

**LA POSTULACIÓN Y LOS DERECHOS  
A LA TUTELA Y DE DEFENSA:  
LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS  
RELACIONES CON EL ABOGADO  
DEFENSOR Y SUS LÍMITES<sup>1</sup>**

INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA

## SUMARIO

I. LA POSTULACIÓN Y LOS DERECHOS A LA TUTELA Y DE DEFENSA. II. EL DERECHO A LA ASISTENCIA DE ABOGADO COMO INSTRUMENTO DEL DERECHO DE DEFENSA. III. LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON EL ABOGADO DEFENSOR. 1. Reconocimiento y bienes jurídicos protegidos. 2. La dimensión pública del secreto profesional. 3. Límites. 4. Excepciones: la proporcionalidad y legalidad de la excepción. 5. Supuestos especiales: el delito de blanqueo de capitales.

Fecha recepción: 24.07.2010  
Fecha aceptación: 22.09.2010

# LA POSTULACIÓN Y LOS DERECHOS A LA TUTELA Y DE DEFENSA: LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS RELACIONES CON EL ABOGADO DEFENSOR Y SUS LÍMITES<sup>1</sup>

POR

INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

## I. LA POSTULACIÓN Y LOS DERECHOS A LA TUTELA Y DE DEFENSA

Nuestras Leyes procesales imponen, como regla general, para acceder a la Jurisdicción, la necesidad de comparecer en el proceso mediante Procurador y asistido de Abogado<sup>2</sup>. A estos profesionales la Constitución les confía la importantísima función de defensa de todos los derechos subjetivos, públicos y privados, e intereses legítimos de los ciudadanos<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado «Las reformas de la Justicia Penal, concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, n.º de referencia SEJ 2007-62039.

<sup>2</sup> Vid. arts. 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— y 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —LECrin—.

<sup>3</sup> Son Abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados (art. 9.1 del Es-

Disponen los números primero y segundo del art. 24 CE 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. Esta exigencia constitucional de comparecer los ciudadanos en el proceso defendidos por Abogado, que se denomina capacidad de postulación<sup>4</sup>, tiene por finalidad última evitar situaciones materiales de indefensión. La complejidad y el tecnicismo de las Leyes y de los procesos e incluso de los medios alternativos hacen necesaria la existencia de profesionales que asuman los aspectos técnicos que exige la defensa jurídica en todas sus manifestaciones<sup>5</sup>.

Ahora bien, el derecho a obtener una tutela efectiva por medio de una defensa adecuada presenta una especial trascendencia para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación<sup>6</sup>. Sea suficiente recordar que, en el proceso penal se insta la actuación del poder del estado en su forma más extrema (la imposición de penas criminales) y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales (STC 18/1999). El proceso penal, como único instrumento para actuar el Derecho Penal, es el sector del ordenamiento en el que mayores poderes se conceden al Estado para la restricción de los derechos fundamentales. De ahí, que la exigencia derivada del art. 24 CE de respetar el derecho de defensa, alcance su máxima intensidad en este ámbito por la trascendencia de los intereses y principios que entran en juego.

Por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa se concreta en las actuaciones de la persona que ve amenazada o limitada su libertad, precisamente por causa de un proceso penal con el fin de poder contestar con eficacia a la imputación o acusación contra él dirigida<sup>7</sup>. Este derecho fundamental se integra por un catálogo de derechos de carácter instrumental, también de rango constitucional, como el derecho a la asistencia de Abogado, a la utilización de los medios de prueba pertinentes y a no confesarse culpable.

---

tatuto General de la Abogacía Española —EGAE—, aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio). La denominación de Abogado, corresponde, pues, al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico (arts. 542.1 Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ— y 6 EGAE).

<sup>4</sup> El Abogado ostenta la defensa técnica y la dirección procesal. Esta exigencia la consagra el art. 31.1 LEC, en cuya virtud «Los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado».

<sup>5</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 103.

<sup>6</sup> Vid. STC 58/1998.

<sup>7</sup> GIMENO SENDRA, TORRES DEL MORAL, DÍAZ MARTÍNEZ, MORENILLA ALLARD, «Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional» (AAVV), Colex, 2007, p. 487.

El titular del derecho de defensa es el propio imputado aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por él mismo como por su defensor técnico y, con este objeto, se le reconoce el derecho a hacerse asistir por un Abogado. Por eso, se ha dicho que el Abogado es un alter ego procesal, algo así como el oído o la boca jurídicas del imputado<sup>8</sup>. El Abogado defensor es llamado a colaborar con el imputado en el ejercicio del unitario derecho de defensa y, por ello, debe gozar de total autonomía frente al Juez<sup>9</sup>.

La defensa está establecida en beneficio de las partes para facilitarles el camino a la justicia y también para auxiliar a los Tribunales<sup>10</sup>. El art. 30 del Estatuto General de la Abogacía establece la obligación de los Abogados de colaborar con la justicia. Pero dicha colaboración debe ser entendida en la medida en que se manifiesta coincidente con la tutela del derecho a la libertad de su patrocinado. En otro caso, se estaría sacrificando indebidamente el derecho de defensa pues en el proceso moderno, a diferencia del proceso del Antiguo Régimen, el imputado no puede ser considerado como un objeto del proceso, sino un auténtico sujeto procesal a quien el ordenamiento ha de otorgar todo el estatuto de la parte procesal. Por esta razón, la doctrina<sup>11</sup> ha entendido que más que órgano colaborador, debe reclamarse para la defensa la naturaleza de parte procesal dialécticamente enfrentada a la acusación, cuya misión constitucional es hacer valer el derecho a la libertad del art.17 CE<sup>12</sup>.

## II. EL DERECHO A LA ASISTENCIA DE ABOGADO COMO INSTRUMENTO DEL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de todo acusado a ser defendido por un Abogado figura entre los elementos fundamentales de un juicio justo (STEDH de 21 de enero de 1999

<sup>8</sup> GIMENO SENDRA, «Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional» (AAVV), op. cit., p. 494.

<sup>9</sup> MORENO CATENA, V., «El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa», en *Terrorismo y Proceso Penal acusatorio* (Coords. GÓMEZ COLOMER Y GONZÁLEZ CUSSAC), tirant lo blanc, Valencia, 2006, p. 393.

<sup>10</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., p. 103.

<sup>11</sup> GIMENO SENDRA, «Los Procesos Penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», 2000, Bosch, op. cit., p. 171.

