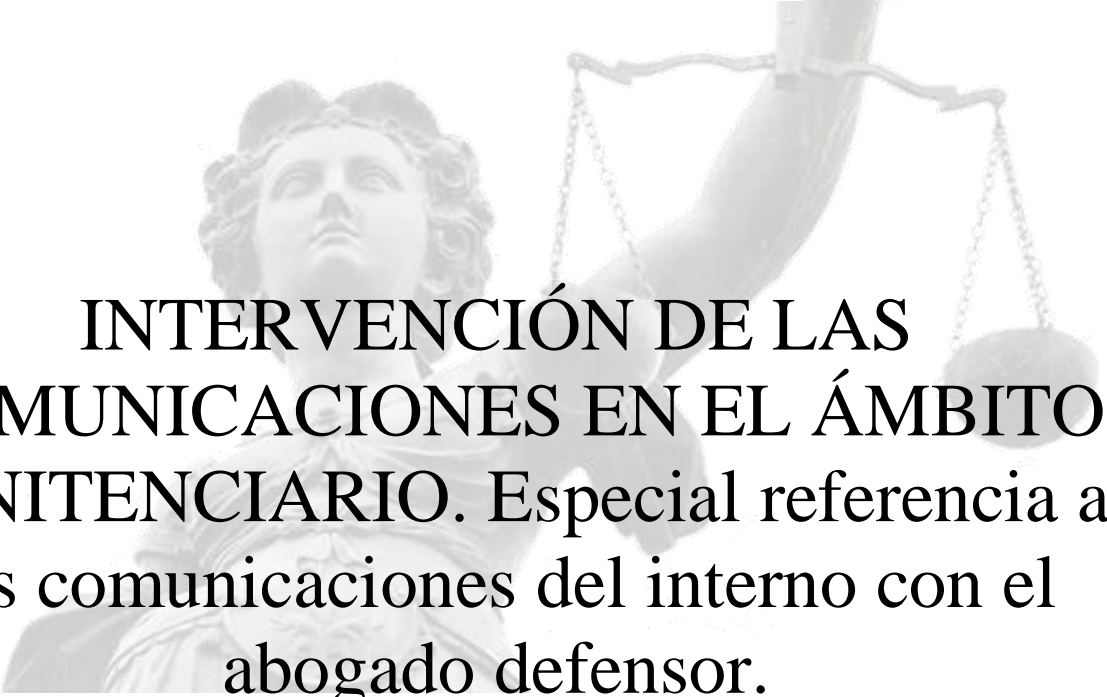


TRABAJO DE FIN DE MÁSTER:



**INTERVENCIÓN DE LAS
COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO
PENITENCIARIO. Especial referencia a
las comunicaciones del interno con el
abogado defensor.**



Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho – ICATF.

Máster Universitario en Abogacía. 2017/2019. Enero.

Área de conocimiento: Derecho Procesal.

Alumna: Elena Beatriz Llorens Estévez.

Tutora: Ana Teresa Afonso Barrera.



VISTO BUENO DEL TUTOR DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

Alumna: D^a Elena Llorens Estévez

Calificación de tutor/a: 9.0

Justificación de la calificación: Estamos ante un trabajo de investigación jurídica sobre la limitación de un derecho fundamental, el derecho al secreto de las comunicaciones, en un contexto específico y delimitado como es el ámbito penitenciario y dentro del mismo en la relación interno- abogado defensor como manifestación del derecho de defensa. Partiendo de esta delimitación, la alumna ha realizado un riguroso estudio de la relación especial de sujeción existente entre los internos y la Administración penitenciaria, analizando los derechos penitenciarios que derivan de la misma para luego centrarse en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones abogado-interno y los supuestos de intervención y suspensión del mismo.

Ha realizado un estudio brillante y detallado del problema, con un adecuado manejo de la bibliografía y la jurisprudencia, haciendo especial hincapié, también, en el relevante papel que en este tema tiene el Juez de Vigilancia frente a la Administración Penitenciaria.

Para concluir, indicar que resulta muy positivo que en las conclusiones la alumna pone de manifiesto sus propias opiniones acerca de los problemas que plantea tras el detenido estudio y análisis que ha realizado.

| | |
|---|----------------------------------|
| Este documento incorpora firma electrónica, y es copia auténtica de un documento electrónico archivado por la ULL según la Ley 39/2015. <i>La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la dirección: https://sede.ull.es/validacion/</i> | |
| Identificador del documento: 1732278 | Código de verificación: JsZRwB+s |
| Firmado por: Ana Teresa Afonso Barrera UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA | Fecha: 23/01/2019 14:56:25 |

ÍNDICE

| | |
|---|-------|
| I.ANTECEDENTES HISTÓRICOS..... | 4-9 |
| II.RÉGIMEN PENITENCIARIO. DERECHOS DE LOS INTERNOS. RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL..... | 9-11 |
| III.EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES..... | 11-34 |
| 3.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS..... | 11-12 |
| 3.2 MARCO NORMATIVO..... | 12-16 |
| 3.3 EL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO..... | 17-18 |
| 3.3.1 Deber de secreto profesional..... | 19-23 |
| 3.4 SUSPENSIÓN O INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES..... | 23-26 |
| 3.5 PRESUPUESTOS PARA LA SUSPENSIÓN O INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES..... | 26-27 |
| 3.5.1 Motivación..... | 27-29 |
| 3.5.2 Proporcionalidad..... | 29-30 |
| 3.5.3 Limitación temporal..... | 30-31 |
| 3.5.4 Notificación..... | 31-32 |
| 3.6 COMUNICACIONES EN RÉGIMEN DE AISLAMIENTO..... | 32-34 |
| IV.ESPECIAL REFERENCIA AL CASO GARZÓN..... | 34-39 |
| V.RÉGIMEN DE RECURSO EN MATERIA DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES. DIFERENCIA ENTRE PRESOS PREVENTIVOS E INTERNOS | 39-43 |
| VI.CONCLUSIONES..... | 44-45 |
| VII.BIBLIOGRAFÍA..... | 46-47 |

El presente trabajo tiene por objeto llevar a cabo un análisis del actual artículo 51.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que regula la intervención de las comunicaciones de los internos con el abogado defensor y con los procuradores que lo representen; planteándonos la duda en torno a la manera en que puede verse limitado este derecho de protección fundamental (artículo 18.3 de la Constitución española) y la competencia que ostenta el Juez de Vigilancia Penitenciaria respecto a esta restricción.

This work aims to perform an analysis of the current article 51.2 of the Spanish Penitentiary Code, which regulates the intervention of the prisoner communications with the lawyer who defends him and with the solicitor who represent it; raising doubts about the way in which this fundamental protection right can be limited (article 18.3 of the Spanish Constitution) and the competence held by the Prison Supervision Judge regarding this restriction.

Sumario: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. II. RÉGIMEN PENITENCIARIO. DERECHOS DE LOS INTERNOS. RELACIÓN DE SUJECIÓN ESPECIAL. III. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. 3.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. 3.2 MARCO NORMATIVO. 3.3 EL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO. ESPECIAL REFERENCIA AL SECRETO PROFESIONAL. 3.4 SUSPENSIÓN O INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES. 3.5 PRESUPUESTOS PARA LA SUSPENSIÓN O INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES. 1. Motivación. 2. Proporcionalidad. 3. Limitación temporal. 4. Notificación. 3.6 COMUNICACIONES EN RÉGIMEN DE AISLAMIENTO. IV. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO GARZÓN. V. RÉGIMEN DE RECURSO EN MATERIA DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES. DIFERENCIA ENTRE PRESOS PREVENTIVOS E INTERNOS. VI. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Siguiendo el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 de la Constitución española de 1978¹, podemos determinar que uno de los pilares en los que se asienta el tratamiento penitenciario es la reeducación y reinserción social, y así lo dispone tanto la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria en su artículo 1, en adelante LOGP, como el artículo 2 de su reglamento de desarrollo; aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero².

¹ Artículo 25.2 de la Constitución española de 1978: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

² Artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: “Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados (...)” y el artículo 2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario: “La actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de

Como consecuencia de este principio básico, resulta fundamental que el recluso no rompa sus contactos con el mundo exterior, facilitándose así, en el momento de su puesta en libertad, su adaptación a la vida en sociedad³, complementándolo con lo que establece el artículo 3.3 del Reglamento Penitenciario, donde se reconoce al interno como sujeto de derechos, no hallándose excluido de la sociedad. En consecuencia, la vida en prisión deberá tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento⁴.

El marco normativo del derecho al secreto de las comunicaciones viene determinado, no solo por lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución española, que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial⁵, sino también por el artículo 25.2 del mismo texto, como señalamos anteriormente. Por lo tanto, la persona recluida en una institución penitenciaria gozará, en principio, del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque puede verse afectado por el contenido del mismo artículo; al permitirse la posibilidad de que el derecho fundamental al que hacemos referencia se vea limitado por el contenido del fallo condenatorio⁶.

seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares”.

³ MONTERO HERNANZ, Tomás; *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. 1ª ed., La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p. 147.

⁴ Apartado II C de la Exposición de Motivos del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario: *“Apertura de las prisiones a la sociedad -que formula crecientes demandas de participación y se implica, cada vez más, en la actividad penitenciaria- para potenciar la acción de la Administración con los recursos existentes en la sociedad y para fortalecer los vínculos entre los delincuentes y sus familias y la comunidad, en línea con las conclusiones de las Naciones Unidas en su reunión de Tokio de diciembre de 1990. El Reglamento, no sólo contiene un variado elenco de contactos con el exterior (permisos de salida, comunicaciones especiales, potenciación del régimen abierto, tratamiento extrapenitenciario, etc.), sino que favorece decididamente la colaboración de entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de los reclusos”.*

⁵ Artículo 18.3 de la Constitución española: *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.*

⁶ MONTERO HERNANZ, Tomás; *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. 1ª ed. Madrid: La ley, grupo Wolters Kluwer, 2012, p. 152.

En cuanto al origen de la protección del tratamiento penitenciario; tal y como señala BUENO ARUS, *“la idea de elaborar unas reglas internacionales para el tratamiento de las personas privadas de libertad, en el contexto de las corrientes reformistas del siglo pasado y principio del actual, procede de 1925, cuando MAURICE WALLEES, Director de Prisiones de Inglaterra y Gales así lo propuso a la Comisión Penitenciaria Internacional”* luego, Comisión Internacional Penal y Penitenciaria. Esta Comisión aprueba en 1929 un conjunto de reglas para el tratamiento de los reclusos. Estas reglas tendían a indicar las condiciones mínimas que desde el punto de vista humanitario y social debía reunir el tratamiento penitenciario⁷.

En España, en materia de protección de derechos fundamentales, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 12, donde se fija, por primera vez, la prohibición de que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”*. De igual manera se pronuncia el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, así como el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Recientemente, ha sido reconocido por el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, bajo la rúbrica *“Respeto de la vida privada y familiar”*, que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Estas normativas constituyen la base para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades (artículo 10.2 de la Constitución española).

No obstante, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria junto con las Naciones Unidas, tras el final de la II Guerra Mundial, coinciden en la necesidad de revisar las pautas aprobadas en 1929; y fue el 6 de julio de 1951 la fecha en que finalizó la redacción del Proyecto de Conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; iniciándose una fase de estudio que concluyó con la resolución del Primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 30 de agosto de 1955), en el que se estableció la necesidad de que las Reglas Mínimas se transmitieran a los gobiernos con la finalidad de que estos las adoptasen.

