición del proceso penal en dos fases, una sencilla y otra compleja, no es acorde con la Constitución e implica un regreso a la situación preconstitucional, en la que el derecho de defensa sólo aparecía tras el auto de procesamiento, mientras que ahora basta con cualquier forma de imputación¹⁰, incluso aunque sea implícita.

Si con la detención nace el derecho de defensa, con ella nace también el derecho a elegir el abogado que debe prestársela, como ha reconocido la doctrina¹¹. No se puede desnaturalizar la función del abogado; limitándola a una mera *presencia* cuyo

propósito consista en impedir coacciones o malos tratos, que las diligencias extiendan con fidelidad el contenido de las declaraciones, el apoyo moral, etc. Nada de eso compete a los abogados directamente, sino a otro tipo de profesionales. No parece aceptable afirmar que en el proceso penal intervengan abogados y en la detención asistentes sociales¹².

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos expuso en la sentencia Can (30 de septiembre de 1985) que el Convenio de Roma alude a la *preparación* de la defensa, para lo que es necesario, afirma el Tribunal, dejar al acusado el tiempo y las facilidades necesarias, lo que implica la necesidad de tomar ciertas medidas antes del proceso mismo. Según el Tribunal, las disposiciones del artículo 6 del Convenio *pueden aplicarse tanto al proceso mismo como a una fase anterior del mismo*, lo que equivale a reconocer el derecho a elegir abogado tanto en la detención como en otras fases del proceso penal.

Hay, finalmente, un aspecto que no puede resultar soslayado: en su sentencia 199/87 de 11 de diciembre, el Tribunal Constitucional añade que la incomunicación sirve también para «*reforzar el secreto de las investigaciones criminales*». Este argumento es importante, sobre todo cuando se ponen en juego todas las posibilidades inquisitivas del proceso penal. Respecto al secreto sumarial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prescribe que afecta normalmente sólo a terceros (art. 301), mientras que para las partes únicamente en los casos en que así lo acuerde el juez instructor (art. 302). Pero este argumento debe ponerse en relación con otra posibilidad adicional de anulación del derecho de defensa, acumulable a las que hasta ahora hemos expuesto (incomunicación y secreto), aunque contradictoria con ellas: la intervención de comunicaciones en prisión entre el preso y su abogado.

4. LA INTERVENCION DE COMUNICACIONES EN PRISION

El artículo 51 de la Ley Orgánica 1/79 de prisiones, en sus apartados 2 y 5, autoriza a suspender e intervenir las comunicaciones (orales o escritas) entre un inculcado y su defensor que, en los supuestos de *terrorismo*, no requiere siquiera previa resolución judicial habilitante, bastando una orden motivada del director del establecimiento, según interpretación que al respecto ha emitido la sentencia del Tribunal Constitucional 73/83 de 30 de julio.

Se regulan, pues, dos supuestos distintos: la suspensión y la intervención de la comunicación. Sobre el primero poco hay que decir, como no sea subra-

⁸ Como expone Gómez Colomer, este momento inicial es de la máxima importancia (*La exclusión*, pág. 101) y precisamente por ello se prohíbe entonces precisamente la intervención del abogado.

⁹ Por todas, vid. la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1992, donde se generaliza ya la vieja doctrina de que no es necesario que las pruebas se practiquen en el acto del juicio oral, sino que vale cualquier diligencia sumarial, aun la no reproducida, e incluso el propio atestado policial, no requiriendo que las declaraciones policiales sean ratificadas ni reiteradas; es más, aunque sean expresamente desmentidas ante el juez en todo momento, de forma que el tribunal puede optar por unas u

otras declaraciones indistintamente. En suma, que la Constitución de 1978 cambió aparentemente todo para que en el fondo no cambiara nada.

¹⁰ Gimeno Sendra y Volkman-Schluck, «Observaciones», pág. 112.

¹¹ Gimeno Sendra, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 91 y 92; y Moreno Catena, ob. cit., págs. 39 y 51.