<sup>12</sup> De forma diferente, en otros ordenamientos como el alemán, al Abogado se le denomina *Organ der Rechtspflege*, lo que permitió reformas muy polémicas como la Ley Kontaktsperre-gesetz de 1988 que autorizó la intervención de las comunicaciones de los defensores con sus clientes.

—caso Van Geyselhem—). Como hemos visto, la asistencia letrada dentro del proceso judicial forma parte inescindible del mas amplio derecho de defensa, que ha sido calificado como el más elemental de los derechos del imputado<sup>13</sup>. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que toda persona acusada de un delito, durante el proceso tendrá derecho a unas garantías mínimas, entre las cuales, se encuentra la de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección (art. 14).

Con objeto de salvaguardar mejor el mencionado derecho de defensa, nuestro legislador además de reconocer el derecho del imputado a ser asistido por un Abogado, dispone que la defensa técnica es obligatoria en el proceso por delitos. De conformidad con lo dispuesto por el art. 767 de la LECrim, en su redacción dada por la Ley 38/2002, obligatoriamente ha de designarse Abogado defensor desde que en las diligencias practicadas por cualquiera de los órganos públicos encargados de la persecución penal resulte una imputación contra persona determinada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado. Este derecho es exigible, pues, desde la misma puesta en marcha del procedimiento penal<sup>14</sup>, desde el instante en que exista una imputación contra una persona determinada.

Ha señalado el Tribunal Constitucional que en los supuestos en que la intervención del Letrado sea preceptiva, esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, cuyo sentido es satisfacer el fin común a toda asistencia letrada que es el de lograr el adecuado desarrollo del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilita al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho. La conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso determina, incluso, que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado (STC 174/2009).

De lo expuesto se deduce que el derecho de defensa formal en el proceso penal no es un derecho que lo pueda o no ejercitar el imputado sino que constituye un requisito legal en el juicio oral por lo que deberá ejercitarse incluso con

<sup>13</sup> Vid. STEDH de 20 de junio de 1988 —asunto SCHÖNENBERGER y DURMAZ—.

<sup>14</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal. Novena Lectura Constitucional*, Atelier, 2010, p. 280.

oposición del propio imputado<sup>15</sup>. Dado que el acusador público —el Ministerio Fiscal— es un técnico en Derecho, el principio de igualdad de armas exige que el acusado sea defendido también por un técnico, el Letrado. Por esta razón se ha establecido la obligatoriedad de la defensa técnica del acusado (STC 29/1995).

La doctrina constitucional también ha proclamado la extensión del derecho a la asistencia de Abogado incluso en los procedimientos en que no resulta obligatoria, considerando que «el hecho de que la intervención de Letrado no sea preceptiva en un proceso determinado, con arreglo a las normas procesales, no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada que le reconoce el art. 24.2 CE, pues el carácter no preceptivo o necesario de la intervención del Abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, siendo procedente el nombramiento de oficio cuando se solicite y resulte necesario» (SSTC 212/1998, 152/2000).

Pero el nombramiento de un Abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado (STEDH de 24 de noviembre de 1993 —caso Imbrioscia—). La presencia obligada de los letrados no puede considerarse defensa, siendo en este sentido muy significativa la expresión del art. 6.3 c) del Convenio de Roma que habla de «asistencia letrada» y no de presencia letrada<sup>16</sup>. Por ello, las autoridades estatales han de adoptar las medidas necesarias para que esta asistencia sea concreta y efectiva (STEDH de 21 de abril de 1998 —caso Daud—).

También, el Tribunal Constitucional ha establecido que la asistencia de Abogado no se puede reducir a una mera designación formal sino que es preciso extremar las cautelas para que la defensa sea real y efectiva. Los órganos judiciales han de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, especialmente en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio (STC 47/2003).

<sup>15</sup> OLIVA SANTOS, MUERZA ESPARZA, en *Derecho Procesal Penal*, Ramón Areces, 2005, p. 172.

<sup>16</sup> STS de 21 de noviembre de 2008.

### III. LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON EL ABOGADO DEFENSOR

De conformidad con lo expuesto, la efectividad del derecho de defensa no sólo depende del reconocimiento del derecho a recibir los servicios de un abogado, sino también de que este profesional goce de los medios y prerrogativas necesarias para el libre ejercicio de su función<sup>17</sup>.

Entre las obligaciones de los Abogados figura el de secreto profesional<sup>18</sup> —lo que legitima la intervención del Decano en las diligencias de registro de los despachos profesionales—, de celo y de diligencia en la defensa que le sea encomendada<sup>19</sup>. Asimismo, les asiste el derecho a ejercer la defensa con libertad e independencia y con pleno respeto a su función<sup>20</sup>, lo cual implica el reconocimiento de una serie de garantías entre las que figura necesariamente la confidencialidad de las comunicaciones entre Abogado y cliente.

#### *1. Reconocimiento y bienes jurídicos protegidos*

La Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce a los imputados en una causa criminal, el derecho a mantener comunicaciones y entrevistas reservadas con los Letrados encargados de su defensa. En concreto, el artículo 263 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 y 707 de la LECrim, dispensan al Abogado del 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 art. 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<sup>21</sup>.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido sin reservas el derecho al secreto de la correspondencia profesional, en especial,

<sup>17</sup> Vid. JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1986, v.VII, p. 18.

<sup>18</sup> Art. 5 Código Deontológico de la Abogacía Española —CDAE—.

<sup>19</sup> Art. 32.1 y 42 del RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española —EGAE—.

<sup>20</sup> Arts. 2 y 3 CDAE y art. 33 EGAE.

<sup>21</sup> Una disposición idéntica se recoge en el art. 42.1 del Estatuto General de la Abogacía Española.



aquéllas entre Abogados y sus clientes<sup>22</sup>. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha preocupado de garantizar la confidencialidad de las relaciones profesionales de un Abogado y sus clientes configurándola como una manifestación básica del derecho de defensa<sup>23</sup>. En su sentencia de 2 noviembre 1991 —asunto S contra Suiza—, establece que el derecho del acusado de comunicarse con su Abogado fuera del alcance del oído de un tercero, figura entre las exigencias elementales de un proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. El acusado tiene, como mínimo, derecho a disponer de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y, a estos efectos, a ser asistido por un abogado de libre elección<sup>24</sup>. Ahora bien, difícilmente puede el inculcado recibir asistencia de su Abogado sin un previo y reservado contacto entre ambos (STEDH de 28 de junio de 1984 —asunto Campbell y Fell—).

La 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 art. 8 del Convenio 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 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<sup>25</sup>.