⁷ *Revista de Estudios Penitenciarios. Las Reglas Penitenciarias Europeas*, n° 238, 1987, p. 11.

Finalmente, por Resolución 663 C (XXIV) de 31 de julio de 1957, el Consejo Económico y Social de la ONU, aprobó las Reglas Mínimas⁸. Con el fin de que fueran aplicables en los diferentes sistemas jurídicos, su redacción fue muy genérica; de ahí la necesidad de adaptarlas y especializarlas; siendo la Resolución (73) 5, de 19 de enero de 1973, por medio del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la competente para ello. No obstante, hubo una nueva reformulación mediante la nueva Recomendación nº R (87) 3, de 12 de febrero de 1987, del Comité de Ministros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas.

El siguiente paso que se da en materia de protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, se produce mediante la regulación de una serie de principios por Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; siendo la Asamblea General de las Naciones Unidas el organismo competente para aprobar los mismos. Esta iniciativa se remonta al año 1980 cuando, por Resolución 35/177, de 15 de diciembre, la Asamblea General remitió a la Sexta Comisión la tarea de elaborar un Proyecto de Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. En palabras de Amnistía Internacional, “*este texto es la primera compilación sistemática de normas internacionales destinadas a impedir la detención y la prisión arbitrarias, e incluye asimismo algunas normas destinadas a impedir los malos tratos a personas privadas de libertad*”⁹. En cuanto a los derechos fundamentales y garantías de los presos, destacamos los principios 18 y 19; los cuales hacen referencia a la comunicación del recluso con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o

⁸ BACHS i ESTANY, Josp M.; BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BALAGUER SANTAMARÍA, Xavier; GISBERT GISBERT, Antoni; RODRÍGUEZ SAEZ, José Antonio; *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1992, pp. 67 y 68.

⁹ BACHS i ESTANY, Josp M.; BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BALAGUER SANTAMARÍA, Xavier; GISBERT GISBERT, Antoni; RODRÍGUEZ SAEZ, José Antonio; *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1992, p. 76.

reglamentos dictados conforme a derecho¹⁰, así como derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo¹¹.

Finalmente, debido a la evolución en materia de política penal, se aprueba una nueva Recomendación, adoptada por el Comité el 11 de enero de 2006, fijándose en ciento ocho el número de reglas que se aplicarían a las personas en prisión preventiva o privadas de libertad.

Las Reglas Mínimas de la ONU recogen un conjunto de recomendaciones detalladas tendentes a obtener una buena organización penitenciaria y un correcto tratamiento de los reclusos¹²; siendo la Regla número 24.1 la que consagra el derecho del recluso a comunicarse lo más frecuentemente posible por carta, por teléfono o por otros medios de comunicación con su familia, amigos y representantes de organismos externos, así como recibir visitas de dichas personas.

Por su parte, la Regla número 37.1, fija que los internos súbditos de países extranjeros deben ser informados, sin tardanza, de su derecho a establecer contacto con sus representantes diplomáticos o consulares y contar con los medios razonables para establecer dicha comunicación.

En definitiva, tal y como establece la Exposición de Motivos del proyecto de la LOGP, *“Al defender el primer término la finalidad resocializadora de la pena, la Ley pretende significar que el*

¹⁰ Véase: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>

¹¹ Principio 18 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: *“1. Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo. 2. Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado. 3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden. 4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación. 5. Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer”.*

¹² Véase:

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/REG_PEN_EUR_ES.pdf

penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquel y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad”.

II. RÉGIMEN PENITENCIARIO. DERECHOS DE LOS INTERNOS. RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL.

Como diría GARCÍA VALDÉS, promotor de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, aprobada por unanimidad por el Parlamento español, el Derecho Penitenciario se define como *“el conjunto de normas jurídicas reguladoras de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad”*. La naturaleza jurídica del Derecho penitenciario es, por tanto, normativa; mientras que la Criminología presenta una dimensión empírica, ya que se centra en estudiar las causas del delito, del delincuente, de la víctima y del control social del comportamiento desviado, pero no analiza la dimensión normativa¹³.

Los derechos relacionados con el régimen penitenciario no son derechos fundamentales, pero encuentran su fundamentación en los mismos. El legislador los crea y los protege, siendo susceptibles de graduación, revocación y autorización por la autoridad judicial. Junto con el derecho a las comunicaciones orales, escritas y telefónicas y por tanto, al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución española), señalamos el derecho a recibir información sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas y recursos (artículo 49 LOGP y 52.1 del Reglamento penitenciario), así como derecho a que el recluso sea informado de su expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria (artículos 51 a 53 LOGP y artículos 41 a 49 del Reglamento penitenciario).

Por otro lado, en caso de que el interno sea expedientado, tiene derecho a ser previamente informado de la infracción cometida, a que se apliquen los principios informadores del derecho

¹³ MIR PUIG, Carlos; *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. 1ª ed, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2001, p. 19.

disciplinario, derecho de defensa en el procedimiento sancionador, derecho a ser asesorado, a disponer de un intérprete si se trata de un extranjero, etc. (artículos 231 a 262 del Reglamento penitenciario).

En tercer lugar, señalamos el derecho a participar en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo y en los servicios alimenticios (artículo 24 LOGP y 55.2 del Reglamento penitenciario). Tendrá también derecho a ser liberado, si se trata de un detenido, una vez transcurridas las 72 horas siguientes a su ingreso si no recibe mandamiento de prisión cuando lo acuerde la Autoridad competente (artículo 17 LOGP y artículos 16, 22, 23 y 24 del Reglamento penitenciario).

Por último, los internos tendrán derecho a hacer reclamaciones y quejas relativas a su tratamiento o régimen del establecimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (artículo 76.2 g) LOGP y 54 del Reglamento penitenciario). De igual modo podrán presentar recurso ante resoluciones de la Administración relativas a la clasificación y las sanciones disciplinarias (artículo 76.2 e) LOGP y artículo 54 del Reglamento penitenciario)¹⁴.

La protección de los derechos a los que acabamos de hacer referencia se efectúa por medio del derecho de defensa; que no es, *stricto sensu*, un derecho subjetivo renunciable, sino una institución inherente al proceso penal desde sus comienzos, una condición de la propia validez del proceso¹⁵. En palabras de GIMENO SENDRA y VOLKMAN-SCHLUCK: “*La designación del Abogado no solo interesa al propio imputado, sino a la sociedad entera y muy especialmente al órgano jurisdiccional*”¹⁶.

La relación en que se encuentra el ciudadano recluso respecto del aparato sancionador de la Administración penitenciaria es una relación de “*sujeción especial*” y es por ello por lo que se debería garantizar en mayor medida los derechos de los ciudadanos presos frente a la Administración

¹⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; PÉREZ CEPEDA, Ana; SANZ MULAS, Nieves; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; *Manual de Derecho Penitenciario*. Universidad de Salamanca: Colex, 2001, pp. 154 y ss.

¹⁵ RIVERA, I., coordinador. *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1994, p. 185.

¹⁶ GIMENO SENDRA y VOLKMAN-SCHLUCK. *Observaciones al Proyecto de Ley de 22 de noviembre de 1977 sobre la defensa técnica en la institución penal*. Cuadernos de Política Criminal, 1978, nº4, p. 111.

penitenciaria, ya que la configuración sociológica de la cárcel deja al ciudadano preso en una situación de absoluta vulnerabilidad frente al poder absoluto de la autoridad penitenciaria. Esta situación motiva que la sumisión del ciudadano recluso al poder carcelario sea absoluta; y cuando el poder es absoluto, la vulnerabilidad del sometido es mayor. Por ello, si esta relación de sujeción especial tiene como finalidad la limitación de los derechos fundamentales, deberá garantizarse un procedimiento equitativo para paliar la asimetría que posibilita que el preso quede sometido a la arbitrariedad de este poder público. En este sentido, la doctrina del Tribunal de Karlsruhe, en su sentencia de 14 de marzo de 1972, declaró que este concepto de “relación especial” suponía una vía constitucionalmente inadmisibles de limitación de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario. Más contundente es la STC 192/1996, de 25 de noviembre cuando señala que *“es claro que la situación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales e impedir que la justicia se detenga en la puerta de las prisiones”* (STC 143/1995, de 3 de octubre y STC 39/1997, de 27 de febrero). De ahí, que el propio Tribunal Constitucional realice un cierto abandono de la categorización de “relación especial” y, en sentencias como la 83/1997, de 23 de abril, sustituya ese término por “peculiaridades del interno” y en sentencia 143/1997, de 15 de septiembre, huya del argumento de recurrir al recordatorio de que el interno se encuentra en una relación de especial sujeción.

III. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

3.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

Centrándonos en el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución española), podemos afirmar que el mismo goza de una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos, y, adquiere por ello, suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad de reinserción social. Mediante la comunicación oral y escrita con otros sujetos, el interno no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite relacionarse con el exterior y, en definitiva, mantenerse preparado para su futura puesta en libertad y, por tanto, vida en sociedad¹⁷.

Las comunicaciones hacen posible que los reclusos puedan establecer contacto periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo cuando el Juez haya ordenado

¹⁷ Véase el Fundamento Jurídico segundo de la STC 175/1997 de 27 de octubre.

prisión incomunicada (artículos 51.1 LOGP y 41 del Reglamento penitenciario)¹⁸. Todo ello, tiene como fundamento la idea de que el penado no por sufrir prisión queda totalmente marginado o eliminado de la sociedad, sino que sigue siendo miembro de la sociedad, si bien sometido a un particular régimen jurídico (la llamada *relación de sujeción especial*), motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquel¹⁹. Solo las comunicaciones especiales y extraordinarias adicionales constituyen verdaderas recompensas y así lo prevé el artículo 263 a) del Reglamento penitenciario. En cambio, el resto de las comunicaciones y visitas tienen la consideración de auténticos derechos de los internos, condicionados, en su caso, al cumplimiento de una serie de requisitos legales pertinentes para poder ejercitarlos²⁰.

Hablamos de un derecho público, exigible ante los poderes públicos y que se encuentra en conexión con valores como la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad²¹. El Tribunal Constitucional, en STC 123/2002, de 20 de mayo, en el Fundamento Jurídico quinto expone que: *“Este reconocimiento autónomo del derecho no impide naturalmente que pueda contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, como el secreto del sufragio activo, la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento, de la libertad de empresa, la confidencialidad de la asistencia letrada o, naturalmente también, el derecho a la intimidad personal y familiar. En una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo”*.

3.2 MARCO NORMATIVO.

El marco normativo constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones de que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario viene determinado no solo por el contenido del artículo 18.3 de la Constitución española, que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones,

¹⁸ BUENO ARÚS, Francisco; *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia*. Doctrina. 1ª ed. Madrid: Colex, 2005, p. 460.

¹⁹ MIR PUIG, Carlos; *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. 1ª ed, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2001, p. 155.

²⁰ MIR PUIG, Carlos; *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. 1ª ed, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2001, p. 157.

²¹ Véase Fundamento Jurídico octavo de la STS 246/1995 de 20 de febrero.

salvo resolución judicial, sino, además, primordialmente por el precepto 25.2 del mismo texto normativo. Este artículo, en su inciso segundo establece que, el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria²². Esta protección de los derechos fundamentales de los reclusos se debe, entre otras cosas, a que la pena cumple papeles distintos en momentos diferentes del proceso.

