

LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS ENTRE ABOGADO DEFENSOR Y CLIENTE EN UNA COMPARACIÓN INTERNACIONAL

Dr. Teresa Manso Porto¹
Max Planck Institut für ausländisches
und Internationales Strafrecht

Resumen: Este artículo presenta una selección de modelos legislativos de regulación de las escuchas telefónicas que incluyen previsiones específicas para el supuesto de las comunicaciones entre abogado y cliente. Ello permite perfilar desde un análisis comparado diferentes modelos que oscilan entre la prohibición absoluta y (mayoritariamente) la prohibición con excepciones. Entre las deficiencias que todavía persisten en la regulación española, se hace especial hincapié en la necesidad de regular la afectación de derechos de terceros, por ser algo inherente a la medida en todos los supuestos, de tal manera que también en un hipotético modelo de prohibición absoluta puede darse la situación en la que, en el marco de una intervención legal, se interfieran accidentalmente comunicaciones entre abogado y cliente. Ello hace necesario reabrir el debate sobre quién, cuándo y cómo debe proceder con dichas comunicaciones, partiendo de

Recibido: octubre 2012. Aceptado: diciembre 2012

¹ Mi agradecimiento a la *Dra. Dra. h.c. mult. Karin Cornils, Prof. Dra. Sabine Gless, Dra. Konstanze Jarvers, Dra. Silvia Tellenbach, Emily Silvermann, LL.M., Dr. András Csuri y Dr. Gabriel Pérez Barberá* por su inestimable ayuda en la búsqueda de material.

un entendimiento gradual de la afectación de los derechos en juego y abandonando dogmatismos y puntos de vista absolutistas que alejan al Derecho de la realidad.

Palabras clave: escuchas telefónicas, comunicaciones privilegiadas, comunicaciones protegidas, derecho de defensa, caso “Garzón”

Abstrat: This paper presents a selection of legislative models of wire-tapping regulation with specific provisions focusing on communications between lawyer and client. This worldwide analysis provides different models ranging from an absolute prohibition to a more widely recognized prohibition with exceptions. Among the deficiencies still persisting under the Spanish regulation, we stressed the need for a regulation to protect the rights of third parties accidentally involved in a wiretap. Even in the case of a hypothetical absolute prohibition model there may come a situation where, as part of a legal telephone tapping, communications between lawyer and client are interfered. This makes it necessary to reopen the debate about what conditions (who, when and how) must be fulfilled to proceed in the case of sensitive communications. Taking as the starting point a gradual understanding of the serious impact on the rights at stake, there must be no room for dogmatism neither absolutist views which keep the Law away from reality.

Keywords: wiretapping, attorney-client privilege, protected communications, right of defense, the “Garzón” case

Sumario: A. Introducción. 1. Objeto de estudio. 2. A modo de presentación del problema: Alemania. 3. Objetivo y método del estudio. .B. Análisis jurídico-legislativo de los países seleccionados. 1. Estados Unidos. 2. Suecia. 3. Turquía. 4. Suiza. 5. Hungría. 6. Italia. 7. Otros países con prohibiciones expresas de realizar escuchas a abogados o defensores. C. Análisis comparado. D. Presente y futuro del régimen jurídico español a la vista del panorama legal internacional. E. Anexo legislativo. 1. Estados Unidos (Derecho federal). 2. Suecia (Ordenamiento jurídico-procesal). 3. Turquía (Criminal Procedure Code). 4. Suiza (Ordenamiento procesal penal de 5 de octubre de 2007). 5. Italia (Código procesal penal). 6. Colombia (Código de Procedimiento Penal–Ley 600 del 24 de julio de 2000). 7. Argentina. 8. Costa Rica (Código procesal penal de 1 de enero 1998). 9. Nicaragua (Código procesal penal). 10. Albania (Código procesal penal).

A. Introducción

1. Objeto de estudio

El presente trabajo aborda el tratamiento jurídico de las escuchas telefónicas, especialmente cuando afectan a las comunicaciones entre abogado defensor y cliente. Se aborda con ello un tema que en España es objeto de una regulación legal todavía insuficiente y solo parcialmente suplida por la doctrina jurisprudencial, y que, por otra parte, ha cobrado nuevamente actualidad al constituir uno de los aspectos jurídicos más controvertidos del denominado caso “*Gürtel*”, que derivó en el caso “*Garzón*”.

Pero también en otros países —y ello pone de manifiesto el interés que tiene el tema más allá de nuestras fronteras— ha habido supuestos similares que han saltado a los titulares de la prensa y en los que igualmente se han producido escuchas de legalidad como mínimo cuestionable, cuando no de inconstitucionalidad manifiesta, que afectaban a conversaciones entre abogados y clientes.

2. A modo de presentación del problema: Alemania

De ello nos ofrece algunos buenos ejemplos Alemania, que constituye, sin duda, un referente importante en todos los sentidos.² En este país, incluso la lucha antiterrorista contra miembros de la RAF (*Rote Armee Fraktion*) sigue reabriendo heridas en la actualidad. Y es que cabe recordar que en 1977, encontrándose varios terroristas encarcelados en el centro penitenciario de Stuttgart, capital del *Land* Baden-Württemberg, los entonces Ministros de Interior y de Justicia del citado *Land*, con cuyo beneplácito se habían grabado conversaciones mantenidas en el locutorio del centro penitenciario entre miembros de la organización terrorista y sus abogados defensores, fueron procesados por un delito leve

2 Sin ir más lejos, un editorial de septiembre de 2009 informaba sobre el alarmante aumento de las escuchas telefónicas en procesos penales durante el pasado año; véase www.sueddeutsche.de/politik/159/488554/text/ (13-11-2012).

(*Vergehen*) del parágrafo 201 StGB (quebrantamiento de la confidencialidad de la palabra). En aquella ocasión, el Ministerio Fiscal procedió a sobreseer el caso alegando que los acusados habían actuado en estado de necesidad. Pero el asunto parece no haber quedado definitivamente zanjado en las conciencias de muchos, pues ha sido todavía objeto de una moción presentada en la Cámara Territorial y de la consiguiente toma de postura del Ministro de Justicia del *Land* Baden-Württemberg en septiembre de 2007, a fin de intentar someter los hechos a una nueva evaluación desde criterios propios del Estado de Derecho.

Dejando a un lado los casos de terrorismo, que, dependiendo de la coyuntura nacional, ciertamente pueden ser objeto de reglas y medidas de excepción, y situándonos en el momento actual, cabe recordar también una reciente Sentencia de 29 de abril de 2009 del Tribunal Supremo Federal alemán³ en la que, sin ni siquiera afectar el caso a conversaciones con abogado defensor, se reconoció una clara conculcación del derecho fundamental a un proceso justo y una violación del art. 6 CEDH en un caso de asesinato en el que se habían grabado en el locutorio del centro penitenciario conversaciones entre el acusado (que supuestamente había asesinado a su amante) y su esposa, al objeto de obtener así información relativa a la comisión del delito y a la participación del acusado en el mismo. En esta ocasión, si bien se reconoció que en determinados supuestos la medida es legítima, en atención a las circunstancias del caso (como, especialmente, la de haberles sido facilitado a los esposos un encuentro sin presencia de ningún funcionario, en contra de la regla habitual), estimó que se había dejado obrar al acusado en la creencia de que se encontraba en una situación que garantizaba la confidencialidad de sus conversaciones con su esposa. El Tribunal estableció sobre esta base un claro paralelismo con la utilización del engaño, constatando así un quebrantamiento, entre otros, del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, con la consecuencia necesaria de la prohibición

3 BGH 1 StR 701/08, disponible en www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/08/1-701-08.php?referer=db (12-11-2012).

de valoración de la prueba, sobre la que se había sustentado prácticamente todo el proceso.

Un último ejemplo nos acerca aún más al núcleo de las conductas que nos ocupan, en cuanto que afectan al libre ejercicio del derecho fundamental de defensa y, en este supuesto especial, al derecho a que se garantice una relación de confianza entre abogado y cliente. Se trata del conocido caso “*al-Masri*”, ciudadano alemán de origen kuwaití que fue secuestrado por agentes de la CIA y retenido y presuntamente torturado durante varios meses en Afganistán, circunstancia que motivó que el tribunal alemán encargado del caso ordenase interceptar las comunicaciones telefónicas de su abogado con el pretexto de que posiblemente los secuestradores intentarían ponerse en contacto con él.⁴ Pues bien, a pesar de contarse Alemania entre los países que no incluyen una prohibición expresa de intervenir las comunicaciones entre abogado y cliente,⁵ también el Tribunal Constitucional alemán tuvo aquí ocasión de abordar el tema y acudir en defensa del derecho aludido, recordando que cualquier medida que sea idónea para entorpecer la generación de una relación de confianza entre abogado y cliente lesiona el derecho de los abogados al libre ejercicio de la profesión, derecho que, por lo demás, redundaría en interés de la generalidad y de la administración de justicia. Dicha lesión se produciría si los potenciales afectados siempre tuvieran que contar con la posibilidad de que sus conversaciones sean intervenidas.

4 BVerfG (2 BvR 2151/06) de 30-4-2007 (wistra 2007, pág. 297 ss., 299).

5 El § 100 a StPO regula los requisitos generales para la adopción de la medida incluyendo en el apartado 3 una previsión en cuanto a los destinatarios, que solo pueden ser el acusado o terceras personas con respecto a las cuales quepa suponer fundadamente que actúan o son utilizadas como personas de contacto para recibir o transmitir información del acusado. El Tribunal Constitucional Federal ha entendido que los abogados no pueden quedar excluidos sin más de las reglas que autorizan la escucha (BVerfGE 30, 1, 32 s.) y la jurisprudencia ha establecido que solo pueden ser destinatarios de tal medida cuando, concurriendo el resto de requisitos, estén ellos mismos bajo sospecha de participar en un delito (BGH, 05.11.1985, 2 StR 279/85).

3. Objetivo y método del estudio

El objetivo de este trabajo es enriquecer la discusión acerca del adecuado tratamiento jurídico de las escuchas telefónicas entre cliente y abogado defensor aportando una visión comparada del fenómeno. Se pretende abarcar, no solo referentes clásicos del entorno jurídico más inmediato y del mundo anglosajón como contrapunto, sino también otros sistemas menos o solo indirectamente vinculados con el español u otras familias jurídicas. Esta ampliación del horizonte geográfico posibilitará al lector situar su visión del ordenamiento español en un contexto internacional más amplio, abrir nuevas vías de discusión, detectar desarrollos a nivel interno que puedan perfilarse como erróneos y conocer aspectos concretos de otras regulaciones que puedan resultar novedosos y de interés para el propio ordenamiento.

La metodología a seguir se basa en el análisis comparado de la regulación legal pertinente en cada uno de los sistemas analizados. La selección de países se ha realizado buscando una representación lo más variada posible sin desbordar el marco y las dimensiones de este trabajo. Un criterio de selección *sine qua non* a la hora de incluir ordenamientos potencialmente interesantes es que la regulación respectiva abarque específicamente los supuestos que interesan a este estudio. Los países analizados son, concretamente, Estados Unidos (Derecho federal), Suecia, Suiza, Italia, Hungría y Turquía. De esta manera quedan representados el mundo anglosajón, los países nórdicos, Europa del Este, el sur de Europa y países no pertenecientes ni a la Unión Europea ni a los sistemas occidentales. A ello se suma una reseña más breve de otros ordenamientos (mayoritariamente sistemas latinoamericanos)⁶ que se han incluido por prever en su régimen procesal una prohibición expresa de intervenir las comunicaciones entre abogado y cliente y/o utilizarlas como prueba.

Una vez hecha una aproximación de carácter descriptivo a la regulación positiva de los ordenamientos seleccionados,

6 Albania, Colombia, Argentina, Costa Rica y Nicaragua.

se procederá a realizar un análisis comparativo que permitirá identificar distintos mecanismos de restricción de las escuchas.

El trabajo se completa con una breve aproximación a la situación normativa actual en España, sobradamente conocida, y algunas recomendaciones que, partiendo de la actividad que han desplegado los legisladores extranjeros, puedan ser de provecho para una futura (y ojalá muy próxima) regulación procesal que sea capaz de salvaguardar los intereses que entran el juego en este ámbito, en especial el derecho de defensa.⁷

Otro aspecto metodológico importante es que la descripción del régimen legal vigente en los países objeto de estudio se realizará siguiendo siempre la misma estructura. Ello facilitará su análisis desde una perspectiva comparada. Dicha estructura consta de los siguientes apartados:

- a. Regulación legal general de las escuchas telefónicas: presupuestos
- b. Régimen jurídico específico para el caso de abogados defensores
- c. Tratamiento probatorio de las informaciones obtenidas mediante escuchas jurídicamente no permitidas.