La confidencialidad de estas comunicaciones también resulta esencial para garantizar la efectividad real del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocido constitucionalmente (art. 24.2 CE). No cabe duda que el contenido de la conversación mantenida entre el Abogado y su cliente es susceptible de abarcar, incluso, en algunos casos el reconocimiento de su culpa por el imputado o la aportación a su defensor de datos sustanciales sobre la comisión del delito con cuyo conocimiento el letrado puede articular su defensa.

<sup>22</sup> STJCE de 18 de mayo de 1982.

<sup>23</sup> STEDH 15 de noviembre de 1996 —caso Domenichini— afirma que el derecho a entrevistarse libremente con el abogado constituye una esencial manifestación del derecho de defensa.

<sup>24</sup> Art. 6.3 b) del CEDH.

<sup>25</sup> El TEDH ha interpretado la noción de «domicilio» del artículo 8.1 del Convenio en un sentido amplio, de tal manera que abarca no solamente el domicilio privado de una persona, sino también su despacho profesional y, por tanto, un despacho de Abogados (Sentencia Petri Sallinen y otros contra Finlandia de 27 de septiembre de 2005; Sentencia Chappell contra el Reino Unido de 30 marzo 1989; Sentencia Niemietz contra Alemania de 16 diciembre 1992).

De lo hasta aquí expuesto se deduce que, en el caso de las comunicaciones con el Abogado defensor, como pone de relieve la doctrina<sup>26</sup>, junto al secreto formal de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE, concurre otro secreto de naturaleza material, el secreto profesional, por lo que no es lícito intervenir el teléfono del Abogado del sospechoso, salvo en los supuestos en los que este profesional deba ser considerado también imputado como autor principal o partícipe. En este caso, ya no se trataría de una relación profesional Abogado-cliente, sino de amparar una actividad delictiva<sup>27</sup>.

De esta manera, junto al deber formal de secreto de las comunicaciones co-existe un deber de reserva del contenido material, en razón de lo que efectivamente se comunica dada la especial relación que une a los interlocutores. En congruencia con lo expuesto, la doctrina<sup>28</sup> ha considerado temas prohibidos de investigación las conversaciones entre esposos, familiares, médicos, sacerdotes, abogados etc., ante las cuales, una vez identificado el comunicante, debería interrumpirse la captación y no ser aprehendida.

La legitimidad de la intervención de las comunicaciones del Abogado con su cliente, no debe analizarse desde la exclusiva órbita del art.18.3 de la CE, sino también a la luz del derecho de defensa que reconoce el art. 24 CE y, desde esa perspectiva, ponderar la constitucionalidad de esta medida restrictiva<sup>29</sup>.

Así, podríamos distinguir entre comunicaciones generales y especiales, perteneciendo a esta última categoría las que se llevan a cabo entre los imputados y sus Abogados. Si la medida consistente en la intervención de las comunicaciones debe tener siempre un carácter excepcional, en cuanto suspende el ejercicio del derecho fundamental a mantenerlas en secreto, cuando además concorra otro derecho fundamental como el derecho de defensa, parece claro que las garantías que deben rodear la injerencia deben ser extremadas. Se exigiría, por así decirlo, una «súper-excepcionalidad».

---

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Las intervenciones telefónicas», en *La prueba en el Proceso Penal*, op. cit., p. 456.

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, G., «El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal», Poder Judicial, núm. 32, diciembre, 1993, p. 27.

<sup>28</sup> ASENSIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, op. cit., p. 133.

<sup>29</sup> Vid. LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 26.

<sup>30</sup> MORENO CATENA, V., *El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal*, 1980, p. 209.

## 2. *La dimensión pública del secreto profesional del Abogado*

La colaboración y la confianza son los factores fundamentales del eficaz ejercicio de la defensa técnica, de modo tal que, como señala la doctrina<sup>30</sup>, en ningún caso se puede hablar de defensa si entre el imputado y el defensor no existe confianza y colaboración. El deber de secreto profesional se funda en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el Abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución, en el ámbito del proceso, considera nota característica del derecho a la tutela judicial (STS de 17 de febrero de 1998).

El deber de secreto profesional de los letrados adquiere, así, una dimensión pública. No sólo tutela la intimidad de los clientes, sino que constituye un instrumento para salvaguardar la confianza en la profesión de Abogado y, en consecuencia, encarna una garantía del derecho de defensa de todos los ciudadanos<sup>31</sup>. El TEDH consideró una cuestión de interés público el que la persona que desea consultar a un abogado, pueda hacerlo en condiciones propicias para una plena y libre discusión (STEDH 15 de noviembre de 1996 —caso Domenichini—).

Nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 22 de julio de 2002, destaca también la trascendencia pública del secreto profesional declarando que garantiza la justa y adecuada administración de justicia, de manera que sirve no solo a un interés privado sino que también atañe al interés general que el proceso sea decidido rectamente. Por ello, las comunicaciones con el Abogado deben protegerse frente a cualquier intento de revelación, provenga de quien provenga y cualquiera que sean las circunstancias que se produzcan.

En este mismo principio se apoya la doctrina penal<sup>32</sup> para criticar la deficiente cobertura que el Código Penal vigente otorga al secreto profesional del Abogado, que en la actualidad se regula dentro de los delitos contra la intimidad cuando, a la vista del bien jurídico protegido, se aproxima más a los delitos contra la Administración de Justicia regulados en el Título XX de dicho texto legal.

---

<sup>31</sup> Declaración del Consejo General de la Abogacía sobre el caso *Gürtel*. La Abogacía española califica la violación del secreto profesional como un gravísimo atentado contra el Estado de Derecho.

<sup>32</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo», Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXI, 2003.

### 3. Límites

Las consideraciones expuestas determinan que las comunicaciones con el Abogado sólo puedan ser intervenidas en circunstancias muy excepcionales y rodeándose de las mayores garantías.

Señala el Tribunal Constitucional que es competencia del legislador ponderar la proporcionalidad de la exclusión o inclusión y, en su caso, bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afectación de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunica, citando el caso de los Abogados o profesionales de la información, Diputados o Senadores (STC 184/2003).

Dada la incuestionable gravedad que supone la injerencia en las comunicaciones con el Abogado, ésta tiene que ponderarse cuidadosamente por el legislador y por el órgano jurisdiccional que la acuerda y, únicamente puede fundarse en la necesidad de tutelar otros intereses fundamentales de orden público prevalentes.