¹² Rescata así la vieja idea paternalista de la defensa como *patrocinio* aun reflejada en el artículo 197 del Reglamento de las Audiencias de 1835, donde la tarea del abogado consistía en consolar a su cliente.

yar, una vez más, el eufemismo de consignar como *suspensión* lo que no es más que una forma más de anulación del derecho de defensa que no merece mayores precisiones. Por ello, vamos a entrar en el otro supuesto, la *intervención*, que aparentemente es más suave o blando, pero que, en definitiva, es otro supuesto más de liquidación de la defensa.

En efecto, la intervención de las comunicaciones en prisión entre defensor y defendido crean una situación ante la cual el letrado designado no puede actuar en absoluto, ya que tiene derecho al secreto profesional en virtud del artículo 24.2, párrafo final de la Constitución, y obligación de guardarlo, según expresión más precisa del artículo 437.2 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Si a esta simple consideración añadimos que las diligencias pueden ser declaradas secretas¹³, no se nos puede escapar que ningún letrado defensor admita que las comunicaciones con su defendido sean intervenidas, o sea, participadas, escuchadas, registradas, copiadas, difundidas, etc., por el director de la prisión. Estamos ante otro ejemplo de humillación personal y profesional del abogado.

La intervención de las comunicaciones, a lo máximo, debe ir precedida de la correspondiente autorización judicial en virtud del artículo 18.3 de la Constitución, requisito que no puede subsanarse *ex post*. Según el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «*el juez instructor autorizará, en cuanto no perjudique el éxito de la instrucción, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido o preso*».

El letrado que admite, participa o consiente la intervención de sus comunicaciones con su cliente incurre en un delito de prevaricación del artículo 360 del Código Penal y, por si fuera poco, tal actuación constituye motivo de corrección disciplinaria del artículo 301.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «*De ahí que la intervención de la comunicación —escribió García Valdés— se imponga como una posibilidad de poder realizarla, pueda constituir la inevitable coacción de obligar a hacer al profesional lo que la ley prohíbe, es decir, revelar el secreto sumarial o los de su patrocinado*»¹⁴.

En virtud del secreto profesional, el abogado no tiene obligación de denunciar a su defendido (art. 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ni siquiera de declarar (art. 416.2 de la misma ley), y no puede admitir que la intervención de sus conversaciones y correspondencia se transforme en una fraudulenta y deliberada denuncia contra su patrocinado, faltando a los más elementales deberes de probidad derivados del mandato recibido. Dispone el artículo 41 del Estatuto de la Abogacía (Real Decreto 2090/82 de 24 de julio) «*que el secreto profesional constituye al abogado en la obligación y en el derecho de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento que afecten a su cliente, de los que*

hubiera tenido noticia por el mismo en razón de su ejercicio profesional».

Es desconocido totalmente cuál pueda ser el interés del director de una prisión para enterarse de las entrevistas del abogado con su defendido. No sabemos si es para informarse para sí mismo del contenido de la defensa técnica y de las diligencias declaradas secretas, o bien si es para ponerlo en conocimiento de terceros (¿policía?, ¿Ministerio Fiscal?, ¿Juez instructor?) que así se aprovecharían de ello para obstaculizarla. No puede dejar de constarse el torticero uso de la legalidad penitenciaria en beneficio de autoridades, quizá distintas de la penitenciarias, pasando por encima del derecho y deber de secreto profesional y del carácter también secreto que tienen las diligencias sumariales frente a terceros. El artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como ya hemos dicho, declara que el sumario es secreto para quienes no son parte, de modo que entre ambas disposiciones hay una clara contradicción. Y parece harto difícil conjuntar toda una serie de disposiciones que —en claro regreso al Medioevo— pretenden reforzar el secreto de un proceso (como la propia incomunicación) con posibilidades (como la intervención) que van en sentido opuesto, que permiten la difusión del secreto sumarial frente a personas que no son parte.

Al desconocer el móvil de este tipo de intervenciones de la Administración, es imposible su control, ni jurisdiccional ni de ninguna otra clase, por lo que la desviación de poder del artículo 106 de la Constitución deviene vacía de significado jurídico. No es que se trata de una decisión discrecional, sino que al carecer de un objetivo preciso señalado por la ley, se transforma en una pura sanción (sanción sobre la sanción) que en la práctica penitenciaria resulta automática por el hecho de pertenecer a una organización armada, estatuto jurídico que la Administración no duda en otorgar a un preso preventivo sin mayores exigencias.