Por último, se ha considerado conveniente y útil incluir al final un anexo legislativo con las principales disposiciones de cada país a las que se hace referencia en el texto.

B. Análisis jurídico-legislativo de los países seleccionados

1. Estados Unidos (Derecho federal)

a. Regulación legal general de las escuchas telefónicas: presupuestos

La intervención de las comunicaciones comienza a regularse en EEUU en 1968, a través del *Omnibus Crime Control and*

7 No se abordarán aquí los aspectos relativos a la admisión y valoración de las pruebas en juicio.

Safe Streets Act, en su título III. El objetivo de introducir esta normativa era, por una parte, prohibir la interceptación de las comunicaciones orales, electrónicas o por cable entre particulares, salvo las que se lleven a cabo por (o al menos con el consentimiento de) una de las partes, y restringir los poderes de la administración pública para interceptar dichas comunicaciones. Por otra parte, se buscaba dotar al poder público de un arma efectiva de lucha contra la criminalidad grave, especialmente contra el crimen organizado.⁸ Con respecto a lo segundo, el Congreso se esforzó en satisfacer los requisitos previamente establecidos por la *Supreme Court* como presupuestos constitucionales para un régimen válido y uniforme de intercepción de las comunicaciones que estableciera bajo qué circunstancias se pueden interceptar las comunicaciones por orden judicial.⁹ Esta normativa ha pasado a formar parte del *United States Code* (U.S.C.), en los parágrafos 2510 a 2522 del Capítulo 119 (*Wire and electronic communications interception and interception of oral communications*) del Título 18 (*Crimes and criminal procedure*). Constituye una regulación detallada sobre cómo solicitar la medida a los tribunales, sus requisitos, ejecución, modo de asegurar las grabaciones y otros muchos extremos. Describe cuándo pueden divulgarse las comunicaciones interceptadas, quién puede solicitar la eliminación de las pruebas y por qué razones, y establece una regla de exclusión. Al mismo tiempo, prevé una acción civil que asiste a aquellas personas cuyas comunicaciones hayan sido interceptadas ilegalmente.

La interceptación se permite cuando se puede establecer una “causa probable” para creer que una persona está cometiendo, ha cometido o va a cometer un determinado delito y que se van a obtener determinadas comunicaciones relativas al mismo [18 U.S.C. 2518(3)(b), (d)]. Entre otros extremos, la solicitud debe informar al juez de que los procedimientos normales de

8 Véase C. S. FISHMANN/A. T. MCKENNA, “*Wiretapping & Eavesdropping: Surveillance in the Internet Age*”, tomo I, 2008, 1-16 ss.

9 C. S. FISHMAN/A. T. MCKENNA, “*Wiretapping & Eavesdropping: Surveillance in the Internet Age*”, tomo I, 2008, 1-17.

investigación han sido intentados y no han dado resultado, o que razonablemente no darían resultado si se intentaran o que resultarían peligrosos [18 U.S.C. 2518(3)(c)].

Además, la interceptación ha de llevarse a cabo de tal manera que se minimice la interceptación de comunicaciones que exceden del objeto de la misma [18 U.S.C. 2518(5)].

Es de destacar también que el párrafo 2511(1) U.S.C. considera delito la interceptación ilegal de comunicaciones o la difusión o uso deliberado de los contenidos de una comunicación interceptada ilegalmente (tanto por parte de particulares como de los poderes públicos).

b. Régimen jurídico específico para el caso de abogados defensores

Sobre el régimen federal americano puede decirse que dispone de normas específicas para el caso de abogados defensores, en la medida en que los requisitos para llevar a cabo una solicitud de interceptación de las comunicaciones se complican en el caso de que puedan resultar interceptadas lo que se consideran “comunicaciones privilegiadas”. Sin embargo, lo cierto es que los preceptos analizados no contienen propiamente una previsión expresa relativa a la interceptación de comunicaciones privilegiadas. Sí existe, en todo caso, una disposición que se refiere a este extremo, el párrafo 2517(4) U.S.C., que establece que las comunicaciones interceptadas de acuerdo o bien contrariamente a lo establecido en el capítulo correspondiente no perderán su condición de privilegiadas. De ello se deduce que aún en el caso de que una comunicación haya sido legalmente interceptada (por ejemplo, porque no se haya advertido en su momento sobre cuál es su contenido) seguirá teniendo la condición de comunicación privilegiada y no podrá ser utilizada como prueba. A partir de ahí, los derechos de cada Estado norteamericano pueden presentar especificidades. Por ejemplo, el Derecho californiano prevé que si el agente que lleva a cabo la interceptación percibe que se trata

de una conversación privilegiada, debe interrumpirla por un intervalo de al menos dos minutos y solo podrá reanudarla durante no más de 30 segundos para determinar si se sigue tratando de la misma, y así sucesivamente hasta que finalice la conversación.¹⁰

Existe una excepción a esta regla reconocida jurisprudencialmente y es que en ningún caso se considerarán comunicaciones privilegiadas aquellas cuyos interlocutores están tratando sobre un crimen que han cometido o que planean cometer, independientemente de la relación que exista entre ellos.¹¹

c. Tratamiento probatorio de las informaciones obtenidas mediante escuchas jurídicamente no permitidas

Como ya se anticipaba, en la regulación federal estudiada, más allá de lo expuesto más arriba no existe una norma explícita que contenga una prohibición procesal de utilizar comunicaciones privilegiadas como medios de prueba. Sin embargo, las derivaciones procesales en este sentido son evidentes y quedan reflejadas en la doctrina jurisprudencial. Así, la Corte Suprema ha establecido que la interceptación deliberada de comunicaciones en las que un defendido trata su estrategia de defensa con su abogado constituye una lesión del derecho a la defensa y del derecho a un proceso justo y una de las consecuencias que pueden dictaminarse en caso de que se produzcan tales hechos es la supresión de las evidencias así obtenidas.¹²

10 Cfr. *Wiretapping & Eavesdropping: Surveillance in the Internet Age*, C. S. FISHMANN/A. T. MCKENNA, tomo I, 2008, 8-223.

11 Cfr. CLIFFORD S. FISHMAN & ANNET T. MCKENNA, “*Jones on Evidence*”, 7ª Ed., 2006, § 44:18.

12 Caso *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545 (1977), disponible en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/545/case.html> (14/12/2012); otras referencias en CLIFFORD S. FISHMAN & ANNE T. MCKENNA, “*Jones on Evidence*”, 7ª Ed., 2006, § 8:227, nota 8.

2. Suecia

a. Regulación legal general de las escuchas telefónicas: presupuestos

En el cuerpo jurídico-procesal sueco (en adelante RB), que regula tanto el proceso civil como el penal, se prevén las medidas coercitivas en el Cap. 27. La escucha telefónica (Cap. 27 Sección 18 RB) se diferencia de la “televigilancia” (Cap. 27 Sección 19 RB) y ambas medidas son definidas en sus respectivos preceptos con indicación de los presupuestos para su adopción. La escucha telefónica secreta puede practicarse en la fase de investigación con respecto a delitos para los que se prevé una pena igual o superior a dos años de prisión o para aquellos con respecto a los cuales sea punible la tentativa, la preparación o la conspiración. La medida puede aplicarse a personas con respecto a las cuales exista una sospecha razonable de que han cometido un delito, siempre y cuando sea de excepcional importancia para la investigación. Debe estar, además, limitada a la interceptación de un aparato que pertenezca a la persona sospechosa, o que se presuma que muy probablemente va a utilizar (Cap. 27 Sección 20 RB). La medida es adoptada por el juez a petición del ministerio fiscal. Su duración máxima es de un mes (Cap. 27 Sección 21).

b. Régimen jurídico específico para el caso de abogados defensores

Suecia se cuenta entre los países que contienen una regulación expresa de las escuchas entre el inculcado y su defensor. El precepto correspondiente contiene una prohibición absoluta de llevar a cabo tales escuchas. De este modo, el Cap. 27 Sección 21 RB establece categóricamente que ni las conversaciones telefónicas ni ningún tipo de telecomunicación entre el sospechoso y su defensor pueden ser objeto de interceptación secreta. Si durante la aplicación de la medida se pone de manifiesto que se trata de tal conversación o comunicación, la escucha deberá ser interrumpida. Cualquier grabación o nota relativa a los contenidos prohibidos

deberá ser inmediatamente destruida. Esta disposición específica fue introducida a través de la Ley de Reforma 1989:650.

c. Tratamiento probatorio de las informaciones obtenidas mediante escuchas jurídicamente no permitidas.

Como se ha visto, el ordenamiento sueco contiene una clara y explícita prohibición de este tipo de escuchas, que convierte en ilegales las que pudieran llegar a realizarse. En cambio, falta en el ordenamiento procesal sueco una previsión legal de carácter general que expresamente prohíba la utilización en juicio de pruebas obtenidas ilegalmente. En la práctica esto hace posible que en cada caso particular se lleve a cabo una ponderación entre el interés en el esclarecimiento del delito y el de la protección de datos.¹³ Pero es de destacar que en el caso de abogados, y con respecto a las informaciones obtenidas en el ejercicio de su profesión, la regla general es que se otorgue especial relevancia al interés que afecta a la protección de datos, de tal manera que las pruebas obtenidas de forma ilegal no podrían ser utilizadas en juicio.

3. Turquía

a. Regulación legal general de las escuchas telefónicas: presupuestos

La intervención de las comunicaciones está regulada en el Código procesal penal turco, concretamente en el art. 135 CPP, que establece un régimen general dotado de un marcado carácter de excepcionalidad o de *ultima ratio*. De acuerdo a esta norma,

13 Sobre el modelo sueco de protección de datos y su „enorme influencia“ en el desarrollo de los modelos de regulación en los países de Europa occidental, véase FLAHERTY, DAVID H., “*Protecting privacy in surveillance societies: the Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada, and the United States*”, The University of North Carolina Press, 1989, págs. 93 ss.; sobre el protagonismo que están adquiriendo las compañías telefónicas en la investigación de crímenes, véase LARSSON, CONNY, “Telecom Operator’s Incident Investigations”, en *Scandinavian Studies in Law*, tomo 56 (Information & Communication Technology – Legal Issues), 2010, págs. 230 ss., 231 ss.

si en el curso de una investigación surgen fuertes motivos de sospecha que indiquen que el delito ha sido cometido y que no existe ninguna otra posibilidad de obtención de pruebas, es posible la localización, escucha o grabación de comunicaciones del sospechoso o acusado a través de medios de telecomunicación y la evaluación de la correspondiente información. El competente para dictar la medida es el juez o, en caso de *periculum in mora*, el ministerio fiscal. Este último deberá someter su decisión inmediatamente a la supervisión del juez, el cual, asimismo, resolverá en el plazo de 24 horas. Si no se cumple dicho plazo o el juez resuelve negativamente, la medida deberá ser interrumpida inmediatamente.

b. Régimen jurídico específico para el caso de abogados defensores

El propio art. 135 CPP, en su apartado segundo, establece excepciones al régimen general, las cuales afectan a la comunicación que el sospechoso o acusado mantenga con personas que disfruten del derecho a negarse a prestar testimonio. En este caso, según dispone este precepto, no se permitirá la grabación de las comunicaciones.

Y es que dicha disposición ha de ponerse en relación con la previsión del art. 46 del mismo cuerpo legal, que se refiere al derecho a negarse a prestar testimonio que tenga su origen, entre otros, en un privilegio profesional. Entre las personas que cuentan con dicho privilegio, el art. 46.1.a CPP turco incluye a los abogados, sus asistentes o pasantes, en relación a la información que hayan obtenido con ocasión del ejercicio de su profesión o durante el transcurso de un proceso.

c. Tratamiento probatorio de las informaciones obtenidas mediante escuchas jurídicamente no permitidas.

En la regulación turca no encontramos una prohibición específica de utilizar como prueba las comunicaciones entre

abogado y cliente grabadas ilegalmente, salvo en lo ésta pueda deducirse de la previsión adicional del art. 135. 2 CPP. Este precepto prevé como supuesto que la circunstancia de que se trate de comunicaciones de tal índole, es decir, que afecten al grupo que goza de protección especial, se haya puesto de manifiesto una vez que se hubieran realizado las grabaciones. En este caso, se ordena la destrucción inmediata de dichas grabaciones.