El Derecho Penal se orienta, en un primer momento, a la prevención general, esto es, a la defensa de la sociedad, debiendo aumentar la amenaza del mal con la gravedad del comportamiento y del daño que ocasiona. En segundo lugar, la aplicación de este derecho supone el cumplimiento del principio de culpabilidad, lo que implica que los órganos jurisdiccionales deben aplicar la pena a quien por su comportamiento lo merezca. Finalmente, en el momento de la ejecución de la pena, el Derecho Penal se orienta al principio de resocialización, que tiene rango constitucional al regularse en el artículo 25.2 de la Constitución española, y es por ello, por lo que goza de protección fundamental²³.

Por otro lado, respecto a la regulación del secreto de las comunicaciones, cabe destacar que, la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, plasma en la norma procesal la necesidad de que las medidas de investigación en los procedimientos penales que afectan a las comunicaciones y demás datos que se recaban por medio de las nuevas tecnologías, gocen de una correcta regulación al verse limitado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones proclamado en el artículo 18 de la Constitución española. Todo esto se debe a que la regulación anterior únicamente se refería a las intervenciones telefónicas, previstas en el artículo 579 Lecrim.

La Fiscalía General del Estado también se ha ocupado de la intervención de las comunicaciones y ha fijado criterios sobre estas cuestiones en diversos documentos: la Consulta nº 1/1999, de 22 de enero, sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones, la

²² Véase Fundamento Jurídico sexto de la STC 106/2001 de 23 de abril.

²³ JAVIER DE LEÓN VILLALBA, Francisco; *Derecho y prisiones hoy*. Universidad de Castilla La Mancha: Colección estudios, 2003, p. 51.

Circular nº 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales, la Circular nº 1/2013, de 11 de enero de 2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, dedicadas a orientar la actuación del Ministerio Fiscal. Por último, destacamos el informe elaborado por el Consejo Fiscal en fecha 23 de enero de 2015 al anteproyecto de ley orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

La reforma supone una transposición en el ordenamiento interno de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (modificación de los artículos 118, 509, 520 y 527 de la Lecrim y nuevo artículo 520 ter). Por primera vez, la legislación se adapta a las formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías. Entre las diversas medidas que se incluyen, se destacan las siguientes:

- Las medidas de intervención deberán responder al principio de especialidad en el sentido de que la actuación deberá tener por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiéndose las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva.
- Las medidas de investigación tecnológica deben satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.
- Se autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual.
- La solicitud policial de intervención deberá estar suficientemente motivada.
- Se establece un plazo de tres meses como duración máxima inicial de la intervención, plazo que es susceptible de ampliación y prórroga, hasta un máximo temporal de dieciocho meses.
- Para asegurar la autenticidad e integridad de los soportes puestos a disposición del juez, se impone la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica que garantice la información volcada desde el sistema central.

- No caben autorizaciones de captación y grabación de conversaciones orales de carácter general o indiscriminadas²⁴.

En definitiva, la nueva regulación prevista en la Lecrim pretende regular una serie de principios rectores y la normativa que debe regir la adopción de las medidas de investigación del proceso penal que afectan a los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, la intimidad personal y familiar y la protección de datos de carácter personal, regulados en el artículo 18 de la Constitución Española.

Volviendo al secreto de las comunicaciones, la limitación de las mismas, como medida restrictiva de derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el artículo 25.2 de la Constitución española, tiene que ser necesaria, idónea y proporcional, pues en otro caso el derecho se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva. Sin embargo, este derecho a las comunicaciones no es absoluto e ilimitado y los artículos 5 y 51.2 LOGP, el artículo 48.3 del Reglamento Penitenciario, en relación con el 43.1 del mismo texto normativo, así como el artículo 579 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante Lecrim²⁵, prevén expresamente la limitación de las comunicaciones orales y escritas en los casos de autorización judicial.

²⁴ Véase <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10551-contenido-y-novedades-de-la-reforma-de-la-lecrim-por-la-ley-organica-13-2015-y-por-la-ley-41-2015/>

²⁵ Artículo 5 LOGP: “El régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos”; artículo 51.2 LOGP: “Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”; artículo 48.3 Reglamento penitenciario: “Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial”; artículo 43.1 Reglamento penitenciario: “Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos”; artículo 579.1 Lecrim: “El juez podrá acordar la detención

Con carácter general, el artículo 51.1 de la LOGP reconoce el derecho de los internos a comunicar sin más restricciones en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento. GARCÍA VALDÉS al comentar dicho precepto señala que: “... *el precepto es tajante en reservar los supuestos de incomunicación a la autoridad judicial, única que puede acordarla; ello quiere decir que cualquiera que sea el grado de tratamiento penitenciario que tuviera asignado el recluso, incluido el estar destinado a un establecimiento o departamento especial de régimen cerrado, no se le puede privar de este derecho; cosa distinta es que en este último caso se restrinjan o limiten a los familiares y se puedan intervenir. De igual manera, no sería legal el no permitir comunicar verbalmente o por escrito a los sancionados con sus familiares*”.

Existe un régimen especial de comunicaciones de los internos con sus abogados y procuradores sujeto a unas condiciones para su realización:

- a) El abogado o procurador deberá proporcionar la acreditación mediante el carnet profesional.
- b) El abogado o procurador presentará un volante de su respectivo Colegio donde se haga constar su condición de representante del interno. En supuestos de terrorismo o bandas armadas el volante deberá ir expedido por la autoridad judicial.
- c) Se registrarán las comunicaciones por orden cronológico en el Libro correspondiente.
- d) Las visitas se celebrarán en locutorios especiales en donde el control por parte del funcionario de prisiones sea visual.
- e) Las intervenciones o suspensiones de las comunicaciones no podrán acordarse por decisión administrativa. Solo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial.
- f) Este régimen se prevé para el interno y su letrado por la causa que lo ha llevado a prisión²⁶.

de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos (...)”.

²⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; PÉREZ CEPEDA, Ana; SANZ MULAS, Nieves y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; *Manual de Derecho Penitenciario*. Universidad de Salamanca: Colex, 2001, p. 268.

3.3 EL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.

El punto de partida en el examen de los deberes del abogado respecto a su cliente, conocido como el derecho-deber de secreto profesional, se sitúa en el artículo 1 del Estatuto General de la Abogacía Española, en adelante EGAE, que establece que: “*La abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia*”. No obstante, este artículo únicamente indica en qué consiste la profesión de abogado, sin señalar en qué tipo contractual encuentra cabida la relación abogado-cliente, siendo las notas características de dicha relación la confianza o “*fiducia*” y el “*intuitu personae*”, es decir, la confianza sobre una persona concreta y determinada. Respecto a la calificación jurídica de la intervención del abogado en el proceso judicial, en principio, cabría la posibilidad de entender que estamos, o bien ante un contrato de servicios (artículos 1583 y ss. del Código civil), un contrato de mandato (artículos 1709 y ss. del Código civil) o un contrato atípico; debido, fundamentalmente, a la dificultad a la hora de diferenciar entre arrendamiento de servicios y mandato.

Partiendo del Derecho Romano, el arrendamiento de servicios se utilizaba para trabajos manuales, a cambio del cual se obtenía una merced (*mercennarius*) o bien el servicio se llevaba a cabo por esclavos, sin merced alguna. Por otro lado, las ocupaciones intelectuales tenían un carácter tan privilegiado que solo podían ser objeto de mandato²⁷. De ahí que los abogados no percibieran un salario como contraprestación a los servicios prestados, sino que percibían unos honorarios. Actualmente, se reconoce que todo ejercicio derivado de una profesión debe llevar aparejado una remuneración, por lo que la situación respecto a la prestación del abogado ha cambiado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ya que ambas sostienen que dicha relación abogado-cliente corresponde al arrendamiento de servicios. No obstante, como señala CRESPO MORA, en su libro *La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil*, “*dicha conclusión no se halla exenta de críticas, debidas básicamente a la parca regulación de la figura del arrendamiento de servicios en el Código*

²⁷ALONSO PÉREZ, M^a Teresa; *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*. 1^a ed. Barcelona: José María Bosch, 1997, p. 61.

civil, porque, en primer lugar, los citados artículos parecen regular únicamente los servicios prestados en régimen de dependencia o por cuenta ajena. En segundo lugar, porque los preceptos del Código civil que regulan esa institución no mencionan de forma expresa los servicios prestados por profesionales liberales. En tercer lugar, los artículos 1583 a 1587 del Código civil han sido derogados tácitamente por la normativa laboral, por lo que la doctrina considera vigentes únicamente los artículos 1583 y 1587 del Código civil. Asimismo, alguno de dichos preceptos choca con la sensibilidad actual, por ejemplo, el artículo 1584 del Código civil: “El amo será creído, salvo prueba en contrario (...)”.

A pesar de lo expuesto, la jurisprudencia actual entiende que la relación abogado-cliente es la correspondiente al arrendamiento de servicios, en el sentido de que el abogado ofrece, por regla general, una prestación de medios, pero no de resultado. En este sentido se pronuncian diversas sentencias, entre las que destacamos el Fundamento Jurídico cuarto de la STS 482/2006, de 23 de mayo, que establece que “La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos, salvo muy concretas excepciones, de contrato de prestación de servicios, que define el artículo 1544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación personal “intuitu personae” incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional (sentencia de 28 de enero de 1998)”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS 283/2014, de 20 de mayo, en su Fundamento Juicio tercero, al exponer que “Como recuerda la jurisprudencia (entre las más recientes, STS de 5 de junio de 2013, rec. nº 301/2010 y las que en ella se citan), la relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato. (...) En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual”.

3.3.1 DEBER DE SECRETO PROFESIONAL.

El respeto y cumplimiento del deber de secreto profesional encuentra su base en el artículo 542.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; artículo que señala que “*Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos*”. Este artículo es refrendado a su vez por el EGAE en su artículo 32.

El fundamento del secreto profesional es una exigencia del Estado de Derecho que tiene un doble objetivo: por un lado proteger a cualquier persona que precise de la asistencia de un abogado para defender sus derechos y libertades y, por otro lado, garantizar una justa y adecuada administración de justicia, de manera que el mismo sirve no solo a un interés privado sino también lo exige el interés general y, por ello, se configura como un derecho y deber fundamental primordial del abogado, quien debe respetar el secreto de cualquier información confidencial transmitida a él por su cliente, se refiera al mismo o a terceros²⁸.

El abogado asume frente al cliente no solo la realización del encargo profesional sino otros deberes accesorios, entre los que destacamos, el de informar a su cliente, darle consejo, guardar el secreto profesional, cumplir con sus instrucciones (respetando una serie de límites) y finalmente custodiar los documentos entregados por el cliente. Todas estas prestaciones accesorias se encuentran previstas en la legislación deontológica y, por tanto, no suelen incluirse dentro del contrato que pueda vincular al abogado con su cliente. No obstante, su vulneración podría implicar responsabilidad contractual frente al cliente ya que, a pesar de considerarse prestaciones accesorias, deben formar parte del contrato, al ser de aplicación el artículo 1258 del Código civil, precepto el cual establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Centrándonos en el deber de guardar el secreto profesional, entre los diversos deberes accesorios que se derivan del contrato que vincula al abogado con su cliente, el mismo llega a ser

²⁸ BARBERÁN MOLINA, Pascual. *Manual práctico del abogado. Estrategias y tácticas procesales. Práctica jurídica*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 84.

considerado como la piedra angular del ejercicio de la abogacía²⁹ y es definido por la Real Academia Española como “*el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como médicos, abogados, notarios, etcétera, de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión*”.³⁰ No obstante, la legislación española contempla el secreto profesional como un deber del abogado pero también como un derecho; respondiendo dicha dualidad a la relación de confianza entre abogado y cliente o en el interés general que rige la institución de la abogacía.