Lo que resulta claro es que las *razones de seguridad y buen orden del Establecimiento* que suelen aducir rutinariamente los centros penitenciarios, sin mayores concreciones, no tienen relación alguna con las comunicaciones escritas del inculcado y el letrado defensor, pues no existe forma humana de alterar la *seguridad* de un centro penitenciario con papeles profesionales y menos de perturbar el *buen orden del establecimiento*. De ese modo no se cumple la exigencia de motivación del artículo 51.5 de la Ley Orgánica Penitenciaria, sino que se limitan a repetir los términos literales del propio artículo 51 en su apartado primero.

El artículo 51, números 2 y 5, de la Ley Orgánica Penitenciaria es inhábil a efectos de eliminar el derecho de defensa, pues el artículo 24 de la Constitución no puede ser anulado —y la intervención de las comunicaciones es una forma de anulación— por disposición de una autoridad administrativa de infi-

¹³ «*De nada sirve que el imputado se vea asistido de su defensor si éste no tiene acceso a las diligencias sumariales y especialmente al conocimiento de la imputación. ¿Qué defensa puede realizar un abogado de su patrocinado si no sabe cuáles son las causas por las que aquél queda sujeto a la instrucción?* (Gimeno Sendra y Volkman-Schluck: «Observaciones», pág. 114).

Aún con más énfasis cabe realizar esta pregunta cuando se combinan todas esas posibilidades legales: incomunicación durante la detención, más secreto de la causa, más suspensión de las comunicaciones con el defensor por orden del director de la cárcel. Y hablamos de realidades, no de hipótesis de laboratorio.

¹⁴ *Régimen Penitenciario de España*, pag. 178.

mo rango, ya que ni siquiera se puede anular, limitar, suspender o restringir bajo el estado de excepción (art. 55.1 de la Constitución) En todo caso, a lo máximo, pudiera pensarse en una intervención de las comunicaciones con el abogado defensor, previa resolución motivada del juez instructor.

La autoridad penitenciaria, al ordenar la intervención de comunicaciones con el defensor, no puede sino partir de otra presunción de culpabilidad que recae tanto sobre el preso, cuando es preventivo, como sobre el abogado en todo caso. En efecto, es imprescindible incurrir en una previa imputación penal no solamente de carácter administrativo y paralela al proceso, sino previa al fallo. Y, finalmente, tal calificación carece de fáctica suficiente: la motivación puede conducir a conocer el alcance teleológico de la intervención, su finalidad, pero no explica a través de qué supuestos la Administración penitenciaria llega al convencimiento de que un determinado preso es *terrorista*, expresión que ya es difícil de precisar dentro de la dogmática penal y que se presta al uso —y abuso— político.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

El tema de la intervención de las comunicaciones entre preso y abogado ha sido abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Golder (sentencia de 21 de febrero de 1975) y Can, al que ya hemos referido. En la primera de dichas resoluciones, el Tribunal Europeo ha dejado bien claro que constituyen infracción del Convenio de Roma en sus artículos 6.1 y 8 los impedimentos a la correspondencia escrita entre un preso y un abogado, afirmando textualmente: «*Un obstáculo en la posibilidad misma de iniciar correspondencia representa la forma más radical de interferencia (párrafo 2 del artículo 8) en el ejercicio del derecho al respeto de correspondencia.*»