4. Suiza

El sistema jurídico-penal suizo ha vivido durante los últimos años un singular proceso de reformas tendentes a la unificación jurídica que culminó con la aprobación de un nuevo Ordenamiento procesal penal (*Strafprozessordnung*; en adelante StPO) que entró en vigor en enero de 2011, reemplazando a los 26 ordenamientos procesales penales cantonales hasta entonces vigentes.¹⁴ De especial interés en la materia que ocupa este estudio es que uno de los retos de este proceso legislativo ha sido precisamente la regulación legal expresa de reglas sobre la prueba y concretamente sobre la posibilidad o imposibilidad de utilizar en juicio pruebas que se han obtenido ilegalmente.

a. Regulación legal general de las escuchas telefónicas: presupuestos

El régimen general de la interceptación de las comunicaciones postales y las telecomunicaciones (*Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs*) está regulado en la primera sección del capítulo 8 (medidas de vigilancia y control secretas) del título 5 (medidas coercitivas) del cuerpo legal procesal penal. Los presupuestos para que se pueda adoptar una de estas medidas por parte del ministerio fiscal son: (1) que exista fundada sospecha de que se ha producido uno de los delitos catalogados en el art. 269. 2 StPO; que la gravedad del hecho justifique la medida; y (3) que

14 <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2007/6977.pdf> (9-11-2012).

las investigaciones realizadas hasta el momento no hayan sido fructíferas, que devendrían inútiles o que se verían obstaculizadas de forma desproporcionada.

En cuanto a las personas cuyas comunicaciones postales o telecomunicaciones pueden ser interceptadas, el art. 270 StPO limita la medida bien a la persona inculpada (*Beschuldigte*) o a una tercera persona en los casos en los que el inculcado utilice su dirección postal o su conexión, o bien cuando dicha tercera persona actúe como “correo” de éste.

b. Régimen jurídico específico para el caso de abogados defensores

Del régimen jurídico general se deriva que el abogado defensor solo podría ser objeto de una medida de interceptación de las comunicaciones cuando él sea el inculcado o sea un tercero de los descritos anteriormente. Pero a continuación de las citadas reglas sobre vigilancia y control se añade una norma específica más, relativa precisamente a la protección del secreto profesional. El art. 271 StPO establece varios supuestos de vigilancia y control que de alguna manera puedan afectar a personas que gocen de una protección especial. Entre dichas personas se encuentran, a tenor de lo establecido en el art. 171 StPO, tanto los abogados como los abogados defensores.

En el supuesto de que sea el propio abogado quien es objeto de una medida de interceptación de las comunicaciones en razón de lo establecido en el régimen general (por ejemplo, por ser él mismo el inculcado), el apartado primero del art. 171 StPO ordena la separación bajo dirección judicial de las informaciones que, entrando dentro del secreto profesional, no tengan relación con las investigaciones que se están desarrollando y prohíbe expresamente que los secretos profesionales puedan llegar al conocimiento de los órganos de persecución penal.

El apartado segundo del art. 171 StPO establece que una conexión directa (*Direktschaltung*) sólo puede llevarse a cabo

cuando la persona que ostenta el privilegio del secreto profesional sea aquella sobre la que recae la sospecha¹⁵ y existan razones especiales que justifiquen la medida.

Por último, el tercer apartado del art. 171 StPO recoge el supuesto de que no sea la persona que ostenta el privilegio del secreto profesional sino otra distinta, la que es objeto de la medida. Es decir, se contempla aquí el caso en el que la persona objeto de la medida de vigilancia y control de las comunicaciones sea investigada en sus comunicaciones con una persona que sí ostente dicho privilegio. En este supuesto, el art. 171 StPO dispone que dichas comunicaciones deben ser removidas del expediente y destruidas inmediatamente, sin que puedan ser usadas (*verwendet werden*) de ningún modo.

c. Tratamiento probatorio de las informaciones obtenidas mediante escuchas jurídicamente no permitidas

Como se adelantaba al principio, el nuevo régimen jurídico procesal suizo unificado pretende ofrecer una regulación general completa, dentro del Derecho de la prueba, sobre la posibilidad de utilizar (*verwerten*) en juicio las pruebas que se hayan obtenido ilegalmente (arts. 139 ss, especialmente 141). El régimen establecido en el art. 141 StPO distingue diversos niveles o categorías en cuanto a pruebas obtenidas ilegalmente. Básicamente se diferencian, en un primer grupo, aquellas pruebas que se han obtenido utilizando los métodos prohibidos contemplados en el art. 140 StPO (como, por ejemplo, el uso de coerción, engaños o promesas). A este mismo grupo se asimilan los casos en los que la ley establece expresamente que un medio de prueba no puede ser aprovechado (que es *unverwertbar*, art. 141. 1 StPO). Los

15 Se requiere en este caso una sospecha de intensidad suficiente como para permitir que se dicte una orden de detención o se decrete la prisión preventiva contra una persona (*dringender Tatverdacht*), siendo, por tanto, superior al mero *Anfangsverdacht* (comienzo de sospecha) o al *hinreichender Tatverdacht* (sospecha suficiente).

otros dos grupos distinguen entre si se trata de pruebas que se han obtenido lesionando lo que en derecho suizo se conoce como reglas de validez (*Gültigkeitsvorschriften*) o si simplemente se han infringido reglas de orden (*Ordnungsvorschriften*). En este último supuesto, las pruebas pueden utilizarse, pues a diferencia del otro caso, no se trataría de normas que tienen como finalidad la protección del inculpado. En el caso de reglas de validez, en cambio, se establece una regla de ponderación según la cual las pruebas sólo pueden ser utilizadas cuando sean imprescindibles para esclarecer delitos graves.

En cualquier caso, centrándonos en el objeto de estudio y concretamente en el supuesto en el que no sea el propio abogado defensor la persona inculpada sino un tercero, y se hayan producido escuchas que afectan al derecho al secreto profesional que ostenta el abogado, el apartado tercero del art. 271 StPO nos remite automáticamente a la regla de prueba del apartado primero del art. 141 StPO para permitirnos concluir que estamos ante una prohibición legal expresa de utilización de tales pruebas.¹⁶

Finalmente, se prevé también el destino de las grabaciones o anotaciones que se hayan producido en relación a pruebas obtenidas ilegalmente. El apartado cuarto del art. 141 StPO dispone que las mismas sean apartadas del expediente, conservadas de forma precintada hasta que concluya el procedimiento con efecto de cosa juzgada y, finalmente, destruidas.

5. Hungría

a. Regulación legal general de las escuchas telefónicas: presupuestos

La interceptación de las comunicaciones se regula minuciosamente en el ordenamiento procesal húngaro (Ley 19 de 1998, en la versión de 1 de enero de 2011) en los parágrafos 200

16 Es más, el término “*verwenden*” del art. 271 se puede considerar un estadio aún anterior al descrito con el término “*verwerten*” empleado en las reglas sobre utilización de pruebas.

a 205.¹⁷ La medida sólo se permite en los supuestos taxativamente previstos legalmente y necesita de autorización judicial. Su ejecución corre a cargo de los órganos de persecución penal y el ministerio fiscal. Por otra parte, en el supuesto de que se produzcan escuchas sin autorización se cometería un delito de “recogida secreta ilegal de información” del párrafo 277/A del Código penal húngaro. Cuando entre en vigor el 1 de julio de 2013 la reforma del CP penal que fue aprobada en junio de 2012, este tipo penal estará regulado, con el mismo contenido, en el párrafo 307, si bien con el título “recogida ilegal de datos y de información secreta” y ampliado al supuesto en el que el Juez decreta la recogida de información basándose en informaciones inciertas de un funcionario.¹⁸

b. Régimen jurídico específico para el caso de abogados defensores

El apartado 3 del párrafo 202 del Ordenamiento procesal penal hace referencia expresa al supuesto del abogado defensor y establece que solo podrá ser objeto de una medida de escucha cuando existan sospechas fundadas de que sea él mismo quien ha podido cometer un delito que esté en relación con la causa en la que actúa como abogado defensor del acusado.¹⁹ De ello se deduce

17 Además, aquello que afecta a la recogida secreta de información se considera en el derecho húngaro que forma parte de los “secretos de Estado” y por lo tanto se convierte en información que no puede ser difundida mientras no sea desclasificada por la autoridad competente.

18 No se dispone de una traducción al alemán o al inglés del Ordenamiento procesal penal o del Código penal húngaros, por lo que se ha prescindido, también en el anexo legislativo, de transcribir en su integridad o en parte las disposiciones a las que se hace referencia en este apartado. El texto del CP actualizado con la reforma de 2012 (Ley Nr. C de 2012) se puede consultar en: www.kozlonyok.hu/nkonline/MKPDF/hiteles/MK12092.pdf (7-12-2012). El texto del ordenamiento procesal, que fue reformado en 2011, puede consultarse en: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (7-12-2012).

19 Al respecto, CSÚRI, ANDRÁS/HERKE, CSONGOR, “Das Recht auf Verteidigung und die Stellung des Verteidigers im ungarischen Strafverfahren”, en

a sensu contrario que en el caso general los abogados quedan excluidos de la medida, gozando así de un derecho especial con la excepción a que se ha hecho referencia.

c. Tratamiento probatorio de las informaciones obtenidas mediante escuchas (jurídicamente no permitidas)

En adición al régimen general expuesto, el Ordenamiento procesal húngaro prevé además una prohibición general de utilización como medios de prueba en juicio de material probatorio que se haya obtenido ilegalmente. Concretamente, el párrafo 78 del Ordenamiento procesal penal establece en su apartado 4 que no podrán ser utilizados como medios de prueba aquellos hechos de los que hayan tenido conocimiento el tribunal, el ministerio fiscal o los órganos de persecución penal a través de la comisión de un delito o de cualquier otro medio ilegal, o mediante una grave lesión de los derechos que asisten a las partes del proceso. En aquellos casos en los que la escucha de conversaciones con el abogado defensor constituya una recogida secreta ilegal de información, se daría un supuesto de obtención de información a través de la comisión de un hecho penal y, por lo tanto, entraría en juego la prohibición de utilización de dicho material como medio de prueba.

6. Italia

a. Regulación legal general de las escuchas telefónicas: presupuestos

La interceptación de conversaciones o comunicaciones telefónicas en el curso de un proceso penal se regula en los arts. 266 y siguientes del Código procesal penal italiano (CPP).²⁰ Su

Strafverteidiger (tomo 1/2013, en preparación). Asimismo, en lengua inglesa, CSÚRI, ANDRÁS, „Intercepción of telecommunications in the EU Member States – Divergences and common grounds“ (conferencia impartida el 6 de mayo de 2011 en Pécs, Hungría).

20 [http://www.altalex.com/index.php?idnot=2011\(11-11-2012\)](http://www.altalex.com/index.php?idnot=2011(11-11-2012)).

admisibilidad se limita a los procesos por la comisión de alguno de los delitos descritos en el art. 266. 1 CPP. Puede ser autorizada por el juez a petición del ministerio fiscal cuando existan graves indicios de que se ha cometido el hecho y la interceptación sea absolutamente indispensable para poder continuar investigando el delito (art. 267. 1 CPP). En casos de urgencia, cuando una dilación pudiera tener graves consecuencias, puede ser el ministerio fiscal quien ordene la medida mediante resolución fundada, comunicándolo al juez en el plazo de 24 horas, quien resolverá motivadamente también en un plazo de 24 horas. Si no se confirma judicialmente la decisión del ministerio fiscal dentro de ese plazo, deberá interrumpirse la medida y los resultados obtenidos hasta ese momento no podrán ser utilizados (art. 268. 2 CPP). La resolución del ministerio fiscal indicará la modalidad y la duración de la medida. Dicha duración no puede superar los 15 días, aunque excepcionalmente puede ser prorrogada por otro período similar mediante resolución motivada cuando concurren los requisitos del apartado 1 (art. 267. 3 CPP). Los arts. 268 y s. CPP regulan otras particularidades en torno a la ejecución de la medida y la conservación de la documentación.

b. Régimen jurídico específico para el caso de abogados defensores

Entre las normas que regulan la interceptación de las comunicaciones no se contiene ninguna prohibición expresa de que se lleven a cabo escuchas de abogados, pero sí se prevé una prohibición expresa dentro del régimen jurídico específico relativo a las reglas de utilización de las pruebas en juicio, que se abordará a continuación.²¹

21 Sobre la regulación en el ámbito penitenciario, véase un análisis comparado en LÓPEZ YAGÜES, “*La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*”, Valencia, 2003, págs. 421 ss.

c. Tratamiento probatorio de las informaciones obtenidas mediante escuchas (jurídicamente no permitidas)

El Código procesal penal italiano completa su detallada regulación relativa a la interceptación de las comunicaciones con una disposición específica relativa a prohibiciones de utilización de las escuchas. Además de afectar la prohibición a los casos en los que no se ha dado cumplimiento a las normas procesales que las regulan, se prevé expresamente el caso de escuchas a las personas relacionadas en el art. 200. 1 CPP (secreto profesional), entre las que se encuentran los abogados. Así, el art. 271 2 CPP (en combinación con el art. 200. 1 CPP) prohíbe la utilización de los resultados de las escuchas a abogados cuando tengan por contenido hechos de los que han tenido conocimiento por razón de su profesión. La documentación relativa a dichas escuchas será destruida por decisión del tribunal en cualquier momento del procedimiento, salvo que se trate del cuerpo del delito (art. 271. 3 CPP).