SOLDADO GUTIÉRREZ, en su libro “*El secreto profesional del abogado*”, plantea que el deber de guardar secreto se halla fundamentado en una triple vertiente, consistente en el derecho a la intimidad del cliente y de terceros (artículo 18 de la Constitución española), el derecho de defensa del cliente (artículo 24 de la Constitución española) y la función social de la abogacía (artículo 1 de la Constitución española). Habida cuenta de los fundamentos indicados se plantea la opción de si el secreto profesional puede considerarse como un derecho fundamental *per se*, o bien un derecho íntimamente ligado a otro derecho fundamental, viéndose por tanto amparado por la protección que a tales derechos brinda el ordenamiento jurídico.

MICHAVILA NÚÑEZ, en su libro “*El Derecho al secreto profesional y el artículo 24 de la Constitución: una visión unitaria de la institución*”, indica que el iter parlamentario del segundo párrafo del número 2 del artículo 24 de la Constitución española, en relación al secreto profesional, se inició con la enmienda número 990, presentada por el Senado por el Grupo de Senadores Vascos con fecha 7 de julio de 1978 en la que se proponía añadir al final del apartado 2 del artículo 24 que “*Nadie estará obligado a confesar un hecho que pueda causar perjuicio a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, ni cuando los hechos hayan sido conocidos en virtud del secreto profesional*” y justificaban la enmienda en los siguientes términos: “*corresponde a la necesidad de consagrar constitucionalmente este derecho que ya viene recogido en los artículos 416 y 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”.

La enmienda fue incorporada al proyecto y su redacción final fue elaborada por la Comisión Mixta del Congreso-Senado, siendo actualmente la redacción del artículo 24.2.2º de la Constitución

²⁹ Véase el Fundamento Jurídico sexto de la STS de 3 de marzo de 2003, número de recurso 496/2001: recurso contra el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

³⁰ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, Madrid, 1984, Tomo II, página 1227.

española de la siguiente manera: *“La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”*. No obstante, no basta con este argumento para sostener el hecho de que la Constitución española consagra el derecho al secreto profesional, sino que se debe acudir a la jurisprudencia constitucional. En este sentido, citamos a STC 6/1988, de 21 de enero, donde se indica en el Fundamento Jurídico sexto que: *“El recurrente -ésta es la primera advertencia- no utilizó o difundió indebidamente datos o asuntos de los solo que tuviera conocimiento por razón del trabajo, ni quebrantó el secreto profesional, contravenciones éstas que, desde luego, nunca podrían legitimarse esgrimiendo una libertad de información que no existe, por definición, para comunicar o difundir datos que corresponden a la actividad y al tráfico ordinarios y regulares de la Empresa, datos que pueden quedar lícitamente sustraídos al conocimiento público -y así ha de respetarlo el trabajador- por más relevante que pudiera pretenderse fueran para terceros”*. Resultando aquí interesante que en un supuesto de colisión entre los artículos 18 y 24 de la Constitución española (derecho a la información y secreto profesional), el Tribunal Constitucional prima y hace prevalecer el secreto profesional.

De igual modo es interesante traer a colación la SAP (Sección Primera de lo Penal) de las Palmas de 12 de noviembre de 2001 (ARP 2001/881), en cuyos Fundamentos Jurídicos cuarto y quinto se establece que el secreto profesional se halla íntimamente ligado a los artículos 18 y 24 de la Constitución española, y que la vulneración del secreto profesional, violentando el derecho fundamental a la defensa del cliente, constituye prueba ilícita (en similares términos, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998/1663), Fundamento Jurídico segundo; y la SAP Segovia, de 24 de febrero de 2000 (AC 2001/180), Fundamento Jurídico cuarto, que indica que el secreto profesional recibe su reconocimiento genérico en el artículo 24 de la Constitución española, remitiendo su desarrollo legislativo a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). En definitiva, podemos situar el secreto profesional en los artículos 18 y 24 de la Constitución española (derecho a la intimidad del cliente o de un tercero y derecho de defensa del cliente).

Concretamente, el artículo 24.1 de la Constitución española prevé que todos tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso se produzca indefensión y a la defensa y asistencia de Letrado; recibiendo esta exigencia constitucional la denominación de capacidad de postulación (artículo 31.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), cuya finalidad última es evitar situaciones de indefensión. Ahora bien, el

derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española) presenta una especial trascendencia para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación.

La defensa está establecida en beneficio de las partes para facilitarles el camino a la justicia, pero también para auxiliar a los Tribunales. De ahí que el artículo 30 EGAE disponga la obligación de los abogados de colaborar con la justicia: *“El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la Abogacía se halla vinculada”*.

Frente a la obligación de colaboración de los abogados con la justicia figura también la de secreto profesional, de celo y de diligencia en la defensa que le sea encomendada (artículo 42 EGAE). Estos deberes se plasman mediante el reconocimiento a los imputados en una causa criminal, de su derecho a reservarse las comunicaciones y entrevistas con los letrados encargados de su defensa³¹.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido, en sentencia de 18 de mayo de 1982, el secreto a la correspondencia profesional, en especial, entre abogados y sus clientes; así como el Tribunal Europeo de Derechos humanos, por medio de la sentencia de 15 de noviembre de 1996; configurando la confidencialidad de las relaciones profesionales de un abogado con su cliente como una manifestación básica del derecho de defensa³² y es que, el acceso por parte del órgano

³¹ Véase el artículo 263 Lecrim el cual establece que la obligación de presentar denuncia no comprenderá a los abogados ni a los procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieron de sus clientes. Asimismo, los artículos 416.2 y 707 Lecrim dispensan al abogado el deber general de declarar, tanto en el sumario como en el juicio oral, sobre los hechos que el procesado le hubiere confiado en su calidad de defensor. En la misma línea, el artículo 542.3 LOPJ dispone que los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos; recogiendo una disposición idéntica el artículo 42.1 EGAE.

³² La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante STEDH, de 25 de marzo de 1998 (caso Koop), entiende que la confidencialidad de las relaciones entre un abogado y sus clientes afecta directamente a los derechos de la defensa y también declara protegidas por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos las llamadas telefónicas al Despacho de Abogados. Este último artículo dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Mas recientemente, la STEDH de 1 de octubre de 2009 (Caso Tsonyo

jurisdiccional a las conversaciones con el abogado, le permite conocer de las estrategias de defensa del cliente; viéndose así afectado unos de los principios básicos de la estructura del proceso: la igualdad de armas.

De lo hasta aquí expuesto se deduce que, en el caso de las comunicaciones entre el cliente con su abogado, junto al secreto formal de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución española, concurre otro secreto de naturaleza material: el secreto profesional; por lo que no es lícito intervenir el teléfono del abogado, salvo en los supuestos en los que este profesional deba ser considerado también imputado como autor principal o partícipe. En este sentido, tal y como plantea FERNÁNDEZ ESPINAR en su libro *“El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”* ya no se trataría de una relación profesional abogado-cliente, sino de amparar, proteger o favorecer una actividad delictiva (STS 2026/2001, de 28 de noviembre, Fundamento Jurídico sexto, apartado 9º).

3.4 SUSPENSIÓN O INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.

La STC 73/83, de 30 de julio, en su Fundamento Jurídico séptimo, establecía que, las comunicaciones de los internos reguladas en el artículo 51.2 LOGP, solo pueden ser suspendidas o intervenidas por orden de la Autoridad Judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podrá acordar tal suspensión o intervención el Director del Centro, dando cuenta a la Autoridad Judicial competente.

Sin embargo, posteriormente, en STC 183/1994, de 20 de junio; la STC 197/1994 de 4 de julio y, más reciente, la STC 200/1997, de 24 de noviembre, se mantiene que este tipo de comunicaciones siempre requerirá, para su suspensión o intervención, previa orden expresa de la Autoridad Judicial, excluyéndose la iniciativa administrativa por ser incompatible con la protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. El contenido de esta sentencia distingue entre dos tipos de comunicaciones: las comunicaciones generales entre el interno y determinadas personas (artículo 51.1 LOGP) y las comunicaciones especiales entre el recluso y su abogado (artículo 51.2 LOGP).

Tsonev contra Bulgaria) recuerda que la correspondencia con un abogado, cualquiera que sea su finalidad, goza de un estatus privilegiado al amparo del artículo 8 del Convenio.

Las primeras se someten al régimen general del artículo 51.5 LOGP y, por lo tanto, es competencia del Director del centro penitenciario, la suspensión e intervención de dichas comunicaciones por razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento. Ahora bien, tiene que acreditarse el nexo causal entre la visita y el cuestionamiento del orden o la seguridad, pues de lo contrario no es ajustada a derecho (AAP Madrid, Sección 5ª, 4242/2007, de 30 de octubre). En cualquier caso, se debe respetar al máximo la intimidad de los presos y no se podrán restringir las comunicaciones con el exterior cuando la persona esté cumpliendo una sanción de aislamiento. Esta cuestión carece de regulación; no obstante, el legislador eliminó la referencia a que la comunicación durara entre 5 y 10 minutos; no pudiendo hacerse una interpretación analógica *contra legem* de una medida restrictiva de derechos (AAP Granada 17/1997).

Las segundas (artículo 51.2 LOGP: “*Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor (...) no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*”), encuentran su justificación en las necesidades de la instrucción penal; siendo, por tanto, la Administración penitenciaria, totalmente ajena a esta cuestión.

Este razonamiento encuentra su origen en el Auto del Tribunal Supremo causa especial 20716/2009, abierta contra el Magistrado D. Baltasar Garzón, de fecha 19 de octubre de 2010, ponente: Excelentísimo Sr. Alberto Jorge Barreiro. En dicha resolución judicial, se da la razón al Ministerio Fiscal al entender aplicable el artículo 51.2 LOGP al ámbito estrictamente penitenciario, por lo que la intervención de las comunicaciones del interno no podría equipararse a una medida de investigación adoptada en un procedimiento penal (ex artículo 579 Lecrim). De tal manera que no será exigible el cumplimiento de la exigencia de notificación al interno de la intervención de sus comunicaciones orales y escritas, impuesta por los artículos 43.1 y 46.5 del Reglamento penitenciario ya que esta exigencia constata que esas intervenciones de las comunicaciones del interno dentro del régimen penitenciario tienen fines preventivos relacionados con el buen orden y la seguridad del centro penitenciario, pero no con una investigación criminal. El propio Tribunal Constitucional (SSTC 200/1997, 193/2002 y 194/2002) ha exigido, que cuando las medidas de intervención de las comunicaciones a los internos tengan por objeto la investigación delictiva, deberán ser acordadas por el Juez de Instrucción. Además, es evidente que los abogados no pueden ostentar una inmunidad plena a investigaciones criminales cuando los mismos están implicados junto al recluso. Por ello, el Auto del TS de 19 de octubre de 2010 dice que: “*En otro orden de cosas, tampoco resulta razonable que un precepto cuyo objetivo es, en principio, regular las comunicaciones de los internos desde la*

perspectiva del orden y la seguridad de los centros penitenciarios, se aplique como instrumento jurídico a modo de blindaje de cualquier acción punible de un letrado con motivo de la asistencia a un preso en el locutorio de un centro penitenciario, estableciendo así lo que algún autor ha denominado “privilegio de toga” no cabe descartar supuestos extraordinarios en que concurren indicios sólidos de que se está instrumentalizando el derecho de defensa para planificar y perpetrar graves conductas delictivas, en cuyo caso habría que acudir también a medidas extraordinarias que atendieran al supuesto suscitado” (párrafo séptimo del Fundamento Jurídico tercero).