En la sentencia Can, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que las funciones del abogado defensor «*se obstaculizan o se impiden si el abogado no puede entrevistarse con su cliente más que en presencia de un funcionario del Tribunal. El acusado encontrará dificultades para expresarse libremente vis a vis con su abogado sobre los hechos que han dado lugar a la acusación penal, porque temerá que sus declaraciones puedan ser utilizadas o transmitidas para ser utilizadas contra él por el funcionario que las escucha*», añadiendo igualmente el Tribunal que «*importa poco saber si sus temores son o no fundados*». Como conclusión, esta sentencia determinó: «*El abogado defensor no puede desempeñar convenientemente sus tareas si no está autorizado para entrevistarse sin testigos con su cliente. Como consecuencia de ello y, en principio, no es compatible con el derecho a la asistencia efectiva de un abogado, garantizada por el artículo 6.3 c) del Convenio, someter los contactos entre el abogado y el acusado al control del Tribunal. Esto no significa, sin embargo, que el derecho a comunicarse libremente con el abogado deba reconocerse en todas las circunstancias y sin ninguna ex-*

cepción. Toda restricción a la regla general debe estar justificada por las circunstancias peculiares del caso.» En esta sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reputó excesiva la intervención de las comunicaciones durante tres meses, considerando que tal plazo, independientemente de las circunstancias concretas que pudieran justificar la medida, era a todas luces excesivo. El artículo 51 de la Ley Orgánica Penitenciaria, por contra, no impone ningún tipo de limitaciones temporales, de modo que, en principio, la intervención puede resultar indefinida.

Entre las reglas mínimas sobre tratamiento de los reclusos aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 31 de julio de 1957 (Resolución 663 C I XXIV) se contiene una, cuyo tenor literal es el siguiente: «*Se permitirá al acusado pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia y a recibir visitas de su abogado a propósito de su defensa. Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario* »

El artículo 93 de las Reglas Penitenciarias Europeas adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de febrero de 1987, siguiendo a las Naciones Unidas determina: «*Todo acusado, desde su encarcelamiento, debe poder elegir su abogado o ser autorizado a reclamar la designación de un abogado de oficio, cuanto tal asistencia esté prevista, y a recibir visitas de su abogado con vistas a su defensa... Las entrevistas entre el acusado y su abogado pueden celebrarse a solas, pero no pueden celebrarse en presencia, directa o indirecta, de un funcionario de policía o del establecimiento.*» Y el artículo 3.2 c) del Acuerdo Europeo relativo a los procesos ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que un detenido tiene derecho a comunicarse y entrevistarse con su abogado defensor «*sin poder ser oído por nadie*». Tanto el artículo citado de las reglas como el del acuerdo, aparecen mencionados en la sentencia Can del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, el artículo 8 de los Principios Básicos de la Función de los Abogados del Consejo Económico y Social, al que ya nos hemos referido, afirma también: «*Se facilitara a las personas arrestadas, detenidas o presas oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia, ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.*»

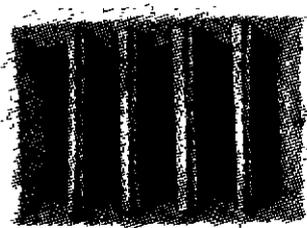
6. CONCLUSION

A la vista de lo expuesto, es incomprensible el criterio contenido en sentencias del Tribunal Constitucional, como la 73/83 de 30 de julio, admitiendo la constitucionalidad de suspensiones e intervenciones de comunicaciones entre abogado y preso. Asistimos a un profundo deterioro del derecho de defen-

sa en un proceso del que parece que sólo conocemos los primeros pasos. La gravedad del fenómeno radica en que no se trata de meras *limitaciones* o *restricciones*. Considerarlo de esta forma, amén de desconocer la naturaleza de la defensa, es hacer un flaco favor en defensa del derecho de defensa y errar el diagnóstico: se ha empezado por afectar al *núcleo esencial* del derecho sin mayores preámbu-

los, y esto es exactamente lo preocupante, porque si se ha podido comenzar de ese modo tan impulsivo y se ha encontrado no ya la benevolencia, sino un respaldo tan contundente como el del Tribunal Constitucional, es que estamos a las puertas de su desaparición, por más que luego busquemos eufemismos jurídicos.

**ALGUNAS PERSONAS
LLEVAN ESTE CÓDIGO
DE BARRAS POR EL
PRODUCTO DE SUS IDEAS.**



**Colabora.
Estás en libertad**

AMNISTÍA  INTERNACIONAL

Apdo. Correos 50.318 - 28080 MADRID