Estos intereses no pueden consistir en la genérica obligación de perseguir la comisión de un delito y de obtener datos relevantes en la investigación de los mismos. Probablemente, el Abogado conocerá la verdad de lo acontecido y en transcurso de sus comunicaciones con la persona a la que defiende ésta le revelará datos de interés para el éxito de la investigación. Ahora bien, hoy es un principio comúnmente admitido que la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio<sup>33</sup>. El proceso penal se funda en los principios recogidos en la Constitución, la cual reconoce, entre otros, el derecho a la prueba obtenida y practicada de acuerdo con las normas de garantía legalmente establecidas<sup>34</sup>.

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984 proclamó, por primera vez, la prohibición de utilizar pruebas cuando en el momento de su obtención se hubieran infringido los mencionados derechos. Así, recogiendo el sentir de una parte de la doctrina, se apartó del criterio que había mantenido la jurisprudencia anterior, según la cual en el proceso penal debía prevalecer el interés público en la búsqueda de la verdad.

Por imperativo constitucional, el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, es el marco dentro del cual pueden realizarse los fines de averiguación de la verdad en el proceso penal.

<sup>33</sup> Así lo declaró el Tribunal Supremo Federal alemán en su Sentencia de 14 de junio de 1960, BGHSt, 14, 358, 365.

<sup>34</sup> Vid. SSTC 49/1999, 141/2.001, 167/2.002.

El acceso por parte del órgano jurisdiccional a las conversaciones con el Abogado, puede permitir a éste conocer las estrategias de defensa del imputado<sup>35</sup>, lo que afecta a uno de los principios básicos de la estructura del proceso: el de igualdad de las partes. Asimismo, queda en cuestión la posición «supra partes» que debe ostentar el Juez dentro del proceso y, por tanto, en última instancia, su independencia o imparcialidad. Sea suficiente recordar que la independencia judicial constituye una nota esencial de la Jurisdicción sin la cual no podrían los Juzgados y Tribunales aplicar correctamente el Derecho a los casos concretos, ya que la Ley, en tanto que manifestación de la voluntad general, precisa que la actividad judicial de individualización normativa no pueda efectuarse tomando en consideración situaciones hegemónicas de las partes o privilegio material alguno<sup>36</sup>.

Por tanto, la intervención de las comunicaciones con el Abogado debe limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el Abogado ha podido extralimitarse en sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva como uno de sus elementos componentes (STS de 28 de noviembre de 2001). Cuando haya razones objetivas para pensar que los Abogados defensores pueden contribuir a ocultar pruebas o a colaborar en la comisión de delitos, el derecho de defensa se estaría utilizando como cauce abusivo para actividades que exceden de la finalidad de esta garantía procesal.

En este caso, la participación directa e indiciaria que en la investigación se le atribuya es totalmente ajena a su condición de Letrado, la cual no puede servir en ningún caso de amparo, protección o favorecimiento de la comisión de delitos (ATS de 24 de enero de 2003). El Abogado ya no actúa como defensor, sino como un mero partícipe en el delito. Por tanto, no se trata de la defensa de un imputado en prisión, sino de la presunta actividad delictiva del Abogado no amparada por el derecho de defensa.

La STEDH de 25 de marzo de 1998 (caso KOPP), reconoce como única excepción al secreto de las comunicaciones telefónicas con el Abogado la existencia de razones bastantes para considerar como sospechoso de participación en la actividad delictiva al propio defensor. Por su parte, la STEDH de 1 de octubre de 2009, declara que la lectura de la correspondencia de un interno con su Letrado, sólo puede autorizarse en casos excepcionales, si las autoridades tienen razones para creer que existe un abuso de privilegio por cuanto el contenido de

<sup>35</sup> Así lo subraya la STEDH de 28 de junio de 1985 —caso CAMPBELL y FELL contra el Reino Unido—.

<sup>36</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2010.

la carta amenaza la seguridad del establecimiento o a terceros o reviste un carácter delictivo.

Por tanto, como afirma Velasco Núñez<sup>37</sup>, existen secretos funcionalmente inviolables que han de quedar excluidos de toda injerencia, incluso judicial, a no ser que el Letrado reúna al propio tiempo la condición de sospechoso de participación en un hecho delictivo.

En este caso, debe dictarse por el órgano jurisdiccional una resolución que autorice expresamente la intervención de las comunicaciones de dicho Abogado como sujeto pasivo de la medida misma. Ésta es la manera de comprobar la existencia de un efectivo control judicial donde concurra el necesario juicio de excepcionalidad y de proporcionalidad, en los términos exigidos por Constitución Española, que permita verificar la legalidad de las intervenciones practicadas. Cuando en el marco de una investigación criminal, se conozcan nuevos hechos delictivos o nuevos sujetos implicados diferentes de los originariamente investigados y que, por tanto, no están comprendidos en el ámbito de la autorización judicial inicial, resulta obligado recabar la pertinente solicitud de la autoridad judicial, sin cuya autorización no podrá el Tribunal extender su conocimiento a las conversaciones de tales sujetos o a los nuevos hechos. Se debe dictar una autorización judicial expresa de ampliación subjetiva del objeto de la investigación<sup>38</sup>. Un Abogado sospechoso de un delito grave no puede ser tratado de manera diferente a los otros sospechosos.

#### 4. Excepciones: la proporcionalidad y legalidad de la excepción

Si bien es cierto que los derechos a no padecer indefensión y a ser defendido por un Abogado pueden ceder ante la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, resulta necesario determinar si la medida restrictiva de estos derechos fundamentales supera las exigencias del juicio de proporcionalidad. Para ello, debe comprobarse si dicha medida contribuye a conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más ventajas o beneficios para el interés gene-

<sup>37</sup> VELASCO NÚÑEZ, «Presencias y ausencias —aspectos aclarados y discutidos— en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema, en *Actualidad Penal*, n.º 18, mayo de 1993.

<sup>38</sup> Vid. STS de 18 de julio de 2000.

ral que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, lo que constituye el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (STC 198/2003).

Ahora bien, no puede olvidarse que incluso en el ámbito de la ejecución de una pena, el reo mantiene todavía el derecho a ejercer su defensa como uno de los elementos esenciales de un proceso equitativo, sin que, dada la orden de ingreso en prisión, la incomparecencia del penado pueda entenderse necesariamente como una renuncia voluntaria a su derecho de defensa (STC 198/2003).

Nuestro legislador sólo ha previsto expresamente la intervención de las comunicaciones entre el Abogado y el cliente en el caso del delito de terrorismo. Ello no obstante, se ha suscitado un amplio debate sobre la interpretación que deba darse al art. 51 de la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria (en adelante LOGP) que regula las comunicaciones con el exterior de quienes se encuentran internados en establecimientos penitenciarios. El párrafo segundo de dicho precepto dispone que «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 orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo».