7. Otros países con prohibiciones expresas de realizar escuchas a abogados o defensores

Además de los ordenamientos ya descritos, resulta de interés completar el panorama con una breve alusión a otros países, especialmente del mundo latinoamericano, con el que unen al Reino de España especiales vínculos, en cuya legislación procesal podemos encontrar prohibiciones expresas de interceptar las comunicaciones entre clientes y abogados.

Así, por ejemplo, Colombia prevé una prohibición dentro del mismo precepto que regula la interceptación de comunicaciones (art. 301 del CPP, Ley 600 del 24 de julio de 2000). Allí se dispone que: “Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.”

En Argentina, tanto el derecho procesal penal federal como el derecho procesal penal de provincias relevantes como, por ejemplo, Córdoba, además de regular parcamente el régimen

de intervención de las comunicaciones (arts. 236 CPPNación y art. 216 CPPCba, respectivamente), no contienen prohibiciones expresas de interceptar las comunicaciones entre abogado defensor y cliente. Pero sí es de destacar, en cambio, que en Córdoba, ya la misma Constitución provincial incluye en su articulado una prohibición probatoria de carácter general: “(...) Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.” (art. 41 Constitución de la Provincia de Córdoba). La misma regulación se traspone en el derecho procesal penal (art. 194 Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba). Por otra parte, si bien no existe una regulación expresa de los casos objeto de estudio en ninguno de los dos cuerpos legales argentinos mencionados, precisamente en un reciente Código procesal penal como es el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, vigente desde el 25 de septiembre de 2007, sí se incorpora una previsión legal en este sentido. Así, el art. 117 CPP, sobre la intervención de las comunicaciones, prevé en su último inciso que: “En ningún caso podrá usarse este medio de investigación para (...) suplir las declaraciones testimoniales prohibidas por vínculo de parentesco o secreto profesional.”

En Costa Rica, el Código procesal penal de 1998 incluye una previsión tal dentro de las “garantías para el ejercicio de la defensa” del art. 108 CPP: “No será admisible (...) la interceptación de las comunicaciones del imputado con sus defensores, consultores técnicos y sus auxiliares, ni las efectuadas entre estos y las personas que les brindan asistencia.”

También en Nicaragua se contempla dicha regla procesal como aspecto relativo al “alcance del derecho de defensa” y, a tal efecto, el art. 103 CPP dispone que: “A partir del momento de su detención, toda persona tiene derecho a que se le brinden todas las facilidades para la comunicación libre y privada, personal o por cualquier otro medio, con su abogado defensor. Se prohíbe

estrictamente, bajo responsabilidad administrativa o penal, la interceptación o revisión previa de las comunicaciones entre acusado y abogado, o entre éste y sus auxiliares o asesores (...).

Finalmente, encontramos también una prohibición expresa de interceptar las comunicaciones con el abogado defensor en el ordenamiento procesal de Albania, en el apartado 4 del Art. 52, que regula las garantías del derecho de defensa. El apartado 6 de ese mismo artículo prevé también expresamente que las grabaciones efectuadas ilegalmente no podrán ser utilizadas.

C. Análisis comparado

El análisis del régimen general de interceptación de las comunicaciones en los países objeto de estudio pone de manifiesto el carácter excepcional y restringido de la medida, que, por lo general, ha de llevarse a cabo bajo control judicial, dentro de unos supuestos y circunstancias taxativas y durante unos plazos de tiempo siempre limitados. No obstante, el grado de detalle de las regulaciones o determinados extremos, como los plazos o la acotación del tipo de delitos en los que se permite, varían ostensiblemente de unos ordenamientos a otros. Especialmente prolijo y meticuloso en sus previsiones es el sistema americano.

El núcleo del estudio se centra, sin embargo, en las previsiones específicas para el supuesto de intervención de comunicaciones entre abogado defensor y cliente. Los distintos ordenamientos presentan también en este punto importantes diferencias, si bien en general ponen de manifiesto que las comunicaciones entre abogado defensor y cliente necesariamente han de ser objeto de protección especial dentro de un proceso penal propio de un Estado de Derecho, pues es un hecho que afecta de manera esencial a derechos fundamentales como el derecho de defensa o el derecho a un proceso justo. En este sentido, la selección de países que se ha llevado a cabo deja patente que existe una fuerte tendencia a que los ordenamientos, aun perteneciendo a familias jurídicas diversas, establezcan prohibiciones expresas de interceptar este tipo de comunicaciones y/o de utilizarlas como prueba

en juicio, tendencia que se confirma además en ordenamientos que han sido objeto de reciente reforma o han entrado en vigor en los últimos años.

En cuanto al grado de protección del secreto profesional, de las exenciones al deber de declarar o de las comunicaciones privilegiadas, es destacable la minuciosidad con que operan algunos ordenamientos a la hora de separar comunicaciones protegidas de las que no lo son, tanto en el supuesto en el que se graben (deliberadamente o por accidente) comunicaciones protegidas en su integridad, como también incluso en aquellos otros supuestos en los que en el curso de una interceptación (o dentro de una misma comunicación) puedan verse entremezcladas comunicaciones protegidas y comunicaciones no protegidas.²² Si se llegan a grabar comunicaciones protegidas, por ejemplo, porque siendo el propio abogado el inculpado se han grabado también sus conversaciones con clientes sin relación con el caso investigado, o porque siendo el cliente el investigado se han grabado comunicaciones con el abogado defensor que afectan estrictamente al derecho de defensa, muchos ordenamientos (aunque aquí el ejemplo paradigmático es E.E.U.U.) prevén mecanismos que, además de la obligación de detener las grabaciones, de destruir inmediatamente las ya realizadas o de separarlas del procedimiento hasta que finalmente sean destruidas, tienen por objeto asegurar que dichas comunicaciones nunca lleguen al conocimiento de los órganos de persecución penal que tienen a su cargo la investigación en curso.²³

Por otra parte, el análisis diferenciado de, por un lado, la regulación procesal de las comunicaciones entre abogado defensor y cliente y, por otro, de su tratamiento en el derecho probatorio permite resaltar ciertas diferencias en el tratamiento jurídico concreto de que es objeto esta materia en los diferentes ordenamientos. Concretamente se ha puesto de manifiesto que la prohibición expresa de grabar comunicaciones entre abogado defensor y cliente puede conllevar o no la prohibición adicional de

22 Véase especialmente E.E.U.U. y Suiza.

23 Véase, en especial, EEUU, Suecia y Suiza.

utilización de dichas grabaciones como prueba, o que, viceversa, la ausencia de una prohibición expresa de interceptación de dichas comunicaciones no implica que no pueda existir una prohibición directa de su utilización como prueba. En cualquier caso, bien porque lo que esté expresamente prohibido sea la interceptación o grabación, bien porque lo que esté expresamente prohibido sea la valoración probatoria, bien porque estén prohibidas ambas cosas, lo cierto es que, al menos con carácter general, predomina en la práctica jurídica la regla de no acceso al proceso de las conversaciones abogado-cliente.

Así, mientras que en países como E.E.U.U. la consideración de “comunicación privilegiada” conlleva la imposibilidad de su utilización como prueba en juicio a pesar de no existir en el derecho federal una norma expresa que lo determine, en otros países como Suecia, se da una situación inversa: pese a la existencia de una tajante prohibición de interceptación de dichas comunicaciones, existe una ausencia de una prohibición expresa de utilización probatoria que conduce a una ponderación de intereses en el caso concreto, si bien en dicha ponderación, en el caso general, se dará preferencia al interés en la protección de datos. En el caso suizo, por contra, se prevén expresamente tanto la prohibición de interceptación como la prohibición de utilización como medio de prueba.

Además, cabe traer a colación el caso italiano, que prevé directamente una prohibición de utilización como medio de prueba pese a no contener una previsión específica que, como excepción a la regla general, prohíba grabar este tipo de comunicaciones. En este último caso, lo que sucede es que es la regulación del derecho probatorio la que establece una prohibición, sirviéndose de una remisión a los preceptos que dotan de especial protección a determinadas personas o grupos profesionales al establecer excepciones a la obligación general de prestar declaración. Las comunicaciones de esas mismas personas exentas de declarar, están protegidas por dicha remisión normativa.

En el caso turco, se opera, al igual que en el italiano, con una remisión a las comunicaciones que tengan lugar con personas que disfruten del derecho a negarse a prestar testimonio, pero no al establecer una prohibición probatoria expresa, que, como vimos, en el sistema turco no existe como tal (al igual que sucede en Suecia), sino excluyéndolas ya del régimen general de interceptación de las comunicaciones y previendo su destrucción inmediata en el caso de que, pese a todo, llegue a producirse una grabación. Todas estas vías de carácter técnico-legislativo (la prohibición directa de interceptación como excepción a las reglas generales sobre la adopción de medidas especiales de investigación o el establecimiento de una prohibición en el derecho probatorio, eventualmente mediante una remisión a los casos que afectan al secreto profesional) conducen en la mayoría de los ordenamientos, pues, a resultados similares en cuanto a la imposibilidad de emplear las grabaciones como medio de prueba.

Ningún margen de duda en cuanto a la vertiente probatoria dejan tampoco los ordenamientos suizo y húngaro, que además de establecer, cuando menos *a sensu contrario*, una prohibición de realizar escuchas a abogados defensores (salvo en casos excepcionales, como que se sospeche que el propio abogado está implicado en hechos relacionados con el objeto del proceso en curso), incluyen en su derecho probatorio una prohibición general expresa de utilización como medios de prueba que, analizada en combinación con las normas que aluden al supuesto aquí estudiado, permiten afirmar su aplicabilidad a las escuchas entre cliente y abogado defensor que se hayan llevado a cabo antijurídicamente en la forma que describen las normas correspondientes.

D. Presente y futuro del régimen jurídico español a la vista del panorama legal internacional

a) Insuficiencias persistentes en el actual régimen general de escuchas

- Presencias y ausencias en la regulación legal

En el sistema español, el régimen legal general de las escuchas telefónicas prevé la posibilidad de acordar la medida cuando el destinatario sea una persona procesada o cualquier otra sobre la que existan indicios de responsabilidad criminal (art. 579.2 y 3 LECrim). La previsión legal no refleja en absoluto el carácter excepcional o de *ultima ratio* de la medida, pues según se deduce del tenor literal es suficiente con que existan indicios de que la misma pueda servir como medio para obtener informaciones importantes para la investigación de la causa, en el caso de personas procesadas, o que existan indicios de que el destinatario de la medida sea responsable de un delito, en los demás supuestos. La intervención deberá ser acordada por el Juez y deberá estar motivada. En cuanto a la extensión de la medida en el tiempo, no hay límite legal, pues solo en el caso de personas no procesadas se prevé una extensa duración de tres meses, que, sin embargo, son prorrogables “por iguales períodos”. Ninguna previsión legal se destina tampoco a regular la afectación de derechos de los terceros que se comunican telefónicamente con el destinatario, a limitar la imposición de la medida a determinados delitos graves o a concretar otros extremos sobre la forma concreta o las cautelas que haya que observar para llevarla a cabo.²⁴

-¿Constitucionalidad del art. 579 LECrim?

Poco cabría objetarle ya, en cuanto a su posible inconstitucionalidad, a una norma que ha persistido en el ordenamiento durante más de dos décadas y que cuenta con todas las bendiciones. Sin embargo, no sobra recordar que el Tribunal Constitucional declaró en el año 2003 que la regulación del art. 579 LECrim “adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales”.²⁵ Esta afirmación, que abiertamente califica esta norma de indeterminada, no ha tenido ciertamente como consecuencia una

24 La doctrina española ha sido unánimemente crítica con la regulación de las escuchas. Por todos ya LÓPEZ FRAGOSO, “*Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*”, 1991, págs. 124 ss., 135 ss.; ver también RIVES SEVA, “*La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*”, Ed. Aranzadi, 2000, págs. 87 ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

25 STS 184/2003.

declaración de inconstitucionalidad por conculcación del principio de legalidad y, concretamente, del mandato de determinación de las normas penales. Pero cabe someter a un juicio crítico la argumentación empleada en este caso y prevenir de su posible extensión a otros supuestos similares que puedan darse en el futuro. El Tribunal Constitucional ha declarado que la cuestión de inconstitucionalidad no sirve para aquellos preceptos “cuya inconstitucionalidad deriva, no de su enunciado, sino de lo que en éste se silencia”.²⁶ Pues bien, este argumento, llevado a sus últimas consecuencias, conduciría al absurdo de que no podrían existir normas inconstitucionales contrarias al principio de legalidad por indeterminadas, pues se puede afirmar que todas las normas indeterminadas silencian algo, de tal manera que si el problema del art. 579 LECrim no es su enunciado, tampoco sería éste el problema de otras normas cuestionables en el mismo aspecto.²⁷

- La doctrina jurisprudencial

Las carencias esenciales derivadas de lo que “silencia” esta norma procesal indeterminada han sido suplidas en parte por la doctrina jurisprudencial del TS y del TC que se ha venido consolidando fundamentalmente desde el ATS de 18 de junio de 1992 (*Auto Naseiro*) y que ha sido ya escrupulosamente analizada y expuesta en la doctrina científica.²⁸ Incluso el TEDH, tras dos

26 STS 184/2003. Al respecto, CATALÀ I BAS, “Escuchas telefónicas: un encuentro con el Tribunal Constitucional y un desencuentro con el legislador español”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 15, 2010, págs. 288 s.