El tema de que la suspensión e intervención de las comunicaciones con abogados y procuradores sea competencia exclusiva de la autoridad judicial está muy vinculado a las intervenciones en las comunicaciones de abogados con internos de la banda terrorista ETA, al sospecharse que aquellos llevaban y traían información entre los distintos miembros de la organización. El interés por la seguridad nacional parecía motivo suficiente para que la Administración Penitenciaria estableciera un sistema de grabación oculto en los locutorios. No obstante, dado que está en juego el derecho fundamental a la intimidad y las garantías del derecho de defensa, estas restricciones deberían efectuarse siempre por medio de la autoridad judicial. Respecto a esta cuestión, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en relación a los criterios generales que rigen las restricciones a los derechos fundamentales. En STC 200/1997 se establecen los siguientes criterios: *a) Los derechos fundamentales no están configurados con carácter absoluto, b) La adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones exige tres juicios paralelos: primero, de idoneidad, esto es adecuación de la medida al fin propuesto; segundo, necesidad, que la medida sea la menos gravosa; tercero, proporcionalidad, o ponderación del sacrificio de los derechos del interno en aras de un interés general mayor y c) Las resoluciones adoptadas restrictivas de las comunicaciones tendrán que ser motivadas*³³.

Atendiendo a lo expuesto y ciñéndonos a la “*estricta perspectiva penitenciaria*” del artículo 51 LOGP, las SSTC 183/1994 y 58/1998 sientan la doctrina de que los dos requisitos del artículo 51.2: “*orden de la autoridad judicial*” y “*en los supuestos de terrorismo*” para la intervención de las comunicaciones entre los internos y sus abogados y procuradores, deben ser interpretados como

³³ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; PÉREZ CEPEDA, Ana; SANZ MULAS, Nieves y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; *Manual de Derecho Penitenciario*. Universidad de Salamanca: Colex, 2001, pp. 268 y ss.

acumulativos y no como alternativos (Fundamento Jurídico segundo de la STC 58/1998 de 16 de marzo y Fundamento Jurídico cuarto de la STC 183/1994)³⁴.

3.5 PRESUPUESTOS PARA LA SUSPENSIÓN O INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.

Las comunicaciones en el ámbito penitenciario pueden quedar sometidas a restricciones por razones de seguridad, de orden y en interés del tratamiento. Ahora bien, como señalamos con anterioridad, deberá acreditarse el nexo causal entre la visita y el cuestionamiento del orden o la seguridad (AAP Madrid, Sección 5ª, 4242/2007, de 30 de octubre).

Los acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas (las celebradas entre internos y sus familiares, amigos o representantes de organismos internacionales e instituciones de cooperación penitenciaria) deberán cumplir una serie de requisitos. Junto con la exigencia de motivación, de dar cuenta a la autoridad competente y de notificar al interno afectado tal restricción,³⁵ artículos 43.1 y 46.5 del Reglamento penitenciario, señalamos jurisprudencia asentada por el Tribunal Constitucional mediante la cual se establece la necesidad establecer un límite temporal, en concreto: Fundamento Jurídico cuarto de la STC 128/1997, de 14 de julio; los Fundamentos Jurídicos tercero y cuarto de la STC 175/1997, de 27 de octubre; el Fundamento Jurídico tercero de la STC 200/1997, de 24 de noviembre; el Fundamento Jurídico quinto de la STC 188/1999, de 25 de octubre y el

³⁴ MIR PUIG, Carlos; *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. 1ª ed, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2001, p. 160.

³⁵ Véase artículo 43.1 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario: “Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos” y artículo 46.5 del mismo texto legal: “En los casos en que, por razones de seguridad, del buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento, el Director acuerde la intervención de las comunicaciones escritas, esta decisión se comunicará a los internos afectados y también a la autoridad judicial de que dependa si se trata de detenidos o presos, o al Juez de Vigilancia si se trata de penados. Cuando el idioma utilizado no pueda ser traducido en el establecimiento, se remitirá el escrito al centro directivo para su traducción y curso posterior”.

Fundamento Jurídico tercero de la STC 175/2000, de 26 de junio. Señalamos también el Fundamento Jurídico cuarto de la STC 200/1997, de 24 de noviembre, el cual establece, en relación al requisito de la comunicación de la medida de intervención, que la notificación al interno en nada frustra la finalidad perseguida, ya que la intervención tiene fines únicamente preventivos y no de investigación de posibles actividades delictivas para lo cual se requeriría la previa autorización judicial.

3.5.1 MOTIVACIÓN.

Una resolución se considerará suficientemente motivada, cuando, además de la mera comunicación al recluso y de la cita genérica de un precepto reglamentario, se dicte la resolución con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, así como las razones materiales o indicios objetivos que han llevado a ello y cuál de las razones aconsejan adoptar una medida tan drástica como la de intervenir las comunicaciones.

La exigencia de motivar la restricción del derecho a las comunicaciones, de no estar prevista en el artículo 51.5 LOGP, su concurrencia vendría exigida por la propia Constitución española siendo su ausencia e insuficiencia una afección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución española).

La motivación atenderá, en primer lugar, a la finalidad perseguida: seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento y, en segundo lugar, a las circunstancias que permiten determinar que la intervención es adecuada atendiendo a la finalidad perseguida. No obstante, individualizar no significa necesariamente destacar rasgos que concurren exclusivamente en el recluso afectado ya que podrá tratarse de una serie de rasgos comunes de un colectivo. Lo que sí deberá individualizarse será la circunstancia que motive la intervención de la medida con la finalidad de que el Auto contenga datos necesarios para llevar a cabo el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad por parte del afectado y posteriormente de los órganos judiciales³⁶. Es importante aquí hacer referencia a la adopción de la medida atendiendo al grado de tratamiento. En virtud del Fundamento Jurídico sexto de la STC 175/1997, de 27 de octubre: *“El hecho de que el recluso se encontrara en primer grado de tratamiento y a su vez en su primera fase FIES-1 (Fichero de Internos*

³⁶ MONTERO HERNANZ, Tomás Montero; *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. 1ª ed. Madrid: La ley, grupo Wolters Kluwer, 2012, p. 155.

de Especial Seguimiento) no es capaz de justificar la medida, por las razones que ya expresamos en la STC 170/1996, de 29 de octubre: la intervención de las comunicaciones de un recluso debe tener un carácter individualizado y excepcional y ha de constituir una respuesta a peligros concretos que efectivamente puedan incidir negativamente en el buen orden y seguridad del establecimiento, lo que se deriva del propio tenor literal del artículo 51.1 LOGP; la adopción de la medida de manera sistemática y para un sector de la población reclusa en atención a su grado de tratamiento no se adecúa a dicho precepto ni es, por tanto, conforme con el derecho fundamental. Por otro lado, la referencia a la peligrosidad del recurrente no viene avalada por hechos ya acaecidos o por riesgos previsible racionalmente en el futuro que la pudieran fundamentar, pues no se explica por qué es peligroso el recurrente. Asimismo, la cita de la normativa aplicable incluida en el Auto no constituye auténtica motivación, pues la motivación ha de partir necesariamente de una norma existente y, sobre tal base, persigue, entre otros objetivos, demostrar que se entiende cumplido fácticamente el supuesto de hecho de tal norma. Por último, hay que insistir en que la decisión judicial en cuestión no dice nada acerca de la duración de la medida”.

De lo contrario, estaríamos ante un intento de dar cobertura a un incumplimiento material de las obligaciones con los administrados, en este caso reclusos³⁷. En definitiva, no será suficiente con la motivación basada en lograr un mejor control y un conocimiento más individualizado sobre el recluso, ya que, pasado un tiempo, la intervención ya no quedaría legitimada desde un punto de vista constitucional, del mismo modo que “el mejor control” podría vincularse a razones de seguridad general, pero estas no bastan, siendo precisa la existencia de razones concretas de seguridad (Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca de 31 de marzo de 1999).

La motivación deberá incluir la finalidad perseguida, así como expresar qué circunstancias permiten concluir que la limitación resulta adecuada. No se exige una motivación única y exclusiva para cada interno, sino que basta con atender a características comunes que se puedan englobar en un determinado grupo (por ejemplo, penados o preventivos)³⁸.

³⁷ BUENO ARÚS, Francisco; *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia*. Doctrina. 1ª ed. Madrid: Colex, 2005, p. 466.

³⁸ *Jurisprudencia Penitenciaria 2005*. 1ª ed.: Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2006, p. 154.

En definitiva, en virtud del contenido de los artículos 51.1 y 5 LOGP, el acuerdo de restricción de las comunicaciones debe notificarse de forma motivada e inmediata al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. No obstante, se permite que la intervención la realice la Administración penitenciaria dando cuenta posteriormente al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. A este respecto, señalamos la STC 106/2001, de 23 de abril; la cual establece que el acuerdo de intervención de la correspondencia escrita debe comunicarse al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, pues si no se especifica el ámbito material del acuerdo y la autoridad no dicta resolución motivada al respecto, el amparo debe concederse. Todo esto se deduce del contenido de los artículos 76.1 y 2 g) LOGP, conforme a los cuales le corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la salvaguarda de los derechos fundamentales de los internos que cumplen condena; llegando a la misma conclusión el artículo 106.1 de la Constitución española, por el que la Administración, también la penitenciaria, está sujeta al control judicial de la legalidad de su actuación.

Cabe concluir, que si el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se limitase a la simple recepción de la comunicación y adoptase una actitud meramente pasiva ante la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución española), no estaría dispensando la protección de la forma exigida por la LOGP. En este sentido, la AP de León, Sección 2ª, declara nulo el acuerdo de intervención en el que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se limitó, y nada menos que por providencia, a tener por recibida la comunicación de intervención de las comunicaciones remitidas por el centro penitenciario (AAP León, Sección 2ª, 125/2006, de 29 de junio)³⁹.

3.5.2 PROPORCIONALIDAD.

La STC 200/1997, de 24 de noviembre, en su Fundamento Jurídico tercero, así como la STC 188/1999, de 25 de octubre, en su Fundamento Jurídico quinto, plasman la necesidad de que la comunicación de la medida adoptada por la autoridad judicial sea inmediata con la finalidad de que se ratifique, anule o subsane la decisión administrativa, ejerciendo, por tanto, su facultad revisora en materia de limitación de derechos fundamentales. Esto garantizaría un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado a posteriori mediante una resolución motivada (Fundamento Jurídico tercero

³⁹ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*. 7ª ed. Madrid: Colex, 2014, pp. 303 y ss.

de la STC 175/1997, de 27 de octubre). Se exige, además, que la intervención se adecue a la exigencia constitucional de la proporcionalidad. Ello supone: que sea idónea, es decir, que la medida sea adecuada al fin decidido; que sea necesaria y por tanto no sea posible acudir a otro medio menos gravoso que la limitación de un derecho fundamental y que sea proporcional en sentido estricto, existiendo una ponderación entre los beneficios para el interés general y los perjuicios sobre otros valores o bienes en conflicto⁴⁰.