Según la interpretación que realiza el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 28/2010 de 25 marzo (que resuelve la escucha del caso *gürtel*) cuando se trate de personas privadas de libertad, constreñidas por tanto a realizar las imprescindibles comunicaciones con su Letrado en un entorno controlado por la Administración Pública, el legislador dispuso que sólo podrían intervenir estas comunicaciones, necesarias para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, cuando concurrieran dos condiciones conjuntamente: que se tratara de presos o penados por delitos de terrorismo y que esa restricción fuera ponderada adecuadamente en una resolución judicial. Entiende que el legislador fue consciente de que dejar abierta la posibilidad de restricción de esas comunicaciones en cualquier clase de delito podría dar a traste con el derecho de defensa. Por eso, sólo la autorizó en casos de terrorismo que constituyen un ataque máximo a la convivencia social y, aun en estos casos, se condicionó dicha medida restrictiva a que una autoridad judicial evaluara su conveniencia, utilidad y proporcionalidad, al objeto de preservar los derechos individuales de los penados, imputados o acusados, aunque lo fueran por terrorismo.

Nuestro máximo garante de la Constitución también se ha pronunciado sobre el alcance del art. 51 de la LOGP (aunque referido a un supuesto distinto), declarando que los dos requisitos que recoge deben concurrir de forma acumulativa y no como requisitos alternativos. La STC 183/1994, al analizar este precepto, distingue entre las comunicaciones, que califica de generales, entre el

interno con determinada clase de personas —art. 51.1— y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2). La primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del art. 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas «por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento», según precisa el art. 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario. Culmina el razonamiento esta sentencia diciendo que esta diferenciación esencial que existe entre el art. 51.5 —régimen general cuya única remisión válida es al art. 51.1— y el art. 51.2, pone de manifiesto 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, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por tanto, considerarse acumulativas. Esta doctrina se reitera en la STC 58/1998.

Ahora bien, una parte de la doctrina<sup>39</sup> ha entendido que el carácter acumulativo de las condiciones habilitantes del art.51.2 LOGP defendido por la referida jurisprudencia del Tribunal Constitucional no implica que los dos requisitos deban concurrir en todo caso, sino que lo que este Tribunal pretendía destacar en los supuestos concretos analizados es que aún en los casos de terrorismo, resulta necesaria también la orden judicial, siendo precisamente en este punto en lo que las SSTC 183/1994 y 58/1998 corrigieron la doctrina primeramente establecida en la STC 73/1983. Por ello, concluye este sector doctrinal que los fundamentos del Tribunal Constitucional al interpretar el mencionado artículo no iban encaminados a limitar la posibilidad de que la autoridad judicial acuerde la intervención de las comunicaciones de un interno con su Abogado, sino a impedir que pudiera hacerlo la administración penitenciaria.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo 538/1997 de 23 de abril llega a conclusiones diferentes. Entiende que las razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, que pueden justificar es-

<sup>39</sup> JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Intervención de comunicaciones entre internos y sus letrados», en el *Cronista*, Iustel, n.º 14, junio, 2010, pp. 70 y 71.



tas limitaciones, no son aplicables a las comunicaciones incardinadas en el ejercicio del derecho de defensa del interno (art. 24 CE), derecho que no se ve legalmente limitado por su privación de libertad, y que debe ser especialmente tutelado, garantizando la igualdad real y efectiva de posibilidades de defensa de los acusados en un proceso penal, tanto a quienes la ejercitan desde la libertad como a quienes tienen que ejercerla desde la prisión (art. 9.2 de la Constitución Española). Más adelante añade que la regla general debe ser la de garantizar, en todo caso, la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, sin posibilidad de intervención ni administrativa ni judicial. Ello no obstante, la máxima tutela de los derechos individuales en un Estado de Derecho Social y Democrático no es incompatible con la admisión de reacciones proporcionadas frente a la constatada posibilidad de abusos en supuestos muy específicos y excepcionales. Concretamente, en el ámbito de las actividades de delincuencia organizada en grupos permanentes y estables, de carácter armado, cuya finalidad o efecto es producir el terror en la colectividad, se ha constatado la utilización de las garantías que el sistema democrático proporciona al derecho de defensa como cauce abusivo para actividades que exceden de la finalidad de defensa e inciden en la colaboración con las actividades terroristas. Es por ello por lo que, excepcionalmente y sin que dicha excepción pueda contagiarse al resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 LOGP faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares.

Resulta claro, pues, que el que se encuentra en prisión ostenta igualmente el derecho de defensa, sin que su situación de internamiento pueda convertirse en un medio privilegiado de investigación en su perjuicio, a costa, precisamente, del mencionado derecho<sup>40</sup>. El Tribunal Constitucional ha destacado la especial trascendencia que presenta el ejercicio del derecho de defensa para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación (STC 58/1998).

De conformidad con lo expuesto, el terrorismo constituye una excepción al principio de confidencialidad de las comunicaciones personales con el Abogado siempre que concurra la correspondiente autorización judicial previa donde se pondere la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida restrictiva

---

<sup>40</sup> Cfr. HERNANDEZ GIL, «Confidencialidad y derecho de defensa», Revista OTROSI, ICAM, Enero, 2010.

en cada caso concreto (STS 23 de abril 1997). Pero no sólo constituye una excepción sino la única excepción prevista en nuestro Derecho positivo vigente. La LECrim no establece ninguna otra excepción expresa al respecto.

Ahora bien, si se considera que el terrorismo no es el único delito del que debe defenderse la sociedad con medios extraordinarios es al legislador al que le corresponde prever las demás excepciones pues tal y como se indicó mas arriba, la actuación del Juez se refiere al caso concreto, lo que implica la necesidad de que, con carácter previo, el poder legislativo haya establecido, en abstracto, la procedencia de la intervención de acuerdo con el principio de legalidad que inspira la actuación jurisdiccional. No podemos olvidar que el principio de proporcionalidad debe inspirar tanto la actuación del legislador al prever la posible limitación en abstracto, como la actuación del Juez en el caso concreto.

Por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas que incida directamente sobre su desarrollo o limite o condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal (STC 49/1999). Por ello, es competencia del legislador autorizar a los órganos jurisdiccionales para poder disponer de tales medios de investigación. La Constitución Española exige una triple condición sobre la previsión legal de las medidas limitativas de los derechos fundamentales. En primer lugar, la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto. En segundo lugar, el rango legal que ha de tener dicha disposición. Finalmente, la calidad de la Ley como garantía de seguridad (STC 169/2001).