27 El criterio del Tribunal, por más que invoque la defensa de una pretendida seguridad jurídica, responde a razones meramente políticas, a la vez que olvida que son los ciudadanos —los potenciales destinatarios de una medida restrictiva de un derecho fundamental— y no los órganos de persecución penal los acreedores de seguridad jurídica, la cual exige el respeto por parte del Estado a la garantía de objetividad que proporciona el principio de legalidad. Otros aspectos críticos en GARCÍA COUSO, “Escuchas telefónicas: La sentencia del Tribunal Constitucional 184/2003, de 23 de octubre”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2003, págs. 131 ss., 135 ss.

28 Sobre los problemas del desarrollo por vía jurisprudencial MORENO CATTENA, “*Derecho Procesal Penal*”, 2011, págs. 246 s.

condenas previas²⁹ y sin haberse producido con posterioridad más reformas legales en la materia,³⁰ estableció en la STEDH de 25 de septiembre de 2006 (caso *Abdulkadir Coban c. España*) que la legislación española en materia de escuchas, con la consolidada aplicación jurisprudencial, ya cumple con los criterios de calidad de una norma que habilita la intervención de las comunicaciones.³¹

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, como requisitos básicos para la imposición de la medida de intervención telefónica pueden relacionarse someramente los siguientes:³²

- que se reserve para los delitos graves
- que esté legalmente prevista y ejecutada de forma proporcionada (legitimidad e idoneidad)

29 STEDH de 30 julio de 1998 (*Caso Valenzuela Contreras c. España*); STEDH de 18 febrero 2003 (*Caso Prado Bugallo c. España*). Críticamente RODRÍGUEZ RUÍZ, “El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales”, *REDC*, 56, 1999 (www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas) (11/12/2012).

30 Al tiempo que iba fijando los requisitos, el TC, en la sentencia de 2003 anteriormente citada, instaba al legislador a poner término a la situación “en el plazo más breve posible”, pero el legislador ha seguido haciendo caso omiso a la petición del TC durante los últimos dieciséis años.

31 Sobre la evolución legal y jurisprudencial bajo la influencia de la jurisprudencia del TEDH véase recientemente, BACHMAIER, “Telephone Tapping in the Spanish Criminal Procedure: An Analysis from the European Court of Human Rights’ Perspective”, *Jura* (Hungría), 2007.2, págs. 8 ss.; asimismo CATALÀ I BAS, “La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus consecuencias”, *Revista del Poder Judicial*; 65/66, 2002, págs. 22 ss.; más recientemente, EL MISMO, “Escuchas telefónicas: un encuentro con el Tribunal Constitucional y un desencuentro con el legislador español”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 15, 2010, págs. 279 ss., 284 ss.; ver también MONTERO AROCA, “La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal”, 1999, págs. 58 ss.; para una visión de la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de la intimidad y escuchas, véase asimismo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, tomo II, 5ª Edición, Ed. Aranzadi, 2012, págs. 166 ss., 231.

32 Un estudio en profundidad puede consultarse en LÓPEZ YAGÜES, “*La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*”, Valencia, 2003, págs. 129 ss.

- que tenga carácter subsidiario y sea necesaria³³
- que esté autorizada por el Juez
- que esté motivada con respecto a cada uno de los destinatarios (con indicación de los números de teléfono a intervenir)³⁴
- que se determine la duración
- que se establezca quién ha de llevarla a cabo y en qué períodos debe darse cuenta al juez de los resultados.

-Deficiencias persistentes

A pesar de estas mejoras y de la opinión favorable del TEDH, el legislador español no puede conformarse con la situación, pues todavía hay aspectos esenciales que no pueden o que no han sido concretados (o no lo suficientemente) por la jurisprudencia.³⁵

La reserva a los delitos graves no es lo bastante precisa. Sin ir más lejos, el TS, en la STS de 25 junio 1993 (RJ\1993\5244), estableció que no solo podría tratarse de delitos castigados con penas graves, sino de casos “muy representativos de la preocupación de los ciudadanos por la criminalidad”, lo que pone en

33 A este requisito alude el TS en varias sentencias: por todas, STS 30 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9639). Al respecto, RIVES SEVA, „*La Intervención de las Comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*”, 2000, págs. 119 ss., con otras referencias jurisprudenciales.

34 Más allá de la identificación en el caso concreto, la STC 49/1999 exige que haya una definición de las categorías de personas que pueden ser sometidas a la medida.

35 Crítico con la falta de reforma, CATALÀ I BAS, „Escuchas telefónicas: un encuentro con el Tribunal Constitucional y un desencuentro con el legislador español”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 15, 2010, pág. 291; MARTÍNEZ ALARCÓN, „El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimientos penitenciarios con sus representantes legales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 92, 2011, págs. 141 ss., considera que la construcción del TC sobre la proporcionalidad de la medida „no aporta una solución definitiva ni determinable *a priori*” (pág. 145) al mismo tiempo que denuncia (manifestándose contra la consideración de un supuesto de prevaricación en el caso „*Garzón*”, el cual se abordará más adelante) la „insuficiencia, ambigüedad y complejidad de la regulación española” en esta materia (pág. 164).

evidencia la flexibilidad del criterio. Más adecuado sería establecer un catálogo taxativo de delitos en cuya investigación pueda aplicarse la medida en cuestión.³⁶

En relación con lo anterior, debe exigirse que la intervención tenga carácter excepcional, no solo que esté restringida a determinados delitos, sino que sea únicamente justificable en el caso concreto cuando, por ejemplo, las informaciones no sean obtenibles por otros medios de investigación menos agresivos o estos no hayan dado resultado.³⁷ Esto suele ser exigido por la jurisprudencia a un nivel teórico, al vincular los requisitos de proporcionalidad y subsidiariedad, pero a menudo no es objeto de motivación en el caso concreto.³⁸

También falta claridad en cuanto al grado de conocimiento de determinados hechos que debe darse para que sea legítima. La jurisprudencia ha reiterado en varias ocasiones que no bastan sospechas de que se ha cometido un delito, sino que han de existir datos fácticos o indicios, pero todavía falta un criterio unánime y claro.³⁹

El requisito relativo a que se determine la duración debe seguir entendiéndose en parte como mandato dirigido al legislador, pues la jurisprudencia no ha subsanado el hecho de que no esté previsto legalmente cuál es la duración máxima total de la medida.

Por último, pero no menos importante, hay que resaltar que siguen sin existir previsiones en cuanto a la afectación de los derechos de terceros a través de las escuchas,⁴⁰ lo cual

36 Al respecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, tomo II, 5ª Edición, Ed. Aranzadi, 2012, págs. 234 ss.

37 Cfr. especialmente las disposiciones de EEUU y Suiza respecto a la motivación acorde a la excepcionalidad de la medida.

38 MONTERO AROCA, “*La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*”, 1999, pág. 169.

39 STC 49/199; STS 25 junio 1993, RJ/1993\5244; otras referencias en LADRÓN TABUENCA, “Las intervenciones telefónicas en el ordenamiento español: visión jurisprudencial”, en *La Ley Penal*, 2004, 4, pág. 69.

40 Estas afectaciones se producen especial e inevitablemente en la intervención de comunicaciones telefónicas, por su carácter impreciso y la dificultad de

incide directamente en el tema objeto de estudio, como veremos a continuación.

b) Ausencia de regulación general de las escuchas entre abogado defensor y cliente

Por lo que se refiere concretamente a las escuchas entre abogado defensor y cliente, España carece de una previsión general en la legislación procesal penal que prohíba o regule las escuchas entre defensor y defendido con carácter general o tenga por objeto otros supuestos de relaciones de confianza.⁴¹ Solamente existe una previsión expresa al respecto en la legislación penitenciaria, cuya interpretación viene siendo controvertida, pues el tenor literal, según el cual las conversaciones entre el interno y el Abogado defensor o el Abogado expresamente llamado „no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo“ (art. 51.2 LOGP),⁴² no despeja todas las dudas sobre si en el ámbito penitenciario las conversaciones telefónicas de las personas privadas de libertad se pueden intervenir con carácter general solo cuando lo autorice el Juez (quedando como excepción los casos de terrorismo, en los que se podrían intervenir por la dirección del centro), o si ambos requisitos son acumulativos, de manera que solo se pueden inter-

restringirla a su objetivo específico, ya que el funcionario, al comenzar la medida, no puede prever qué conversaciones se van a producir ni con qué interlocutores, por lo que inevitablemente accede a numerosas conversaciones del inculpado con terceros no partícipes, que en principio debe guardar para sí; en este sentido, NATTERER, *“Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren – Eine kritische Betrachtung des schweizerischen und deutschen Umgangs mit Ergebnissen heimlicher strafprozessualer Überwachungsmaßnahmen”*, Bern, 2001, págs. 29 s., nota 105.

41 Críticamente BACHMAIER, “Intervenciones telefónicas y derechos de terceros en el proceso penal. La necesidad de una regulación legal del secreto profesional y de otras relaciones de confianza”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2004, págs. 43 ss., 80 ss.

42 Al respecto, LÓPEZ YAGÜES, “La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor”, Valencia, 2003, págs. 402 ss, 427 ss.

venir las comunicaciones entre internos y abogados defensores en casos de terrorismo y por mandato judicial.⁴³

La tesis de la prohibición general de intervención de las comunicaciones entre abogado e interno en el ámbito penitenciario, según la cual solo regiría una excepción en los casos de terrorismo, no está libre de dudas. En primer lugar, la interpretación contraria ha tenido también respaldo en la jurisprudencia constitucional.⁴⁴

43 A favor de esta interpretación, entre otros, QUERALT, “Las escuchas de las comunicaciones telefónicas en la instrucción penal. Especial referencia a las acaecidas entre letrado y cliente”, en LH-González Cuéllar, 2006, págs. 1150 ss.; RIVES SEVA, “*La Intervención de las Comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*”, 2000, págs. 195 ss.; NISTAL MARTÍNEZ, “La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, en *Diario La Ley*, 7383/2010, D-126; MUÑOZ CUESTA, “Delito de prevaricación y contra las garantías constitucionales cometidos por Juez de instrucción al interceptar las comunicaciones entre imputados presos y sus defensas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1/2012; con matizaciones, MARTÍNEZ RUÍZ, „Reflexiones de urgencia motivadas por la desconcertante aplicación procesal de la intervención de las comunicaciones orales directas en el ámbito penitenciario, con especial atención a las comunicaciones abogado-cliente“, en *Diario La Ley*; 7376/2010, págs. 10 ss. El TC ha considerado las restricciones como acumulativas en la STC 245/1995; ya anteriormente en la STC 183/1994, en un *obiter dictum*; en esta línea, acogiendo esta interpretación del TC, STS 538/1997, en un caso en el que el Director de un Centro penitenciario entendió que estaba legitimado para ordenar escuchar a presos por delitos de terrorismo; véase también SSTS 200/1997, 58/1998); cfr. ATIENZA, “El caso Gürtel y la objetividad del Derecho”, en *Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 31, 2010, quien entiende la STC 183/1994 en el sentido de que también en casos de terrorismo es necesaria la intervención judicial y, en cambio, no considera un resultado racional que siempre (salvo en casos de terrorismo) sea ilícito intervenir las conversaciones entre abogado e interno; en esta línea, invocando con detalle la génesis legislativa del art. 51.2 LOGP y otros intereses en conflicto, ARRIBAS LÓPEZ, “Sobre la intervención de comunicaciones entre los internos y sus abogados en el ámbito penitenciario”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 288/2009.

44 STC 73/1983: “las comunicaciones de los internos de que trata el art. 51. 2 de la Ley Orgánica 1/1979, sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo podrá acordar la suspensión, además, el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente” (STC 183/1994; STS 79/2012).