Destacamos aquí el contenido del artículo 588 bis a) quinto Lecrim, que establece que las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

3.5.3 LIMITACIÓN TEMPORAL.

En relación al límite temporal de la medida de intervención, el mantenimiento de una medida restrictiva de derechos más allá del tiempo estrictamente necesario podría lesionar el derecho afectado. En este sentido, los artículos 51 y 10.3 LOGP y 41 y siguientes del Reglamento penitenciario fijan la exigencia del levantamiento de la medida en el momento en que deje de ser necesaria por cesación de la circunstancia que justificó su adopción.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictó dos sentencias, ambas de fecha 15 de noviembre de 1996, asunto *Dominichine* y asunto *Calogero Diana*, relativas a la intervención de las comunicaciones de reclusos. En ambas se tiene en consideración la duración de la medida y las razones que la pueden justificar; estando, por tanto, el ámbito temporal ligado al requisito de la proporcionalidad, pues la adopción de una medida de estas características sin límite no es capaz de justificar su idoneidad para el fin perseguido (STC 175/1997). Esta medida debe levantarse en el momento en que deje de ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron

⁴⁰ BUENO ARÚS, Francisco; *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia*. Doctrina. 1ª ed. Madrid: Colex, 2005, p. 466.

(razones de seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento). En caso de ampliación o prórroga se deberán motivar las razones por las cuales esa renovación o prórroga resulta necesaria, pues de lo contrario, la restricción de los derechos fundamentales del interno podría perpetuarse de forma indefinida (AAP Cuenca, de 31 de marzo de 1999). El Tribunal Constitucional, a través de un gran número de sentencias, fija la necesidad de que, al adoptarse la intervención de las comunicaciones, se determine el periodo de su vigencia temporal, aunque para ello no sea necesario concretar una fecha de finalización, sino que la misma podrá depender de la desaparición de la condición que motivó su adopción (STC 170/1996, de 29 de octubre; STC 175/1997, de 27 de octubre; ATC 54/1999, de 8 de marzo, etc.).

Si la intervención no cesa, hay que solicitar al Director del centro penitenciario que deje sin efecto la medida o que señale un plazo temporal. De no acceder el Director, acudiremos al Juez de Vigilancia Penitenciaria mediante un escrito de queja. En caso de denegación de la petición recurriremos en apelación ante la Audiencia Provincial. Y si se deniega este, hay que interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Será fundamental que desde el primer recurso interpuesto se haga alusión a la vulneración del derecho fundamental a la libertad de comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución española; encontrando esto su fundamento en las STC 278/2000, de 27 de noviembre y 19/2001, de 29 de enero; donde se establece que *“las alegaciones de vulneración de derechos fundamentales se tienen que hacer en los procesos judiciales previos para que puedan corregir su actuación, bien para ofrecer las razones de su rechazo o proceder a su subsanación”*.⁴¹

3.5.4 NOTIFICACIÓN.

Tal y como se menciona anteriormente, cuando no se cumplan todos los requisitos expuestos (motivación, proporcionalidad y limitación temporal) se podrá recurrir en queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, posteriormente en reforma ante el mismo; después en apelación ante la

⁴¹ BUENO ARÚS, Francisco; *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia*. Doctrina. 1ª ed. Madrid: Colex, 2005, p. 467.

Audiencia Provincial y si se desestima, en amparo ante el Tribunal Constitucional. Si este órgano también desestima el recurso, acudiremos al Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo⁴².

Del mismo modo, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria salvaguardar los derechos fundamentales de los internos que cumplen condena (artículos 76.1 y 2 g) y 94.1 en relación al artículo 51.5 LOGP) así como a la Administración Penitenciaria, que estará sujeta a control judicial de la legalidad de sus actuaciones (artículo 106.1 de la Constitución española). A esto hay que añadir la posibilidad de que el recluso se ponga en comunicación con ciudadanos libres a los que también afecta el acto administrativo de intervención⁴³.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria ejerce, por tanto, plena competencia revisora sobre la restricción de los derechos fundamentales siendo su intervención una auténtica garantía al pretenderse que el control a posteriori no tenga lugar únicamente en el caso de que el interno afectado recurra la intervención, pues al Juez de Vigilancia Penitenciaria le corresponde la salvaguarda de los derechos de los internos y el control de legalidad de la actuación administrativa conforme al artículo 106.1 de la Constitución española. El comportamiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria no se limita al momento en que se comunica el acuerdo mediante el cual se interviene la medida, sino que se prolonga durante toda la vigencia de esta. No obstante, el hecho de que la comunicación de la intervención al juez se haga a posteriori, aunque sea inmediatamente, podría no ser acorde con las garantías que deben prevalecer en un Estado de Derecho⁴⁴.

3.6 COMUNICACIONES EN RÉGIMEN DE AISLAMIENTO.

El régimen disciplinario encuentra su fundamento en la realización de conductas prohibidas dentro de la cárcel y a las que se cometan en las conducciones o salidas autorizadas (artículo 231.1 del

⁴² RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*. 7ª ed. Madrid: Colex, 2014, p. 307.

⁴³ MONTERO HERNANZ, Tomás Montero; *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. 1ª ed. Madrid: La ley, grupo Wolters Kluwer, 2012, p. 153.

⁴⁴ BUENO ARÚS, Francisco; *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia*. Doctrina. 1ª ed. Madrid: Colex, 2005, p. 465.

Reglamento penitenciario), así como en las sanciones previstas para los casos en que aquellas se realicen. Se aplica a las personas penadas y a los presos preventivos salvo a los enfermos mientras no hayan sido dados de alta (artículo 254.2 del Reglamento penitenciario), a mujeres embarazadas o gestantes hasta 6 meses después de la terminación del embarazo o madres lactantes con hijos (artículo 243.3 del Reglamento penitenciario) o se aplique sobre personas que se encuentren ingresadas en centros psiquiátricos (artículo 188 del Reglamento penitenciario).

En cualquier caso, el régimen disciplinario persigue la seguridad y la convivencia ordenada en la prisión (artículo 41.1 LOGP) por lo que solo podrá intervenir cuando sea estrictamente necesario para el mantenimiento del orden dentro de la cárcel. En este sentido, el principio de intervención mínima y el principio de proporcionalidad adquieren una importancia esencial. No obstante, a pesar de que el principio de proporcionalidad se fundamenta en la imprescindibilidad de la medida, la necesidad de conocer el grado de perjudicialidad y dañosidad y la concordancia de la sanción y la importancia del objetivo que la justifica, es difícil que determinadas normas pudieran cumplir estas exigencias atendiendo al fin que persigue la legalidad disciplinaria (“*garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada*”, artículo 41.1 LOGP).

Nos interesa aquí comentar, entre todas las sanciones disciplinarias del artículo (233 del Reglamento penitenciario), la sanción de aislamiento; la cual consiste en estar encerrado en una celda durante veintidós horas al día, pudiendo solo disfrutar el sancionado de dos horas de patio en solitario y no pudiendo recibir paquetes del exterior, ni adquirir productos del economato, salvo los autorizados expresamente por el Director del centro (artículo 254.5º del Reglamento penitenciario). Entre todas las cuestiones que se pueden comentar de esa sanción, es importante destacar la posibilidad de que el recluso sancionado tendrá derecho a comunicaciones especiales y, a pesar de que algunas resoluciones de la Administración penitenciaria niegan que un preso sancionado con aislamiento pueda tener comunicaciones especiales, esta interpretación es ilegal.⁴⁵

El artículo 41 del Reglamento penitenciario prevé la posibilidad de que puedan restringir las comunicaciones por razones de seguridad, de interés del tratamiento o del buen orden del centro, pero no existe norma similar para las comunicaciones especiales y ello no justifica autorizar o limitar la

⁴⁵ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*. 7ª ed. Madrid: Colex, 2014, pp. 333 y ss.

comunicación. A este respecto, el artículo 254.5º del Reglamento penitenciario describe como se cumplen las sanciones de aislamiento: *“El recluso internado en celda disfrutará de dos horas diarias de paseo en solitario y, durante el cumplimiento de la sanción, no podrá recibir paquetes del exterior ni adquirir productos del Economato, salvo los autorizados expresamente por el Director”*. De esta descripción no puede deducirse que también queden limitadas las comunicaciones porque hablaríamos de una interpretación *“contra legem”* y, por tanto, perjudicial para el preso (AAP Jaén 85/1997, de 25 de junio). Incluso, *“dado que el sistema restrictivo que ha de prevalecer en todo procedimiento sancionador, carece de fundamento que el cumplimiento de la impuesta al interno deba ir acompañada de la restricción de un derecho a la comunicación no prevista legalmente”* (AAP Granada, rollo de apelación 17/1997). En el mismo sentido, la AAP Madrid, Sección 5ª, 553/2011, de 7 de febrero al especificar que no resulta ajustado a derecho añadir *“al aislamiento otras restricciones o prohibiciones que supongan por vía directa o indirecta un agravamiento o endurecimiento de la sanción, de modo que si el interno no llegó a gozar de la comunicación “vis a vis” previamente aprobada, se le causó un perjuicio indebido, que solo puede ser reparado mediante la autorización de una nueva comunicación de idénticas características a la anulada”*.

IV. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO GARZÓN.

Durante el tránsito parlamentario en la redacción del artículo 51.2 LOGP, el precepto tenía carácter acumulativo ya que el Anteproyecto de la LOGP establecía que tales comunicaciones *“no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad competente”*, mientras que el Proyecto añade que *“no podrán ser intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial o en los casos previstos en la legislación especial sobre bandas armadas o grupos armados”*. La redacción final del artículo 51.2 LOGP da un significado acumulativo al establecer que *“no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”*. Es importante aquí referirnos al caso Gürtel y a la interpretación que realiza el órgano jurisdiccional de los artículos 51.2 LOGP y del anterior artículo 579 Lecrim.

En primer lugar, el actual acusado y magistrado instructor del caso Gürtel en aquel momento, Baltasar Garzón Real, titular del Juzgado de Instrucción Central nº 5 de la Audiencia Nacional, incoó unas diligencias previas nº 275/2008, que tenían como objetivo investigar posibles delitos de blanqueo de capitales, defraudación fiscal, falsedad, cohecho, asociación ilícita y tráfico de influencias.

Con el objetivo de obtener información privilegiada, el acusado decidió grabar las conversaciones confidenciales entre los internos y sus abogados, adelantándose así a la estrategia de defensa favoreciendo la investigación y dominando la causa. De esta manera, dictó con fecha 19 de febrero de 2009 un primer auto, en el que acordaba la intervención de estas comunicaciones entre los imputados, internos en un Centro Penitenciario, y sus abogados, en virtud del artículo 51.2 LOGP. Posteriormente, con fecha 20 de marzo de 2009, el acusado dictó un segundo auto, en el que ordenaba que se continuase con la grabación de las escuchas indebidamente, decretando la prórroga de las intervenciones “*sin discriminación alguna*”, con el objetivo de encontrar indicios de incriminación en la presunta trama corrupta.