De esta manera, no sólo se exige que la injerencia estatal en dicho secreto esté presidida por el principio de legalidad, sino que se especifica que el respeto a dicho principio requiere, en este caso, «una ley de singular precisión»<sup>41</sup>. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre las exigencias integrantes de la «calidad de la Ley» se encuentran la accesibilidad y la previsibilidad. El Derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a autorizar medidas consistentes en la interceptación de las comunicaciones. En la Sentencia de 30 de julio de 1998 —caso Valenzuela Contreras c. España—, el Tribunal de Estrasburgo hizo una enumeración minuciosa de los requisitos imprescindibles que deben figurar en la Ley, extrayéndolos directamente de casos significativos. Así, como garantías mínimas, las Sentencias Kruslin y Huvig, de 24 y 26 de Abril de 1990, mencionaron, entre otras, la definición de las categorías de personas susceptibles de interceptación judicial. La célebre STC

<sup>41</sup> SSTC 49/1999, 123/1997, 54/1996, 49/1996, 85/1994.

49/1999, también enumeró de forma concreta cada una de las exigencias derivadas de nuestra Constitución<sup>42</sup>.

Por ello, el art. 579 LECrim no puede considerarse un marco legal suficiente que habilite la intervención de este tipo especial de comunicaciones, pues como nuestro Tribunal Constitucional ha declarado, de forma reiterada, adolece de vaguedad e indeterminación en estos aspectos esenciales (SSTC 26/2006, 184/2000). De hecho, ningún autor que haya abordado el estudio de esta medida restrictiva ha dejado de denunciar la falta de concreción e inseguridad de nuestra normativa vigente<sup>43</sup>, calificándola de norma en blanco.

Resulta urgente una regulación específica y detallada de la intervención de las comunicaciones electrónicas que, garantizando los derechos constitucionales, y sobre todo la intimidad y el derecho de defensa, proporcione unas pautas legales a las que deba ajustarse esta diligencia, fuera de las escasas disposiciones que establece el mencionado art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>44</sup>.

Ahora bien, hasta que la necesaria intervención del legislador se produzca, hay que acudir a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para suplir las insuficiencias legales. En ella se precisan los requisitos necesarios que garantizan la legitimidad de las intervenciones telefónicas.

De conformidad con lo expuesto, la jurisprudencia de estos Tribunales ha declarado que la inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor constituye un presupuesto básico de la efectividad del más amplio derecho de defensa, por lo que su limitación se circunscribe en nuestro Derecho positivo vigente al ámbito exclusivo de los supuestos de terrorismo. Esta excepción se sujeta, además, al cumplimiento de las garantías previstas en la CE, que exige la concurrencia de una Ley orgánica que la contemple y la necesaria intervención judicial, bajo pena de incurrir en responsabilidad penal en los casos de utilización injustificada y abusiva de esta posibilidad.

<sup>42</sup> La STC 49/1999 se refirió a la necesidad de definir en la Ley «las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad».

<sup>43</sup> Vid. DÍAZ CABIALE, J. A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, 1991.

<sup>44</sup> STC 34/2003 de 22 de enero.

### 5. *Supuestos especiales: el delito de blanqueo de capitales*

Un supuesto particular que debe ser objeto de consideración se refiere a la investigación del blanqueo de capitales, toda vez que nuestro Derecho positivo establece ciertas especialidades que pueden afectar al derecho de defensa. Se trata de un delito que está en el centro mismo de la delincuencia organizada y, en la mayor parte de las ocasiones, afecta a los Ordenamientos penales de distintos países<sup>45</sup>.

Con objeto de avanzar en la lucha contra este delito, la segunda Directiva sobre blanqueo de capitales, 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, dispuso la extensión de las obligaciones de cooperación en la lucha antiblanqueo a determinadas profesiones, entre ellas las jurídicas<sup>46</sup>. De esta manera, la Ley española 19/2003, de 4 de julio, al trasponer la citada normativa, incluyó expresamente entre los sujetos obligados a los Abogados y Procuradores<sup>47</sup>. La nueva Ley 10/2010<sup>48</sup>, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo ha mantenido el deber de colaboración de los profesionales del Derecho<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Por eso, el Código Penal, dispone en su art. 301.4 que «El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero».

<sup>46</sup> Artículo 2 bis de la Directiva 2001/97/CE dispone que «Los Estados miembros velarán porque las obligaciones establecidas en la presente Directiva se impongan a las siguientes entidades e instituciones:... 5) notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando participen: a) ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente; iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas; v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades fiduciarias, empresas o estructuras análogas b) ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria».

<sup>47</sup> Así lo estableció el art. 2 de la Ley 19/1993 sobre Determinadas Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales según la redacción dada por la Ley 19/2003. La nueva Ley 10/2010, de 28 de abril ha derogado la Ley 19/1993, sin perjuicio de que hasta la entrada en vigor de sus disposiciones reglamentarias, mantendrán su vigencia el Reglamento de la Ley 19/1993, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, y sus normas de desarrollo, en cuanto no resulten incompatibles con aquella (DT 1ª Ley 10/2010).

<sup>48</sup> Se da nueva denominación a la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, que pasa a denominarse «Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior» (DF 2ª de la Ley 10/2010).

<sup>49</sup> El art. 2.1 g) incluye entre los sujetos obligados a «Los Abogados, Procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de

Esta inclusión planteaba el problema de la difícil conciliación entre dos deberes del Abogado: de un lado, el deber de denuncia o de comunicación de las operaciones sospechosas a las autoridades responsables de la lucha antiblanqueo y, de otro, el deber de secreto profesional. Por ello, la propia norma comunitaria estableció una excepción a esta obligación general de notificación impuesta a los profesionales independientes del Derecho, respecto a la información que éstos reciban de sus clientes en los procesos judiciales, incluyendo el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso. Literalmente se refería a la información que el Abogado reciba «*al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos*»<sup>50</sup>. La redacción de este párrafo obedecía al deseo de dejar clara la prevalencia del secreto profesional frente al interés comunitario de prevención y persecución del blanqueo de capitales en el ámbito al que dicho precepto se refería<sup>51</sup>. La Ley 10/2010, de 28 de abril que incorpora la Tercera Directiva europea en la materia<sup>52</sup>, recoge en su

---

operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria».

<sup>50</sup> Art. 6.3 de la Directiva 2001/97/CE. En los mismos términos se expresa el art. 23 de la III Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

<sup>51</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., «Blanqueo de capitales y secreto profesional del Abogado», Actualidad Jurídica Aranzadi, núms. 546 y 547, 2002.