En segundo lugar, a efectos de considerar las interpretaciones que podrían ser cuando menos admisibles, hay que tener en cuenta la relación sistemática con la correspondiente previsión del RP, la cual, sin restringirse en ningún momento a los delitos de terrorismo, prohíbe que se realice la intervención „por decisión administrativa“, lo que *a sensu contrario* significa que con carácter general solo puede ser decretada por el Juez, tal y como establece expresamente el apartado tercero *in fine* de la norma reglamentaria (art. 48.3 RP)⁴⁵: “*La suspensión o la intervención de estas comunicaciones solo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial*”.⁴⁶

En tercer lugar, la exigencia de autorización judicial y, con ello, la prohibición de que la autoridad administrativa pueda ordenar escuchas en casos de terrorismo, se corresponde con una interpretación de signo marcadamente garantista que, sin embargo, contrasta con el régimen de excepciones que rigen para casos de terrorismo en la legislación penal material y procesal,⁴⁷ si bien lo cierto es que el TC, en una línea jurisprudencial posterior, ha exigido también decisión judicial para las intervenciones en casos de terrorismo.⁴⁸

45 Niega la aplicabilidad del art. 48.3 RP, apoyándose en el argumento de la jerarquía normativa, NISTAL MARTÍNEZ, “La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, en *Diario La Ley*, 7383/2010, D-126.

46 El Art. 48.3 RP establece: *Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como 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 solo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial.* Si el art. 51.2 LOGP hubiera de interpretarse como una prohibición absoluta, la previsión del primer inciso no tendría razón de ser, pues no tendría sentido que un Juez no pudiese ordenar la intervención cuando se trata de una medida tendente a la averiguación de hechos delictivos, mientras que el Director del centro sí; la previsión del segundo inciso estaría en abierta contradicción con la interpretación restrictiva y solo casaría bien con un entendimiento alternativo —no cumulativo— de los requisitos para la intervención del art. 51.2 LOGP.

47 Véase, a modo de ejemplo, el art. 579.4 LECrim.

48 STC 183/1994.

En cuarto lugar, llama la atención que se entienda que el art. 51.2 LOGP prevé una prohibición general absoluta que solo admite una excepción, y que este régimen se entienda vigente precisamente en un ámbito de sujeción especial como es el penitenciario,⁴⁹ a pesar de no existir una prohibición de carácter general en relación a personas que gozan de libertad. Desde este punto de vista, la interpretación más restrictiva del art. 51.2. LOGP encajaría solo en el marco de una prohibición general sin excepciones con respecto a personas no privadas de libertad.⁵⁰ En este sentido, si una futura reforma procesal terminase incluyendo un régimen de prohibición general de intervención de las comunicaciones telefónicas con abogados con una excepción —no limitada a supuestos de terrorismo— para casos en los que concurren indicios de participación delictiva del abogado,⁵¹ ya no se podría seguir sosteniendo que los requisitos del art. 51.2 LOGP son acumulativos.

Al margen de la interpretación del controvertido art. 51.2 LOGP, no se puede perder de vista, como punto de partida, que no existe en la legislación española ni una prohibición ni un régimen legal general de las escuchas entre abogado defensor y cliente.⁵² En este sentido, en la conocida sentencia del año 2003

49 Sobre las sujeciones de sujeción especial y su distinto alcance, REVIRIEGO PICÓN, “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus letrados”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2010, págs. 49 ss.

50 Cfr., sin embargo, REVIRIEGO PICÓN, “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus letrados”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2010, quien opina que en este caso la libertad de comunicación de los presos debe reforzarse con respecto a la de los demás ciudadanos (pág. 69).

51 Art. 276.2 del Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, véase www.juecesdemocracia.es/pdf/legislacion/anteProyLEC.pdf (12/11/2012).

52 LÓPEZ YAGÜES, “*La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*”, Valencia, 2003, págs. 493 s. Al no existir una prohibición expresa, como sí sucede en otros países, carece de base normativa la pretensión de que en el sistema español la inclusión de los abogados en el régimen general del art. 579 LECrim es „imposible“, como sostiene PELAYO, „Intervención

el Tribunal Constitucional insiste en que todavía *no existe una habilitación legal* para afectar a los derechos de terceros que no son procesados ni sospechosos y, entre esos terceros que la Ley silencia, menciona expresamente al abogado defensor.⁵³ Eso no ha impedido admitir la legalidad de las intervenciones de acuerdo al régimen general vigente, pues obviamente toda intervención telefónica afecta también al interlocutor del destinatario de la medida,⁵⁴ pero sí ha impedido que se determine con qué requisitos y bajo qué cautelas y garantías pueden afectarse derechos de terceros.

Pero hay que resaltar que no estamos aquí ante el supuesto de que pueda ser el propio abogado el sospechoso de participar en un delito grave, sino que de lo que se trata es de que el abogado puede ser también un tercero que se comunica telefónicamente con el destinatario de la medida. Por lo tanto, aun cuando el abogado no sea el destinatario de la medida, la intervención de sus comunicaciones con el cliente investigado siempre puede producirse de forma accidental, también en el marco de una

de las comunicaciones entre abogado y cliente. Intrusión ilegítima en el derecho a la defensa”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 795/2010, pág. 3.

53 STC 184/2003, FJ 5: “*al legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la exclusión, o inclusión, y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afectación de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como en el caso de Abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional (arts. 24.2, párrafo 2, y 20.1.d CE)*”; en este sentido, véase también STS 79/2012, FJ 8.8: “*para resolver otros casos en los que se entendiera que la intervención pudiera ser imprescindible, sería precisa una reforma legal que contuviera una habilitación de calidad suficiente para intervenir las comunicaciones entre internos y letrados defensores o expresamente llamados en relación con asuntos penales, estableciendo los casos y las circunstancias en que tal intervención sería posible y las consecuencias de la misma.*”

54 Al respecto BACHMAIER, “Intervenciones telefónicas y derechos de terceros en el proceso penal. La necesidad de una regulación legal del secreto profesional y de otras relaciones de confianza”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2004, págs. 46 ss.

intervención que cumple los requisitos legales.⁵⁵ Por otra parte, hemos observado diversos modelos que regulan expresamente y de manera excepcional la posibilidad de que sea el abogado el destinatario directo de la medida. También en este supuesto puede producirse, a la inversa, que accidentalmente, pero dentro de una interceptación legal, se graben conversaciones del abogado imputado o sospechoso con clientes que no están implicados en la causa. Y también aquí hay que seguir preservando el derecho de defensa de esos terceros, regulando la forma concreta en que se ha de realizar la intervención y el destino que haya de darse a la parte de las grabaciones efectuadas que contenga comunicaciones que deban seguir estando bajo un régimen de especial protección.

c) Excurso: el abogado como destinatario de la medida en la sentencia del caso “Garzón”

En este punto hay que hacer expresa mención a la línea argumental seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia del caso “*Garzón*”,⁵⁶ en la medida en que un elemento básico de la fundamentación jurídica se centra en reprochar al acusado el haber intervenido las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores *a pesar de no existir indicios de delito contra (todos) ellos*. De entrada, este análisis que lleva a cabo el Tribunal resultaría superfluo si de lo que se tratara es de constatar

55 Ya solo por este hecho ineludible y derivado de la bilateralidad de las comunicaciones, carece de sentido sostener, como hace MUÑOZ CUESTA, “Delito de prevaricación y contra las garantías constitucionales cometidos por Juez de instrucción al interceptar las comunicaciones entre imputados presos y sus defensas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1/2012, pág. 5, que por el solo hecho de conocer la policía (o el Fiscal o el instructor) el contenido de la comunicación entre abogado y cliente ya se habría quebrantado de forma irremediable el derecho fundamental a la defensa, en la misma línea, RODRÍGUEZ MOURULLO, “El secreto de las comunicaciones entre el abogado y su defendido”, Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 22 de marzo de 2010, pág. 294.

56 STS 79/2012 de 9 de febrero.

que la orden de intervención de las comunicaciones de internos con sus abogados quebranta una prohibición general expresa en el ámbito penitenciario que solo admitiría excepciones en casos de terrorismo, pues en el caso juzgado no se trataba de un supuesto de esa naturaleza. Sin embargo, la línea argumental de la sentencia parece otorgarle al argumento de la prohibición del art. 51.2 LOGP un carácter más complementario que central.

Además, al hilo de la cuestión de la falta de habilitación legal para afectar derechos de terceros, la importancia que se da a la ausencia de indicios delictivos indica que el TS no considera a los abogados como “terceros” afectados por la intervención en su calidad de interlocutores del destinatario de la medida (en este caso el interno sometido a un régimen de sujeción especial objeto de la LOGP), sino como destinatarios directos.⁵⁷ Sin embargo, esta argumentación es criticable por dos motivos.

En primer lugar, como hemos visto, al no existir (fuera del ámbito penitenciario) ni una disposición general que prohíba las intervenciones que afecten las conversaciones con el abogado defensor ni una normativa o corriente jurisprudencial consolidada que excepcionalmente autorice la intervención cuando en relación al propio abogado existan indicios de participación delictiva, la comprobación judicial de la inexistencia de indicios de participación delictiva no tiene ninguna base normativa. Por mucho que el auto que ordena la intervención haga referencia a la posible participación de algún abogado en la trama delictiva, no deja de ser la comprobación de una excepción inexistente a una prohibición que tampoco existe en el ordenamiento español.

57 Como apunta DOLZ LAGO, „Condena del Juez Garzón por las «escuchas del caso Gürtel»“, en *Diario La Ley*, 3270, 2012, pág. 10, el Tribunal no tiene en cuenta el carácter bidireccional de las interceptaciones de cualquier comunicación, el cual solo obliga a tener indicios de participación delictiva de uno de los comunicantes. También critica este autor que la sentencia no concreta de qué modo se vulneró el derecho de defensa en el caso concreto y que exacerba el derecho de defensa *in abstracto* dándole una extensión que no es acorde con una interpretación sistemática de la ley penal y desatendiendo la perspectiva de la víctima, *ibidem*.

Sí es, en cambio, un posible modelo de regulación, como hemos visto en el panorama comparado, pero ni es por el momento el vigente en España, ni es el único imaginable. Otros, como por ejemplo el modelo suizo, atienden a si el abogado podría servir de correo o intermediario, y otros, como el americano, no siguen el esquema de regla y excepción, sino que aplican el régimen general salvaguardando por el procedimiento correspondiente el contenido de las comunicaciones que siguen siendo privilegiadas por mucho que uno de los interlocutores (que en los casos que aquí se tratan puede ser tanto el abogado como el cliente) sea sospechoso de delinquir. Estos ejemplos ya deben llamar la atención sobre el hecho de que, tanto técnica como normativamente debe ser posible que, aun interceptándose una conversación con un abogado defensor, no se llegue a materializar una lesión del derecho de defensa.

En segundo lugar, ciñéndonos al ámbito penitenciario, si la jurisprudencia entiende que por la vía del art. 51.2 LOGP rige una prohibición absoluta de intervención de las comunicaciones de los internos con el abogado defensor que solo admite una excepción en casos de terrorismo, el reproche consistente en no haberse constatado si había indicios de participación delictiva de cada uno de los abogados tampoco es comprensible, pues en tal caso el TS estaría diciendo que en el caso concreto no se daba una pretendida excepción a una prohibición del ámbito penitenciario que, en congruencia con la propia interpretación del TS, no podría admitir por vía interpretativa nuevas excepciones que no sean la de que se trate de un supuesto de terrorismo.⁵⁸

58 Sobre el problema de la legislación aplicable al caso, *Pelayo*, Intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente. Intromisión ilegítima en el derecho a la defensa, Actualidad Jurídica Aranzadi, 795/2010, pág. 1 ss., 3, quien considera prevalente la LOGP como ley especial, sin considerar la circunstancia de que se le estarían otorgando más derechos al ciudadano sometido a una relación de sujeción especial que al que goza de plena libertad; en sentido similar, MARTÍNEZ ALARCÓN, „El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimientos penitenciarios con sus representantes legales“, en *Revista Española de Derecho Constitucional*,

d) Conclusiones

El análisis de la regulación española a la luz de un panorama internacional más amplio ha puesto de manifiesto que todavía existen lagunas importantes en la regulación general de las escuchas relativas a sus presupuestos, a su duración y a su forma de ejecución (vid. supra D.a.).

Los modelos comparados dan una buena orientación sobre extremos básicos como la duración de la medida, que suele fijarse en un máximo de un mes, los delitos en los que se permite, que preferiblemente deberían estar catalogados, y otros requisitos que configuren su carácter excepcional, como que no sea posible obtener las informaciones por otro medio, o que concurra un determinado grado de indicios (no meras sospechas) para que se pueda adoptar. Todos ellos son extremos que, amén de encontrar algunos de ellos reflejo en la jurisprudencia, deben estar regulados por ley.

