



Delitos contra la intimidad, control de las comunicaciones y secreto profesional del Abogado (*)

Emilio Cortés Bechiarelli

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. Introducción. II. Presupuestos para el estudio de la materia. 1. Normas de complementación del tipo. 2. Excurso: bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. Sujetos. 2. Acción típica. 3. Iter criminis. 4. Participación. IV. Tipo subjetivo. V. Antijuridicidad. VI. Intervención de las comunicaciones entre el cliente y Abogado. 1. Entrada y registro en el bufete. 2. Intervenciones telefónicas. 3. Intervención de la correspondencia. 4. Comunicaciones en la prisión

I. Introducción

La cuestión relativa a la necesidad y grado, en cada caso, del castigo penal de las indiscreciones, genéricamente consideradas, ha representado para los legisladores penales, las más de las veces, una auténtica piedra de toque en orden a la determinación de su vocación represiva, operando, así, los delitos contra la intimidad como especie de termómetro del mayor o menor entusiasmo punitivo del texto criminal de que se trate. Valga, en este sentido, como necesaria referencia histórica, el art. 683 del Código Penal de 1928, que sancionaba —sin atributo acumulativo alguno para la figura del sujeto activo o para el modo en que se obtenían— a quien *divulgare los secretos de otro, cualquiera que sea la forma de haberlos llegado a conocer*. El ciudadano quedaba, de esa suerte, obligado a ejercitar hasta el límite del heroísmo la virtud de la discreción, pues, de lo contrario, y fuese cual fuese el escenario de la delación, podía ser sancionado con una pena de prisión de hasta un año.

En la actualidad, como es sabido, el vigente Código Penal somete a los delitos contra la intimidad que contempla a una serie de restricciones típicas que persiguen de propósito dar satisfacción al

principio de intervención mínima que debe ilustrar, desde su origen, al ordenamiento criminal en un Estado de Derecho, aunque no por eso quepa concluir que la problemática que originan no es manifiestamente resbaladiza. Así ocurre con el secreto que determinados profesionales, por su relación con el transmisor de la información, han de preservar, y, precisamente, por constituirse en lo que se ha venido en denominar *confidente necesario*: aquel del que el confesor —*lato sensu*— no puede prescindir para tratar de ver satisfechas sus legítimas expectativas conectadas con facetas muy trascendentes para su persona, vinculadas, en muchas ocasiones, a derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución (libertad religiosa, salud e integridad física o psíquica, derecho de defensa, etc.).

No cabe duda de que el secreto profesional de los Abogados es de los que merecen, sin reserva de ninguna clase, la protección del orden penal, y con especial fervor en los tiempos que corren, en los que se empieza a imponer el tópico —popular y forense— de que el Letrado es un *colaborador de la justicia*. En verdad, estos colegiados podrían llegar a ser excelentes cirineos, de no ser porque sus clientes son dignos de un escrupuloso respeto a los derechos constitucionales a la defensa y a un proceso con to-

(*) Constituye el objeto del presente estudio, sustancialmente, y de manera ampliada, el texto de mi ponencia desarrollada en el Colegio de Abogados de Cantabria bajo el título *Protección penal del secreto profesional del Abogado* el pasado 4 de marzo de 2002.

das las garantías. La figura del Abogado delator —proscrita por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, como se verá— no se compadece con un entendimiento mínimamente democrático de la administración de justicia, máxime de la penal, en la que las exigencias derivadas de la vigencia de otro derecho fundamental —la presunción de inocencia— ahuyentan cualquier posibilidad de relajación de este sagrado deber del Abogado. Como reconoce con proverbial acierto la STS de 24 de junio de 1991, *involucrar situaciones que la ley misma quiere que se mantengan reservadas porque el secreto coadyuva más a la realización de la justicia que su descubrimiento, si es que potencialmente algo de lo que se pudiera exteriorizar contribuía al conocimiento de la verdad real, no es procesalmente correcto cuando se ha podido orientar su intervención en otras direcciones que, buscando esa verdad, no atentara a derechos cuya transgresión está incondicionalmente repudiada en nuestro ordenamiento jurídico* (cfr. artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: *no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*).

Con independencia de las singularidades que presenta la fachada típica del artículo 199.2 del Código Penal, el amparo que este texto otorga al secreto profesional del Abogado, en sus relaciones con el cliente, adolece de un gravísimo error de naturaleza sistemática, consistente en considerar su quebrantamiento una forma de atentado a la intimidad. Si bien desarrollaré el enunciado de esta censura, baste adelantar ahora que esta modalidad de indiscreción, en atención a los derechos fundamentales relacionados con el proceso ya señalados, y el marco en el que se verifica, encontraría mucho mejor encuadre en el Título XX del Libro II del cuerpo punitivo, desgajándose, así, de un tronco común creado, a mi juicio, de manera poco reflexiva. Los Abogados son, sí, *profesionales*, como dice el artículo 199.2 del Código Penal, pero la significación social de la labor que realizan es tributaria de un tratamiento individualizado y más acorde, desde el punto de vista sistemático, con los intereses por los que velan.