<sup>52</sup> Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. La Ley 10/2010, de 28 de abril sobre prevención y blanqueo de capitales, que incorpora esta Directiva, prevé un régimen más restrictivo de inspección y colaboración ante la existencia de indicios de blanqueo. La reforma más significativa se concreta en la carga general impuesta sobre los sujetos obligados (entre ellos a los Abogados y Procuradores) de averiguar y comprobar la identidad real de sus clientes, no sólo mediante su identificación formal, sino también mediante la determinación, tras las investigaciones necesarias, de quién sea el titular real último de las entidades o intereses en juego, antes entablar una relación de negocio o incluso participar, aunque sea de modo accidental, en cualquier operación. Deben recabar información para saber si sus clientes actúan por cuenta propia o de terceros. En el caso de personas jurídicas, deben conocer su estructura accionarial, así como el objeto de su actividad. Cuando sospechen que

art. 22 la misma excepción con un contenido idéntico, disponiendo expresamente que los Abogados guardarán el deber de secreto profesional.

De esta manera, la mencionada normativa parece ser respetuosa con la imposibilidad de que el Abogado designado en un procedimiento suministre información sobre su cliente protegiendo así el derecho de defensa en sentido estricto. Dado que la asistencia letrada dentro del proceso judicial forma parte inescindible del derecho de defensa, resulta claro que el deber de secreto profesional del Abogado prevalece sobre la obligación de informar acerca de las operaciones relacionadas con el blanqueo o el terrorismo.

Ello no obstante, el problema más delicado se origina cuando el Abogado presta asistencia jurídica con vistas a un futuro proceso o, incluso, extrajudicialmente. En este último supuesto, aunque las Directivas antiblanqueo han optado por una concepción extensa del derecho de defensa (que englobaría todas aquellas actuaciones encaminadas a «determinar la posición jurídica» del cliente), la cuestión no puede entenderse resuelta definitivamente. Como señala Álvarez-Sala<sup>53</sup>, nos encontramos ante una normativa bastante confusa porque el concepto mismo de asesoramiento jurídico preventivo en el que se funda es bastante impreciso.

La nueva Ley 10/2010 recoge en este punto la misma redacción que la anterior, por lo que sigue sin resolver las zonas grises del llamado asesoramiento jurídico, que constituye una de las funciones del Abogado con su cliente. Esta fuera de toda duda que es Abogado tanto el que se dedica a la defensa o dirección de un procedimiento judicial como el que se dedica al asesoramiento y consejos jurídicos. De esta manera, cuando el asesoramiento que lleva a cabo el Abogado consiste en informar sobre los derechos y obligaciones de un sujeto cuando concurren unas circunstancias y hechos específicos, parece claro que está llevando a cabo una de las modalidades de actuación profesional a las que se refiere la LOPJ en su art. 542 y, en consecuencia, está sujeto al deber de secreto prescrito por dicha norma<sup>54</sup>.

La doctrina penal<sup>55</sup> ha puesto de manifiesto que la falta de delimitación legal clara sobre las labores permitidas al Abogado en su actuación como asesor, si-

---

uno de sus clientes pueda estar blanqueando dinero, tienen la obligación de informar al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC): Vid. Revista el Notario, mayo-junio, 2010, n.º 31.

<sup>53</sup> ALVAREZ-SALA, «El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas», en *Escritura Pública*. Ensayos de actualidad, 2003.

<sup>54</sup> CÓRDOBA RODA, «Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales», en *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 58.

<sup>55</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo», op. cit., pp.

tuará al Abogado ante el dilema de tener que decidir entre su obligación de guardar silencio y el deber de denuncia que exige la legislación especial, lo cual puede llegar a comprometer el secreto profesional. El Abogado se ve sujeto a normas aparentemente contradictorias. El propio legislador comunitario fue consciente de esta situación de conflicto en la que pueden encontrarse los profesionales del Derecho y, por ello, les exoneró de responsabilidad en caso de revelación de buena fe de la información contemplada en los arts. 6 y 7 de la II Directiva a las autoridades responsables de la lucha antiblanqueo.

También debe tenerse en cuenta que la limitación de las actividades de asesoramiento puede entrar en conflicto con lo establecido en el art. 542 LOPJ, según el cual el deber de secreto profesional de los Abogados comprende todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. Como ha declarado el Tribunal Supremo, el secreto no solo abarca las informaciones obtenidas por el Abogado en actuaciones de carácter formal, encargadas con expresa indicación de su carácter profesional o específicamente retribuidas, sino que también comprende aquéllas que, al margen del proceso o de un encargo formal de actuación profesional, haya llevado a cabo por razones de confianza como por ejemplo para tratar de llegar a una avenencia o acuerdo (STS17 de febrero de 1998).

Por ello, el Tribunal Constitucional belga en su sentencia de 23 de Enero de 2008, ha insistido en que en el asesoramiento, aunque no exista ningún proceso judicial, toda la información que se obtenga está cubierta por el secreto profesional y no podrá ser comunicada a las autoridades. De hecho, cualquier asunto sobre el que se solicita asesoramiento es susceptible de desembocar en un conflicto que es el presupuesto de la jurisdicción. El asesoramiento tiene por objeto evitarlo y, por eso, siempre es eventualmente precontencioso<sup>56</sup>.

La doctrina<sup>57</sup> concluye que esta normativa especial no se incardina bien con las garantías previstas en nuestro Derecho vigente para el derecho de defensa

---

153-185. Considera este autor que esta limitación supondría un grave retroceso en el sistema de garantías que demandan los servicios de un Abogado.

<sup>56</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., «Las funciones del Abogado en relación a las obligaciones que le impone la normativa de prevención», en *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, ob. cit., p. 125.

<sup>57</sup> CORTÉS BECHIARELLI propone que las disfunciones que se produzcan se resuelvan acudiendo a la posibilidad de no denunciar de los letrados, así como las referencias programáticas del contenido constitucional del deber de secreto profesional. Considera que en un Estado de Derecho, la labor de la Abogacía, así como la consideración social de sus profesionales, impide que los despachos de esta especie se conviertan en prolongaciones de las Comisarías de Policía («Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo»).

y puede llegar a comprometer el secreto profesional. Como dice Zegrí Boada<sup>58</sup>, no se puede transformar al Abogado de custodio en delator.

Cuestión distinta se produce cuando el Abogado esté también implicado en actividades de blanqueo de capitales, como autor, cómplice o encubridor. En este caso, tal y como se indicó mas arriba, el Letrado ya no actúa como defensor, sino como un mero partícipe en el delito, al existir indicios contra él, por lo que no podrá invocar el secreto profesional ni ampararse en su condición de abogado para exonerarse de responsabilidad por los delitos que hubiese cometido de acuerdo con las reglas generales aplicables al resto de los sujetos sospechosos.