En especial, la ausencia de regulación de la afectación de terceros y, especialmente, la falta de previsión legal relativa a la posibilidad de intervenir las escuchas entre abogado y defensor, constituyen una laguna esencial que no se ha corregido por vía jurisprudencial. En el tema que ha centrado este trabajo, es obvio que, aún en el supuesto de que rigiese una prohibición absoluta de interceptación de las comunicaciones con el abogado

Núm. 92, 2011, págs. 141 ss., 147 ss., quien sí parece contemplar el aspecto de la posible ventaja de los presos (pág. 142, 152, con ulteriores referencias bibliográficas), aunque a mi parecer podría incurrir en cierta contradicción al sostener, en cambio, que en el ámbito penitenciario la tutela de los derechos fundamentales ha de ser más „rigurosa“ (pág. 152 *in fine*); MARTÍNEZ RUÍZ, „Reflexiones de urgencia motivadas por la desconcertante aplicación procesal de la intervención de las comunicaciones orales directas en el ámbito penitenciario, con especial atención a las comunicaciones abogado-cliente“, en *Diario La Ley*; 7376/2010, págs. 10 ss., quien considera que la medida solo podría autorizarse al amparo y con las finalidades contempladas en la LOGP (incidiendo en la necesidad de notificar la medida al interno) o, con la finalidad investigar un delito, como medida subrepticia y *de lege ferenda*, cuándo el propio abogado sea sospechoso de participar en un delito grave (págs. 7 ss, 13 ss.).

defensor, no se puede olvidar que éste siempre puede tener la consideración de tercero y que, por tanto, sus comunicaciones con el cliente sospechoso siempre pueden ser interceptadas de manera accidental (como sucede con otros terceros ajenos a los hechos delictivos que son titulares del derecho a la intimidad). Eso ya plantea la urgente necesidad de articular un mecanismo para evitar que se vean definitivamente conculcados derechos de terceros por la vía de esas grabaciones accidentales que han de seguir siendo protegidas en el marco de la ejecución de una medida de intervención.

Al margen de esa regulación necesaria en todo caso, el legislador debe establecer una clara prohibición general de intervención de las comunicaciones con el abogado defensor y plantearse, en caso de que decida contemplar excepciones razonables en atención a otros intereses en juego, qué modelo de intervención excepcional de las comunicaciones telefónicas entre abogado y cliente quiere instaurar.

En el caso de que se regule un régimen de excepcionalidad de la intervención de las comunicaciones entre abogado defensor y cliente (como el que se apunta actualmente en el proceso de reforma del proceso penal), es necesario tener en cuenta las especialidades de este caso en cuanto que de lo que se trata es de llevar a cabo la intervención salvaguardando el derecho de defensa de los clientes. Como punto de partida, es posible entender que el hecho de que se intervengan las comunicaciones telefónicas de un abogado defensor, no ha de llevar necesariamente aparejada la lesión absoluta e irreversible del derecho de defensa en el proceso, especialmente del derecho que asiste a terceras personas no implicadas en el caso. Ello exige abandonar posturas absolutistas y centrar los esfuerzos en diseñar mecanismos para graduar y minimizar la afectación de derechos de terceros en cada caso particular.

Dando un paso más, cabe replantearse la exigencia que viene reiterando la doctrina y (con matizaciones) la jurisprudencia consistente en que el Juez tenga acceso a la integridad de las

grabaciones,⁵⁹ así como el rechazo a que se produzca cualquier selección previa por persona distinta.⁶⁰ El excesivo celo por la intervención judicial, por un lado, y la idea de que el mero acceso a las conversaciones por parte de la policía, el fiscal o el juez ya lesiona el derecho, por otro, son posturas irreconciliables que ponen de manifiesto la necesidad de alcanzar un compromiso.

Si pensamos en un sistema en el que, como parece deducirse de la regulación californiana, el agente actúa ya selectivamente durante el proceso de interceptación, vemos que las “grabaciones íntegras” son necesariamente ya algo distinto de las conversaciones íntegras. Si un mecanismo similar de grabación controlada no fuera posible o deseable, o si incluso dentro del marco de una interceptación controlada o de cualquier otra interceptación legal se llegan a captar accidentalmente informaciones sensibles desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es obvia la necesidad de un sistema efectivo de “filtrado” que garantice que los contenidos sensibles sean eliminados y no lleguen a manos de los órganos de persecución penal. El problema parece girar entonces en torno a quién debe estar a cargo de ese proceso de selección. En este punto parece necesario replantearse si es verdaderamente imprescindible que esta tarea le sea reservada con exclusividad al Juez instructor.

Esta cuestión puede ponerse en relación con el problema del destino final que deba darse a las grabaciones que (accidentalmente o de manera ilegal) contengan informaciones sensibles que no deban ser utilizadas en ningún caso en el proceso. En la regulación comparada hemos visto modelos que prevén la destrucción inmediata de las conversaciones sensibles, mientras que otros

59 Por todos, MONTERO AROCA, *“La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal”*, 1999, págs. 266 ss.

60 Al respecto, RIVES SEVA, *“La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal”*, Ed. Aranzadi, 2000, págs. 136 ss., con amplias referencias jurisprudenciales respecto a la selección y transcripción de cintas. En contra de que la policía seleccione las conversaciones, recientemente, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, “Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy”, en RJUAM, núm. 22, 2012-2, pág. 241.

prevén mecanismos de custodia que solo permiten la destrucción al finalizar el proceso por sentencia firme y por orden judicial. Ello pone de manifiesto que también en este punto es necesaria una decisión fundamental en una u otra dirección por parte del legislador. En todo caso, cabe plantear si desde el punto de vista de los potenciales afectados no es preferible que los contenidos claramente protegidos por el derecho de defensa (o por el derecho a la intimidad de terceros ajenos a la causa) sean ya separados por otro agente distinto del Juez en un momento lo más prematuro posible que reduzca al mínimo el tiempo de almacenamiento de la información y las posibilidades de acceso de otros intervinientes.

E. Anexo legislativo

1. Estados Unidos (Derecho federal)

§ 2511 U.S.C. Interception and disclosure of wire, oral, or electronic communications prohibited

(1) Except as otherwise specifically provided in this chapter any person who—

(a) intentionally intercepts, endeavors to intercept, or procures any other person to intercept or endeavor to intercept, any wire, oral, or electronic communication;

(b) intentionally uses, endeavors to use, or procures any other person to use or endeavor to use any electronic, mechanical, or other device to intercept any oral communication when—

(i) such device is affixed to, or otherwise transmits a signal through, a wire, cable, or other like connection used in wire communication; or

(ii) such device transmits communications by radio, or interferes with the transmission of such communication; or

(iii) such person knows, or has reason to know, that such device or any component thereof has been sent through the mail or transported in interstate or foreign commerce; or

(iv) such use or endeavor to use (A) takes place on the premises of any business or other commercial establishment the operations of which affect interstate or foreign commerce; or (B) obtains or is for the purpose of obtaining information relating to the operations of any business or other commercial establishment the operations of which affect interstate or foreign commerce; or

(v) such person acts in the District of Columbia, the Commonwealth of Puerto Rico, or any territory or possession of the United States;

(c) intentionally discloses, or endeavors to disclose, to any other person the contents of any wire, oral, or electronic communication, knowing or having reason to know that the information was obtained through the interception of a wire, oral, or electronic communication in violation of this subsection;

(d) intentionally uses, or endeavors to use, the contents of any wire, oral, or electronic communication, knowing or having reason to know that the information was obtained through the interception of a wire, oral, or electronic communication in violation of this subsection; or

(e)

(i) intentionally discloses, or endeavors to disclose, to any other person the contents of any wire, oral, or electronic communication, intercepted by means authorized by sections 2511 (2)(a)(ii), 2511 (2)(b)–(c), 2511(2)(e), 2516, and 2518 of this chapter,

(ii) knowing or having reason to know that the information was obtained through the interception of such a communication in connection with a criminal investigation,

(iii) having obtained or received the information in connection with a criminal investigation, and

(iv) with intent to improperly obstruct, impede, or interfere with a duly authorized criminal investigation, shall be punished as provided in subsection (4) or shall be subject to suit as provided in subsection (5).

§ 2517 U.S.C. Authorization for disclosure and use of intercepted wire, oral, or electronic communications

(...)

(4) No otherwise privileged wire, oral, or electronic communication intercepted in accordance with, or in violation of, the provisions of this chapter shall lose its privileged character.

§ 2518 U.S.C. Procedure for interception of wire, oral, or electronic communications

(...)

(3) Upon such application the judge may enter an ex parte order, as requested or as modified, authorizing or approving interception of wire, oral, or electronic communications within the territorial jurisdiction of the court in which the judge is sitting (and outside that jurisdiction but within the United States in the case of a mobile interception device authorized

by a Federal court within such jurisdiction), if the judge determines on the basis of the facts submitted by the applicant that—

(a) there is probable cause for belief that an individual is committing, has committed, or is about to commit a particular offense enumerated in section 2516 of this chapter;

(b) there is probable cause for belief that particular communications concerning that offense will be obtained through such interception;

(c) normal investigative procedures have been tried and have failed or reasonably appear to be unlikely to succeed if tried or to be too dangerous;

(d) except as provided in subsection (11), there is probable cause for belief that the facilities from which, or the place where, the wire, oral, or electronic communications are to be intercepted are being used, or are about to be used, in connection with the commission of such offense, or are leased to, listed in the name of, or commonly used by such person.

(...)

(Para consultar la regulación completa, véase http://www.law.cornell.edu/uscode/18/usc_sup_01_18_10_I_20_119.html) (10/12/2012)

2. Suecia (Ordenamiento jurídico-procesal)

Chapter 27

Section 18

Secret wiretapping is the covert monitoring or recording by technical means of telecommunications, conveyed to or from a telephone number, a code or other telecommunications address, for reproduction of the content of the message.

Secret wiretapping may be used in the preliminary investigation of:

1. offences in respect of which a less severe penalty than imprisonment for two years is not prescribed for the offence; or

2. attempt, preparation, or conspiracy to commit such an offence if such act is subject to punishment.

(SFS 1995:1230)

Section 19

Secret tele-surveillance means the covert reporting of telecommunications conveyed to or from a certain telecommunications dispatched or ordered to or from a certain telecommunications address or that such a message is prevented from reaching its destination.

Secret tele-surveillance may be used in the preliminary investigation of:

1. offences in respect of which a less severe sentence than six months imprisonment is not prescribed;
2. offences in violation of the Penal Law on Narcotics (1968:64), Section 1, or narcotics offences in violation of the Law on Penalties for the Smuggling of Goods (1960:418), Section 1; or
3. attempt, preparation, or conspiracy to commit an offence in respect of which a less severe sentence than imprisonment for at least two years is prescribed. (SFS 1995:1230)

Section 20

Secret wire-tapping and secret tele-surveillance may only be conducted if someone is reasonably suspected of an offence and the measure is of exceptional importance to the inquiry. The measure may only relate to a telecommunications address held by the suspect or which may be assumed will be used by him. Wire-tapping and surveillance may not relate to telecommunications messages which are conveyed within a telecommunications network which, having regard to its limited size and the circumstances generally, may be assumed to be of minor importance from the viewpoint of public communications. (SFS 1995:1230)

Section 21

Issues concerning secret wire-tapping and secret tele-surveillance are determined by the court upon the request of the prosecutor. A decision permitting secret wire-tapping or secret tele-surveillance shall specify the permitted duration of the surveillance and the telecommunications address which it relates. The duration of surveillance may not be longer than necessary and may not exceed one month from the date of the decision.

In permits for wire-tapping or surveillance, it shall be specifically stated if the measure may be executed outside the telecommunications network available to the public. (SFS 1995:1230)

Section 22

Telephone conversations or other telecommunications between the suspect and his defence counsel may not be subject to secret wire-tapping. If during the tapping it appears that it is such a conversation or communication, the surveillance shall be discontinued.

3. Turquía (Criminal Procedure Code)

Refraining from testimony because of professional privilege and privilege caused by permanent occupation

Art. 46

(1) The persons who have the right of refraining from taking the witness-stand because of their professions or their permanent occupations, as well as the subject matter and the conditions of refraining are listed below;

(a) The lawyers or their apprentices or assistants about the information they have learned in their professional capacity or during their judicial duty,

(...)

Fifth part

Interception of correspondence through telecommunications

Location, listening and recording of correspondence

Art. 135

(1) The judge or, in cases of peril in delay, the public prosecutor, may decide to locate, listen to or record the correspondence through telecommunication or to evaluate the information about the signals of the suspect or the accused, if during an investigation or prosecution conducted in relation to a crime there are strong grounds of suspicion indicating that the crime has been committed and there is no other possibility to obtain evidence. The public prosecutor shall submit his decision immediately to the judge for his approval and the judge shall make a decision within 24 hours. In cases where the duration expires or the judge decides the opposite way, the measure shall be lifted immediately.