La tesis que sostiene que la intervención de las comunicaciones entre el interno en un centro penitenciario y su abogado defensor recoge una medida por vía penal y no en el ámbito penitenciario, (artículo 579 Lecrim); de tal manera que podría entenderse que el artículo 51.2 LOGP está limitando el ámbito de aplicación del 579 Lecrim, puesto que sólo se permitirían las mismas en supuestos delitos de terrorismo; de ahí el vacío legal que ofrece el antiguo artículo 579 LECrim.

El Tribunal Constitucional, en sentencia 183/1994, de 20 junio, entre otras y en relación al artículo 51.2 LOGP manifiesta “*la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de orden de la autoridad judicial*” y “*supuestos de terrorismo que en el mismo se contienen*”, añadiendo más adelante que “*dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas*”. En el mismo sentido se pronuncia la STC 58/1998 de 16 de marzo, al afirmar que estos dos requisitos que establece el art. 51.2 LOGP “*debían ser interpretados como acumulativos y no como alternativos*”.

Asimismo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en su sentencia 245/1995, de 6 de marzo al establecer que “*La razón resulta clara, pues la intervención de la conversación de un interno y su Abogado defensor (o el Abogado llamado por aquél) realizada por la autoridad administrativa "es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales". Por ello la legislación penitenciaria exige no como alternativas, sino como acumulativas para tal restricción el "supuesto de terrorismo" y "la orden de la autoridad judicial". De tal forma que queda absolutamente sentada la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo a este respecto, considerando ambos requisitos como acumulativos y no como alternativos.*

Cabe destacar también la sentencia del Tribunal Supremo 1335/2001 de 19 de julio, que denuncia la insuficiencia del antiguo artículo 579 Lecrim *“por el consiguiente número de espacios en blanco que contiene en materias tales como los supuestos que justifican la intervención, el objeto y procedimiento de ejecución de la medida, así como de la transcripción en acta del contenido de los soportes magnéticos, la custodia y destrucción de las cintas, etc.”*. Asimismo, la STC de 23 de octubre de 2003, analiza el artículo 579 LECrim destacando *“la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse, (...) Por ello, hemos de convenir en que el art. 579 LECrim no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE).”*

Continúa diciendo la anterior sentencia que *“además, tampoco regula expresamente y, por tanto, con la precisión requerida por las exigencias de previsibilidad de la injerencia en un derecho fundamental, las condiciones de grabación, custodia y utilización frente a ellos en el proceso penal como prueba de las conversaciones grabadas de los destinatarios de la comunicación intervenida, pues el art. 579 LECrim sólo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas de las que sean titulares o de las que se sirvan para realizar sus fines delictivos, pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquéllos se comunican.*

A estos efectos resulta conveniente señalar que 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 afeción 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.”

Resulta obvio que los dos requisitos que exige la LOGP para que sea jurídicamente factible intervenir las comunicaciones se entienden alternativos y no acumulativos sería vulnerado en cualquier caso el derecho de defensa, al entenderse por el juez que las intervenciones de las comunicaciones son

legítimas cuando sean ordenadas por la autoridad judicial o en casos de terrorismo. En caso de que el legislador hubiese querido dotar a dicho precepto de un carácter alternativo, tendría que haber utilizado la conjunción “o”, de manera que quedaría de la siguiente manera: *“salvo por orden de la autoridad judicial o en supuestos de terrorismo”*; siendo esta la interpretación efectuada por el primer juez instructor del caso Gürtel, Garzón.

Finalmente, el Tribunal Supremo en Auto de 4 de abril de 2011, acerca de las escuchas del Caso Gürtel, afirma que *“no conoce ninguna sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo recaída sobre un supuesto similar en que se vulneren de una forma tan severa los derechos fundamentales del imputado”*. Es por ello, que el actual instructor plantea la existencia de indicios para imputar a Baltasar Garzón de un presunto delito de prevaricación y grabación con violación de las garantías constitucionales. Esto mismo se refleja en el último auto de 11 de abril de 2011, de apertura de juicio oral, al declararse que, *“la policía, la fiscalía y el magistrado instructor, que tenía dispuesta la toma de declaraciones a los imputados al poco tiempo, tuvieron acceso de este modo a información relevante con anterioridad a que los imputados prestaran nueva declaración en el proceso, accedieron indebidamente a las estrategias de defensa establecidas entre los internos y sus abogados, y una vez conocido el contenido íntegro de la relación confidencial, sólo entonces, se decidió el expurgo por el magistrado instructor, una vez que se había producido la lesión del derecho fundamental de forma irremediable”*. De igual modo se pronuncia el posterior Auto del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2011 en referencia al caso Gürtel, al considerar que *“la conducta atribuida al querellado consistente en dictar y ejecutar dos autos en los que se ordena la grabación de las conversaciones de tres imputados presos preventivos con sus letrados en un centro penitenciario, autos que, a criterio de este instructor, han de ser considerados, desde una dimensión indiciaria, como resoluciones manifiestamente injustas, por vulnerar de forma ostensible derechos fundamentales de los presos encausados y de sus letrados.”*

En definitiva, estas condiciones habilitantes (*“suspendidas o intervenidas por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”*) deben considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión de que el artículo 51.2 LOGP autoriza a la autoridad judicial para suspender o intervenir las comunicaciones del interno con su abogado, sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones. Importante señalar el contenido del Fundamento Jurídico séptimo de la STC 58/1998 de 16 de marzo, donde se analiza si la

garantía de la no intervención de las comunicaciones entre internos y sus abogados (salvo orden judicial previa en los supuestos de terrorismo) se refiere exclusivamente a las comunicaciones orales o personales, o, por el contrario, debemos entender incluidas en este apartado las comunicaciones por correspondencia. Concluyéndose que deberá entenderse que el sistema de garantías reforzadas para la intervención del artículo 51.2 LOGP comprende las comunicaciones, del tipo que sean, entre preso y abogado y que la alusión de dicho apartado a la “*celebración en departamento apropiado*” no supone una exclusión de las comunicaciones escritas sino una mera especificación del modo en que deben celebrarse las comunicaciones orales⁴⁶.

A nivel jurisprudencial, en relación a la intervención de comunicaciones entre internos durante la investigación judicial, señalamos la STS 173/1998, de 10 de febrero, donde se establece, entre otras cuestiones, que, en el proceso penal, el condicionamiento del delito, proceso y pena resulta esencial, en cuanto el delito tan solo puede declararse en su realidad y autoría mediante el juicio penal y la pena tan solo puede ser infringida a través de tal actividad procesal. Dentro de la relación jurídica, existen derechos fundamentales que únicamente se atribuyen al imputado, como ocurre con la presunción de inocencia, mientras que otros se atribuyen a las partes acusadoras, como el derecho al juez ordinario predeterminado por ley y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa. En el caso que nos ocupa, el Tribunal de instancia se apoya en el carácter ilegal de la medida de intervención, señalando la distinción entre conversaciones telefónicas y cualquier otro tipo de conversación privada, entendiéndose que carece de cobertura legal la intervención practicada por el Juzgado de Instrucción.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional, en sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico séptimo, no apoya tal distinción entre conversaciones telefónicas y cualquier otro tipo de conversación privada y, considera, que sea cual sea el ámbito objetivo del concepto “comunicación”, la norma constitucional se dirige a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados) ajenos a la comunicación. Igual pronunciamiento acogen las sentencias del mismo Tribunal de 18 de abril y de 23 de diciembre de 1994, al contemplar que el artículo 18.3 de la Constitución española contiene una declaración genérica del derecho al secreto como una manifestación de la dignidad de las personas (artículo 10.1 de la Constitución española), donde se

⁴⁶ MONTERO HERNANZ, Tomás Montero; *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. 1ª ed. Madrid: La ley, grupo Wolters Kluwer, 2012, p. 157.

produce un libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden público y la paz social. En definitiva, al Tribunal Constitucional no le resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica, en cuanto puede ser intervenida por el Juez y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas en un centro penitenciario. Otra cuestión sería plantearnos el tipo de intervención (general o específica). El artículo 51 LOGP distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales (entre interno y determinadas personas, artículo 51.1 LOGP) y las comunicaciones específicas que el recluso tenga con su abogado defensor (artículo 51.2 LOGP). La primera clase de comunicación viene sometida, como hemos manifestado anteriormente, al régimen general del artículo 51.5 LOGP, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento; mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del artículo 51.2 LOGP, cuya justificación deberá encontrarse en el buen desarrollo de la instrucción penal, a la cual es totalmente ajena la Administración Penitenciaria. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, por medio de sentencia de 24 de marzo de 1998 (caso *Olson*), que, para revestir un carácter necesario, una injerencia, en una sociedad democrática, deberá fundarse sobre la necesidad imperiosa y particularmente desproporcionada al fin legítimo perseguido⁴⁷.

V. RÉGIMEN DE RECURSO EN MATERIA DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES. DIFERENCIA ENTRE PRESOS PREVENTIVOS E INTERNOS.

En caso de presos preventivos compete al Juzgado de Instrucción, que acordó la prisión preventiva, decretar la intervención de las comunicaciones; siempre que la información que el interno pueda dar o recibir a través de la comunicación afecte a la instrucción de la causa. El preso provisional puede depender de varios juzgados. Ello no significa que todos y cada uno tengan que resolver sobre la intervención de las comunicaciones, sino que basta con que uno lo acuerde o mantenga para que se lleve a cabo, y en caso de contradicción el Tribunal que conozca de la apelación podrá unificar criterios. Si los datos que se puedan dar o recibir solamente afecten al orden o seguridad del centro penitenciario, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria podría ser el competente para decretar la intervención. Es decir, si la intervención se acuerda al amparo de lo establecido en el artículo 51 LOGP,

⁴⁷ MONTERO HERNANZ, Tomás Montero; *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. 1ª ed. Madrid: La ley, grupo Wolters Kluwer, 2012, pp. 164 y ss.

corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria y no al Juez o Tribunal a cuya disposición se encuentre.

Respecto a la competencia para conocer de los recursos contra la intervención de las comunicaciones en caso de presos preventivos, el conflicto surge entre el Juzgado de Instrucción o el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El Tribunal Supremo en AA de 16 de noviembre de 1999 y 10 de diciembre del mismo año, resolviendo sendos conflictos negativos de competencia, ha entendido que es competente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. En la resolución a utilizado los siguientes argumentos:

1. El artículo 94.1 LOPJ señala que existirán Juzgados de Vigilancia Penitenciaria con tres competencias: a) en materia de ejecución de penas privativas de libertad, b) control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, c) amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios.
2. La LOGP en su artículo 76 enuncia con minuciosidad las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria en términos de inequívoca atribución competencial al decir que “(...) *corresponde especialmente al Juez de Vigilancia Penitenciaria (...)*” y entre ellas se encuentra la letra g), que establece: “(...) *acordar lo que proceda sobre peticiones o quejas que los internos formulen en relación al régimen y tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos (...)*”.
3. De la doctrina conjunta de los artículos 94.1 LOPJ y 76.2 g) LOGP, puede afirmarse que la competencia que ostentan los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria es una manifestación del principio de que el derecho no se detiene a las puertas de las prisiones. Significativamente el apartado g) del artículo 76 que se comenta se refiere a *los internos*, e idéntica expresión se contiene en el artículo 51 LOGP cuándo se reconoce el derecho a la intimidad de las comunicaciones y a la posibilidad de intervención “*dando cuenta la autoridad competente*”. Está claro que esa autoridad competente es el Juez de Vigilancia Penitenciaria por tratarse de limitación de derecho fundamental de un ciudadano privado de libertad acordado por la propia autoridad penitenciaria. Lo relevante para tal adscripción competencial es la situación de encontrarse en prisión, siendo indiferente que esté como preventivo o como penado, pues ambas condiciones se avienen al término interno que es exclusivamente el utilizado tanto en el artículo 51 como en el artículo 76 LOGP.
4. Es cierto que los artículos 43.1 y 46.5 del Reglamento penitenciario semana que, la restricción de las comunicaciones debe ponerse en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el caso

de penados y de la autoridad judicial en caso de detenidos o presos preventivos. Esta norma va en contra de lo establecido en la Ley Orgánica, por lo que no puede ser tenida en cuenta⁴⁸.