Para resolver los interrogantes que deja abiertos esta normativa especial debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que los poderes públicos están obligados a investigar y reprimir con eficacia las conductas de blanqueo de capitales, esta función debe llevarse a cabo dentro de los límites del máximo respeto a los derechos fundamentales y, mas en concreto, sin comprometer el derecho de defensa. Incluso, la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda disponer de un asesoramiento independiente, de tal modo que pueda tener conocimiento de los derechos y obligaciones de su situación particular, es una garantía esencial del Estado de Derecho<sup>59</sup>. El compromiso de confianza que garantiza la protección del secreto debe extenderse a las relaciones de asistencia y de asesoramiento jurídicos. Ciertamente esto supone mucho mas esfuerzo pero es el precio del sistema democrático que antepone a la seguridad jurídica la protección de los derechos individuales y la dignidad de la persona.

### Title

THE RIGHT TO COURT PROTECTION AND DEFENSE:  
THE CONFIDENTIALITY OF RELATIONS WITH THE DE-  
FENSE ATTORNEY AND ITS LIMITS

### Summary

I. THE RIGHT TO COURT PROTECTION AND DEFENSE. II.  
THE RIGHT TO BEING ASSISTED BY A DEFENSE ATTOR-  
NEY AS AN INSTRUMENT OF THE RIGHT TO DEFENSE. III.  
CONFIDENTIALITY OF COMMUNICATIONS WITH THE

---

<sup>58</sup> ZEGRÍ BOADA, E., «el Abogado y el delito de blanqueo de capitales», *Economist&Juris*, octubre, 2007.

<sup>59</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., «Las funciones del Abogado en relación a las obligaciones que le impone la normativa de prevención», en *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, ob. cit., p. 126.



DEFENSE ATTORNEY: 1. Recognition and legal principles protected. 2. The public dimension of professional confidentiality 3. Limits. 4. Exceptions: proportionality and legality of the exemption 5. Special cases: the crime of money laundering.

### Resumen

La asistencia letrada dentro del proceso judicial forma parte inescindible del mas amplio derecho de defensa. Toda persona imputada tiene derecho a unas garantías mínimas, entre las cuales, figura la de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse reservadamente con un defensor de su elección. En el caso de las comunicaciones con el Abogado defensor, junto al secreto formal de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 de la Constitución Española, concurre otro secreto de naturaleza material, el secreto profesional, en razón de lo que efectivamente se comunica dada la especial relación que une a los interlocutores. Por tanto, la legitimidad de la interceptación de este tipo especial de comunicaciones, no debe analizarse desde la exclusiva órbita del art.18.3 de la Constitución Española, sino también a la luz del derecho de defensa que proclama su art. 24.

Si bien es cierto que los derechos a no padecer indefensión y a ser defendido por un Abogado pueden ceder ante la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, resulta necesario determinar si la medida restrictiva de estos derechos fundamentales supera las exigencias del juicio de proporcionalidad. Para ello, debe comprobarse si dicha medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más ventajas o beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Nuestro legislador sólo ha previsto expresamente la intervención de las comunicaciones con el Abogado en el caso del delito de terrorismo. Ahora bien, si se considera que el terrorismo no es el único delito del que debe defenderse la sociedad con medios extraordinarios es al legislador al que le corresponde ponderar la necesidad de incluir otros supuestos pues la actuación del Juez se refiere al caso concreto, lo que implica la necesidad de que, con carácter previo, el titular de la potestad legislativa haya establecido, en abstracto, la procedencia de la intervención de acuerdo con el principio de legalidad que inspira la actuación jurisdiccional. El principio de proporcionalidad debe inspirar tanto la actuación del legislador al prever la posible limitación en abstracto, como la actuación del Juez en el caso concreto.

Es objeto de especial atención el amplio debate que se ha suscitado sobre la interpretación del art. 51 de la Ley Orgánica 1/1979 General

Penitenciaria que regula las comunicaciones con el exterior de quienes se encuentran internados en establecimientos penitenciarios. También se hace una especial referencia a la investigación del delito del blanqueo de capitales, toda vez que nuestro Derecho positivo establece ciertas especialidades que pueden afectar al derecho de defensa.

### Abstract

Legal assistance in the judicial process is an inseparable part of the broader right of defence. Any person under prosecution is entitled to an array of minimum guarantees, among which is the have adequate time and means available for the preparation of his defence and to communicate confidentially with counsel of their choice. In the case of communications with counsel, together with formal secrecy of communications, recognized in the art.18.3 of the Spanish Constitution, concurs a different type of secrecy, also substantial in nature, which is professional secrecy, arising from the especial nature of what is being communicated and given the special relationship between partners. Therefore, the legitimacy of the interception of this particular type of communications should not be viewed only from the unique viewpoint of art.18.3 of the Spanish Constitution, but also in light of the right to a defence proclaimed in its art. 24.

While it is true that the rights not to suffer lack of defence and to have legal counsel can be subjected to the need to preserve other rights or constitutionally protected values, it is necessary to determine whether the restrictive measure to these fundamental rights is based on proportionality. Therefore, it should be assessed whether that restrictive measure is balanced or proportionate, as the result of there being more advantages or benefits to the general interest than damages to other conflicting rights or values.

Our legislator has expressly provided for the interception of communications with the lawyer solely in the case of terrorism crimes. However, if it is accepted that terrorism is not the only crime for which society must defend itself with extraordinary means is the legislator who must balance the need to include other cases. The action of the court can only refer to a particular case, which implies the need, at the outset, for the legislator to establish, in an abstract way, the appropriateness of the measure, according to the principle of rule of law that inspires court action. The principle of proportionality should inspire both the decisions for the legislator when foreseen such possibility and the actions of the court in such a case.

An object of special interest has been the interpretation of art. 51 of the Organic Law 1 / 1979 of Imprisonment, that governs commu-

nications with the outside of those who are detained in prisons. Special reference is made to the investigation of the crime of money laundering, since our applicable law establishes certain specialties that can affect the right of defence.

**Palabras clave**

Derecho de defensa, derecho al secreto de las comunicaciones, prohibición de indefensión, igualdad de armas, principio de legalidad, principio de proporcionalidad, secreto profesional del Abogado, blanqueo de capitales.

**Key words**

Right of defense, right to privacy of communications, prohibition of lack of defence, equality of arms, rule of law principle, principle of proportionality, client-attorney confidentiality.