(2) The correspondence of the suspect or the accused with individuals who enjoy the privilege of refraining from testimony as a witness shall not be recorded. In cases where this circumstance has been conducted, the conducted recordings shall be destroyed immediately.

(...)

4. Suiza (Ordenamiento procesal penal de 5 de octubre de 2007)

4. Titel: Beweismittel

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

1. Abschnitt: Beweiserhebung und Beweiseverwertbarkeit

Art. 139 Grundsätze

1. Die Strafbehörden setzen zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind.

2. Über Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind, wird nicht Beweis geführt.

Art. 140 Verbotene Beweiserhebungsmethoden

1. Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt.

2. Solche Methoden sind auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt.

Art. 141 Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise

1. Beweise, die in Verletzung von Artikel 140 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet.

2. Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.

3. Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar.

4. Ermöglichte ein Beweis, der nach Absatz 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.

5. Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise werden aus den Strafakten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet.

Art. 171 Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund eines Berufsgeheimnisses

1. Geistliche, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Verteidigerinnen und Verteidiger, Notarinnen und Notare, Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Apothekerinnen und Apotheker, Hebammen sowie ihre Hilfspersonen können das Zeugnis über Geheimnisse

verweigern, die ihnen aufgrund ihres Berufes anvertraut worden sind oder die sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben.

(...)

8. Kapitel: Geheime Überwachungsmaßnahmen

1. Abschnitt: Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs

Art. 269 Voraussetzungen

1. Die Staatsanwaltschaft kann den Post- und den Fernmeldeverkehr überwachen lassen, wenn:

a. der dringende Verdacht besteht, eine in Absatz 2 genannte Straftat sei begangen worden;

b. die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigt; und
c. die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

2. Eine Überwachung kann zur Verfolgung der in den folgenden Artikeln aufgeführten Straftaten angeordnet werden:

(...)

Art. 270 Gegenstand der Überwachung

Es dürfen Postadresse und Fernmeldeanschluss folgender Personen überwacht werden:

a. der beschuldigten Person;

b. von Drittpersonen, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen angenommen

werden muss, dass:

1. die beschuldigte Person die Postadresse oder den Fernmeldeanschluss

der Drittperson benutzt, oder

2. die Drittperson für die beschuldigte Person bestimmte Mitteilungen entgegennimmt oder von dieser stammende Mitteilungen an eine weitere Person weiterleitet.

Art. 271 Schutz von Berufsgeheimnissen

1. Bei der Überwachung einer Person, die einer in den Artikeln 170–173 genannten Berufsgruppe angehört, sind Informationen, die mit dem Gegenstand der Ermittlungen und dem Grund, aus dem diese Person überwacht wird, nicht in Zusammenhang stehen, unter der Leitung eines Gerichtes auszusondern. Dabei dürfen der Strafverfolgungsbehörde keine Berufsgeheimnisse zur Kenntnis gelangen.

2. Direktschaltungen sind nur zulässig, wenn:
 - a. der dringende Tatverdacht gegen die Trägerin oder den Träger des Berufsgeheimnisses selber besteht; und
 - b. besondere Gründe die Direktschaltung erfordern.
3. Bei der Überwachung anderer Personen sind Informationen, über welche eine in den Artikeln 170–173 genannte Person das Zeugnis verweigern könnte, aus den Verfahrensakten auszusondern und sofort zu vernichten; sie dürfen nicht verwendet werden.

5. Italia (Código procesal penal)

Art. 271. Divieti di utilizzazione.

1. I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3.

2. Non possono essere utilizzate le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni delle persone indicate nell'articolo 200 comma 1, quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati.

3. In ogni stato e grado del processo il giudice dispone che la documentazione delle intercettazioni previste dai commi 1 e 2 sia distrutta, salvo che costituisca corpo del reato.

Art. 200. Segreto professionale.

1. Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria:

- a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastano con l'ordinamento giuridico italiano;
- b) gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai;
- c) i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria;
- d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale.

2. Il giudice, se ha motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari. Se risulta infondata, ordina che il testimone deponga.

3. Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni.

6. Colombia (Código de Procedimiento Penal – Ley 600 del 24 de julio de 2000)

Artículo 301. Interceptación de comunicaciones.

El funcionario judicial podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, tienen la obligación de realizar la misma dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la orden.

Cuando se trate de interceptación durante la etapa de la investigación la decisión debe ser remitida dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la Dirección Nacional de Fiscalías.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

El funcionario dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso en grabación.

Tales grabaciones se trasladaran al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario.

7. Argentina

Art. 236 Código procesal penal de la Nación

El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas.

Bajo las mismas condiciones, el juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él.

En las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal de la Nación, o que tramiten en forma conexa con aquéllas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del Ministerio público fiscal, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él.

Art. 41 Constitución de la Provincia de Córdoba

La prueba es pública en todos los juicios, salvo los casos en que la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. La resolución es motivada. No pueden servir en juicio las cartas y papeles privados que hubiesen sido sustraídos.

Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

En caso de duda sobre cuestiones de hecho, debe estarse a lo más favorable al imputado.

Artículo 194 Código procesal penal de la Provincia de Córdoba - Exclusiones Probatorias.

Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

Artículo 216 Código procesal penal de la Provincia de Córdoba - Intervención de Comunicaciones.

El Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado, para impedir las o conocerlas.

Art. 117 Código procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

- Intervención de comunicaciones.

Ante pedido fundamentado del/la Fiscal, el/la Juez/a podrá ordenar, mediante auto, la intervención de comunicaciones del/la imputado/a por cualquier medio, para impedir las o conocerlas. La intervención de comunicaciones tendrá carácter excepcional y sólo podrá efectuarse por un plazo de treinta días, pudiendo ser renovada sólo una vez por quince días más, expresando los motivos que justifican la extensión del plazo.

Rige para los funcionarios encargados de efectuar la intervención el deber de confidencialidad y secreto respecto de la información obtenida por estos medios, excepto respecto de la autoridad que la haya requerido. Quienes incumplan este deber incurrirán en responsabilidad personal.

En ningún caso podrá usarse este medio de investigación para eludir el derecho del/la imputado/a de negarse a declarar sin que ello importe presunción en su contra o suplir las declaraciones testimoniales prohibidas por vínculo de parentesco o secreto profesional.

8. Costa Rica (Código procesal penal de 1 de enero 1998)

Art. 108. Garantías para el ejercicio de la defensa

No será admisible el decomiso de cosas relacionadas con la defensa; tampoco, la interceptación de las comunicaciones del imputado con sus defensores, consultores técnicos y sus auxiliares, ni las efectuadas entre estos y las personas que les brindan asistencia.

9. Nicaragua (Código procesal penal)

Art. 103 Alcance del ejercicio de la defensa.

A partir del momento de su detención, toda persona tiene derecho a que se le brinden todas las facilidades para la comunicación libre y privada, personal o por cualquier otro medio, con su abogado defensor. Se prohíbe estrictamente, bajo responsabilidad administrativa o penal, la interceptación o revisión previa de las comunicaciones entre acusado y abogado, o entre éste y sus auxiliares o asesores, así como el decomiso de cosas relacionadas con la defensa.

10. Albania (Código procesal penal)

Art. 52 The guarantees of the defence lawyer

1. The inspection and searches in the office of the defence lawyer are permitted only:

a) when he or other persons who continuously work in the same office are defendant and only with intention to prove the criminal offence attributed to them;

b) to search the traces or the material proofs of the criminal offence or to search for belongings or persons provided by specific rules.

2. Before inspecting, searching or sequestering in the office of the defence lawyer the proceeding authorities inform the board of bar chamber in order that one of his members is able to be present during the operations.

In any case a copy of the act is send to the board of the bar chamber.

3. The searches, inspections and sequestration in the office of the defence lawyers are made personally by the judge, whereas during the preliminary investigations they are made by the prosecutor provided with an authorising decision of the judge.

4. There is not permitted the interception of the conversations or communication of the defence lawyers and their assistants neither between each other nor with their clients.

5. It is prohibited any form of control of the correspondence between the defendant and his defence lawyer.

6. The results of the searches, inspections, sequestration, interceptions of conversation or communication made in violation of the above provisions, except as provided by paragraph 2, shall not be used.

Bibliografía

ARRIBAS LÓPEZ, E.: “Sobre la intervención de comunicaciones entre los internos y sus abogados en el ámbito penitenciario”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 288, 2009, págs. 13 ss.

ATIENZA, M.: “El caso Gürtel y la objetividad del Derecho”, en *Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 31, 2010.

BACHMAIER, L.: “Telephone Tapping in the Spanish Criminal Procedure: An Analysis from the European Court of

- Human Rights' Perspective”, *Jura* (Hungría), 2007.2, págs. 8 ss.
- BACHMAIER, L.: “Intervenciones telefónicas y derechos de terceros en el proceso penal. La necesidad de una regulación legal del secreto profesional y de otras relaciones de confianza”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2004, págs. 43 ss.
- CATALÀ I BAS, A. H.: “Escuchas telefónicas: un encuentro con el Tribunal Constitucional y un desencuentro con el legislador español”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 15, 2010, págs. 279 ss.
- CATALÀ I BAS, “La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus consecuencias”, *Revista del Poder Judicial*; 65/66, 2002, págs. 22 ss.
- CSÚRI, A.: „Intercepción of telecommunications in the EU Member States – Divergences and common grounds“ (conferencia impartida el 6 de mayo de 2011 en Pécs, Hungría).
- CSÚRI, A./HERKE, C.: “Das Recht auf Verteidigung und die Stellung des Verteidigers im ungarischen Strafverfahren”, en *Strafverteidiger* (tomo 1/2013, en preparación).
- DOLZ LAGO, M.: „Condena del Juez Garzón por las «escuchas del caso Gürtel»“, en *Diario La Ley*, núm. 3270, 2012.
- FISHMAN C. S./MCKENNA, A. T.: “*Jones on Evidence*”, 7^o edición, Rochester (NY), 2006, § 44:18.
- FISHMANN, C. S. /A. T. MCKENNA, A. T.: “*Wiretapping & Eavesdropping: Surveillance in the Internet Age*”, 3^a Ed., tomo I, Eagan (Minn.), 2008.
- FLAHERTY, D. H.: “*Protecting privacy in surveillance societies: the Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada, and the United States*”, The University of North Carolina Press, 1989.
- GARCÍA COUSO, S.: “Escuchas telefónicas: La sentencia del Tribunal Constitucional 184/2003, de 23 de octubre”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2003, págs. 131 ss.

- LADRÓN TABUENCA, M. P.: “Las intervenciones telefónicas en el ordenamiento español: visión jurisprudencial”, en *La Ley Penal*, 2004, 4, pág. 56 ss.
- LARSSON, C.: “Telecom Operator’s Incident Investigations”, en *Scandinavian Studies in Law*, tomo 56 (Information & Communication Technology – Legal Issues), 2010, págs. 230 ss.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, tomo II, 5ª Edición, Ed. Aranzadi, 2012.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: “*Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*”, Madrid, 1991.
- LÓPEZ YAGÜES, V.: “*La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*”, Valencia, 2003.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L.: „El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimientos penitenciarios con sus representantes legales“, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 92, 2011, págs. 141 ss.
- MARTÍNEZ RUÍZ, J.: „Reflexiones de urgencia motivadas por la desconcertante aplicación procesal de la intervención de las comunicaciones orales directas en el ámbito penitenciario, con especial atención a las comunicaciones abogado-cliente“, en *Diario La Ley*; 7376/2010, págs. 10 ss.
- MORENO CATENA, V.: “*Derecho Procesal Penal*”, Valencia, 2011.
- MUÑOZ CUESTA, F. J.: “Delito de prevaricación y contra las garantías constitucionales cometidos por Juez de instrucción al interceptar las comunicaciones entre imputados presos y sus defensas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2012, págs. 11 ss.
- NATTERER, J.: “*Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren – Eine kritische Betrachtung des schweizerischen und deutschen Umgangs mit Ergebnissen heimlicher strafprozessualer Überwachungsmaßnahmen*”, Bern, 2001.

- NISTAL MARTÍNEZ, J.: “La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, en *Diario La Ley*, 7383/2010, D-126.
- QUERALT J. J.: , “Las escuchas de las comunicaciones telefónicas en la instrucción penal. Especial referencia a las acaecidas entre letrado y cliente”, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar*, Colex, 2006, págs. 1133.
- REVIRIEGO, PICÓN, F.: “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus letrados“, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2010, págs. 45 ss.
- RIVES SEVA, A. P.: “*La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*”, Ed. Aranzadi, 2000.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “El secreto de las comunicaciones entre el abogado y su defendido”, Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 22 de marzo de 2010.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2012-2, págs. 223 ss.
- RODRÍGUEZ RUÍZ, B.: “El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 56, 1999, págs. 223 ss.
- U.S. United States Reports (Repertorio)