Por otro lado, en relación a los internos, la reclusión como ingreso en prisión para el cumplimiento de una pena privativa de libertad no equivale a incomunicación, ni a la ausencia del respeto al derecho al secreto de las comunicaciones, salvo que, por razones de peligrosidad del recluso o perturbación de la seguridad y buen orden del establecimiento, sea conveniente denegar este derecho⁴⁹. El papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria en todo este entramado es esencial ya que ha de velar por la accesibilidad, integridad y efectividad de las comunicaciones, de todo tipo, que los reclusos deseen efectuar dentro de los límites de su *status libertatis* y en consonancia con las previsiones reglamentarias de ordenación y seguridad en la práctica de las mismas, autorizando o resolviendo cualquier excepción que limite o impida este derecho. Hablamos de ámbito excepcional cuando, en virtud de lo previsto en los artículos 43 y 44 del Reglamento penitenciario, “(...) a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos”. (...) 1. El Jefe de Servicios podrá ordenar la suspensión de las comunicaciones orales, por propia iniciativa o a propuesta del funcionario encargado del servicio, en los siguientes casos: a) Cuando existan razones fundadas para creer que los comunicantes puedan estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia o la seguridad del establecimiento, o que estén propagando noticias falsas que perjudiquen o puedan perjudicar

⁴⁸ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*. 7ª ed. Madrid: Colex, 2014, p. 309.

⁴⁹ Véase el auto de la AP de Cádiz de 16 de noviembre de 1999 donde se procede a denegar la solicitud de comunicación del preso con dos personas externas al establecimiento, reconociendo que estos pueden mantener comunicación con personas ajenas a la prisión, si bien cabe restringir el ejercicio del mismo por razones de seguridad, apreciables en un preso que pertenecía a un grupo terrorista, que ha atentado, en ocasiones anteriores, contra la integridad de funcionarios de prisiones.

gravemente a la seguridad o al buen orden del establecimiento; b) Cuando los comunicantes no observen un comportamiento correcto.

Todas estas comunicaciones durante su desarrollo son supervisadas por un funcionario, por lo que también cabe la posibilidad de que el Jefe de Servicios, por iniciativa propia o a instancia del funcionario encargado del servicio, pueda suspenderlas con carácter de urgencia, cuando concurra cualquier de estas circunstancias: existan razones fundadas para creer que los comunicantes puedan estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia o la seguridad del establecimiento, o que estén propagando noticias falsas que perjudiquen o puedan perjudicar gravemente a la seguridad o al buen orden del establecimiento, o sencillamente; cuando los comunicantes no observen un comportamiento correcto durante su desarrollo. Esta decisión deberá ser comunicada de inmediato al Directos del establecimiento, quién deberá ratificarla mediante resolución motivada dando cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En definitiva, el Reglamento penitenciario relega, una vez más, al Juez de Vigilancia Penitenciaria a un plano secundario en cuanto a la efectividad inmediata de la medida restrictiva del derecho fundamental a la comunicación del interno; en el sentido de que únicamente refrenda, si así lo estima, una precedente decisión administrativa que supone una notoria injerencia en el ámbito de un derecho fundamental que debería precisar de una resolución judicial motivada. No obstante, en concordancia con el artículo 76.2 g) LOGP, pudiera ser que algún recluso tuviese conocimiento por el medio que fuese de la intervención, limitación, suspensión o denegación de las comunicaciones a las que tiene derecho, bien injustificadamente o bien infundadamente, en ambos casos, y utilizando el precepto aludido podría presentar una petición o queja, en cuanto se ven afectados sus derechos fundamentales, de la cual debería hacerse cargo el Juez de Vigilancia Penitenciaria, como garante de los mismos⁵⁰.

Es importante destacar que, respecto a las comunicaciones con autoridades, abogados y procuradores, este tipo de comunicación nunca podrá ser objeto de suspensión, restricción o intervención por decisión administrativa, solamente cabrá previa autorización judicial; tanto si se trata de comunicaciones escritas u orales; siendo independiente el medio empleado, es decir, que se trate de

⁵⁰ MARTÍN DIZ, Fernando; *El juez de vigilancia penitenciaria. Garante de los derechos de los reclusos*. 6ª ed. Granada: Comares, 2002, pp. 193 y ss.

una entrevista personal o de una conversación telefónica. Señalamos aquí la necesidad de autorización judicial incluso en aquellos casos en los que la intervención se produce sobre la correspondencia entre letrado e interno y así lo establece la STC sala 2ª número 58/1998 de 16 de marzo el declarar que *“puede llegarse a entender que la alusión del apartado 2 del artículo 51 LOGP a la “celebración” de las comunicaciones y a los “departamentos apropiados” restringe las comunicaciones reguladas en el mismo, es decir, las del interno con su abogado o procurador, a las comunicaciones orales y presenciales, dejando a las demás de dichos sujetos al régimen general de intervención administrativa del apartado 5, es decir, sin necesidad de autorización judicial. La desproporción entre los intereses que se quieren preservar (...) y el medio utilizado para conseguirlo (...) no se afirma que sea desproporcionada en todos los casos la intervención de la comunicación escrita entre un interno y su abogado, sino en que loes el que se sustraiga dicha intervención de la competencia judicial originaria, a la vista de los trascendentes intereses en conflicto, del conocimiento privilegiado que el órgano judicial puede tener del mismo y, en definitiva, de su peculiar posición institucional como garante de los derechos fundamentales”*.⁵¹

⁵¹ FERRER GUTIÉRREZ Antonio; *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 370 y ss.

VI. CONCLUSIONES.

A lo largo del trabajo, se ha hecho referencia al modo en que puede verse limitado el derecho al secreto de las comunicaciones, artículo 18.3 de la Constitución española, en el ámbito penitenciario; siendo la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, la que contempla en su artículo 51.2 el subtipo que analizamos, donde la comunicación, en este caso, se efectúa entre abogado e interno.

No obstante, considero relevante plantear que el problema no radica en la restricción del derecho en sí; sino en la competencia para proceder a tal limitación, ya que atendiendo a la regulación genérica de las intervenciones en las relaciones con el exterior, el Reglamento penitenciario, relega, una vez más, en sus artículos 41 y siguientes, al Juez de Vigilancia Penitenciaria a un plano secundario, en cuanto a la efectividad de la medida restrictiva del derecho fundamental a la comunicación del interno; debiendo únicamente el Juez de Vigilancia Penitenciaria refrendar, si así lo estima, una precedente decisión administrativa que supone una evidente injerencia en el ámbito de un derecho fundamental, para la cual no es ni mucho menos idónea como sí lo es la resolución judicial motivada de un órgano jurisdiccional.

Este es, sin duda, un grave apunte que hemos de señalar de la legislación penitenciaria actual, puesto que no es sostenible permitir la limitación del derecho a las comunicaciones orales o escritas de los internos por una autoridad administrativa; debiendo reservarse en todo caso, y sin excepción, la resolución en este aspecto al Juez de Vigilancia, al contrario de cómo se refleja en la actualidad, destacando el hecho de que incluso se llegue a justificar, como mérito, que con ello se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes.

Esta falta de competencias sitúa al Juez de Vigilancia Penitenciaria como un gran desconocido dentro de la planta jurisdiccional, no siendo la doctrina, tanto penal como procesal, quien le ha otorgado este papel secundario, sino la propia dinámica procesal penal. Esto podría verse propiciado por dos cuestiones: la creación de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria recién aprobada la Ley Orgánica General Penitenciaria y la falta de dedicación doctrinal a la materia.

Este segundo punto encuentra su justificación en el *“Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”*, aprobado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Justicia, y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes del

día 29 de abril de 1997. Fracasado el intento que supuso este proyecto, ninguna otra iniciativa legislativa ha vuelto a reproducirse.

No obstante, cabe señalar la importancia de la celebración anual de las Reuniones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en las que se ha ido elaborando un conjunto de conclusiones o criterios comunes de actuación, que han permitido a los citados órganos judiciales actuar todos con cierta unidad en materias reguladas de manera incompleta, o, directamente, no reguladas en la normativa penal y penitenciaria.

La solución, otórguese directamente, como parece constitucionalmente más acertado, la competencia exclusiva y en primera instancia del Juez de Vigilancia para acordar cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, estableciéndose al mismo tiempo, una unificación y desarrollo de las normas de procedimiento reguladoras de la actuación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y de la intervención ante ellos.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

AFONSO BARRERA, A.: *Aproximación a la Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria: especial referencia al sistema de recursos*, Anales de la Facultad de Derecho, Volumen II, Estudios homenaje al profesor Antonio Pérez Voituriez, Servicio de Publicaciones Universidad de La Laguna, 2001, pág. 351 y siguientes.

ALONSO PÉREZ, M^a Teresa; *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*. 1^a ed. Barcelona: José María Bosch, 1997.

BACHS i ESTANY, Josp M.; BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BALAGUER SANTAMARÍA, Xavier; GISBERT GISBERT, Antoni; RODRÍGUEZ SAEZ, José Antonio; *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1992.

BARBERÁN MOLINA, Pascual. *Manual práctico del abogado. Estrategias y tácticas procesales. Práctica jurídica*. 3^o ed. Madrid: Tecnos, 2010.

BUENO ARÚS, Francisco; *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia*. Doctrina. 1^a ed. Madrid: Colex, 2005.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; PÉREZ CEPEDA, Ana; SANZ MULAS, Nieves; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; *Manual de Derecho Penitenciario*. Universidad de Salamanca: Colex, 2001.

FERRER GUTIÉRREZ Antonio; *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. 1^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

GIMENO SENDRA y VOLKMAN-SCHLUCK. *Observaciones al Proyecto de Ley de 22 de noviembre de 1977 sobre la defensa técnica en la institución penal. Cuadernos de Política Criminal*, 1978, n^o4.

JAVIER DE LEÓN VILLALBA, Francisco; *Derecho y prisiones hoy*. Universidad de Castilla La Mancha: Colección estudios, 2003.

Jurisprudencia Penitenciaria 2005. 1^a ed.: Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2006, p. 154.

MIR PUIG, Carlos; *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. 1ª ed, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2001.

MONTERO HERNANZ, Tomás Montero; *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. 1ª ed. Madrid: La ley, grupo Wolters Kluwer, 2012.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima edición, Madrid, 1984, Tomo II.

Revista de Estudios Penitenciarios. Las Reglas Penitenciarias Europeas, nº 238, 1987.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*. 7ª ed. Madrid: Colex, 2014, pp. 303 y ss.

RIVERA, I., coordinador. *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1994.