En efecto, *de lege lata*, el referido párrafo castiga al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años. Como se ve, una paradigmática norma penal en blanco que habrá de ser completada con las correspondientes disposiciones que, en cada caso, impongan al profesional esa preceptiva obligación de sigilo o reserva.

II. Presupuestos para el estudio de la materia

1. Normas de complementación del tipo

Adelantándome al análisis del tipo objetivo, comenzar notando que es el propio legislador de 1995 el que emplaza al intérprete a fin de que especifique aquellas normas que habrán de integrarse en el ilícito de referencia, en el entendido de que su ausencia conducirá a la atipicidad de la conducta delatora, o, como mucho, su recogida en el párrafo primero del mismo art. 199 del Código Penal (*el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses*).

En el caso que nos ocupa, no es nada dificultosa esa tarea de complementación, por cuanto una Ley Orgánica y postconstitucional —la del Poder Judicial—, de forma taxativa, en su art. 437.2, establece 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*.

Igualmente, el Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 658/2001) adopta con declarada docilidad el tenor anterior y dispone —art. 32— que *de conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos*. Su artículo 42 estima obligación del Abogado para la parte por él defendida *el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y guardando el secreto profesional*.

Mucho más prolija es la regulación que, sobre el particular, acoge el Código Deontológico, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 30 de junio de 2000 (art. 5, dividido hasta en ocho epígrafes muy sustanciosos), y que, en opinión del Tribunal Supremo, constituirían *una predeterminación normativa con certeza suficiente para definir las conductas sancionables*, lo que las acercaría plenamente a la letra del art. 199.2 del Código Penal, frente a las tentaciones que pudieran existir de debilitar la eficacia de las normas de esta naturaleza (STS 17 de diciembre de 1998, además de las más reciente de la AP de Segovia de 24 de febrero de 2001).

De la lectura de todos estos presupuestos se extraen, naturalmente, numerosas consecuencias,

de las que destaca el carácter omnímodo del secreto profesional del Abogado, que debe ser protegido ante todos y cuya eficacia sobrevive *incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo* (art. 5.7 del Código Deontológico). En esta ocasión, las servidumbres propias de la adopción de normas extrañas al Código Penal satisface con cierta amplitud la verdadera *ratio essendi* del precepto, de suerte que el ejercicio de heterointegración propuesto se cumplimenta de manera harto satisfactoria: el deber de secreto profesional de los Letrados no cede ante nadie, ni ante el discurrir del tiempo. No es exagerado pensar así, pues, no en vano, la confianza que gobierna las relaciones entre los Abogados y sus patrocinados, y el derecho de defensa, nunca debieran verse amenazados por una posible delación futura, aun cuando el cliente se encuentre ya cumpliendo la condena, la haya cumplido, o haya cancelado sus antecedentes penales.

Hasta aquí, brevemente, algunas reflexiones acerca del secreto profesional de los Abogados en su dimensión de *deber* ineludible. Pero, además, ese sigilo integra una *derecho* invocatorio por aquéllos ante invitaciones nada recomendables que inducen a la comisión de un delito contra la intimidad ex art. 199.2 del Código Penal. Así, el art. 263 de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal hace que los Abogados o los Procuradores queden exceptuados del régimen del artículo precedente: *los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo*. Más aún: la propia Ley adjetiva —muy anterior, como es sabido, a la entrada en vigor de nuestra Constitución— dispensa de la obligación de declarar como testigo, entre otros, al *Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor* (art. 416.2), al igual que sucede, más genéricamente, en el art. 1247.5 del Código Civil, que declara inhábiles como testigos a *los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado*. Todo ello, aunque las preguntas que se efectúen a estos profesionales abarquen extremos *irrelevantes e intrascendentes* para el enjuiciamiento de la causa (STS 11 de julio de 1992).

A la vista del contenido de estas disposiciones, queda claro que nuestro ordenamiento proscribe la figura del Abogado delator, o, más popularmente, *chivato*, que, de manera inapropiada, *colabora* con la justicia como testigo de referencia. En efecto, tratar de someter a los Abogados al trance de tener que declarar sobre extremos alcanzados en el marco de la confidencialidad profesional repudia el

buen orden procesal, su preceptiva buena fe, así como los derechos fundamentales a la defensa, a un proceso con todas las garantías o a la presunción de inocencia. Supondría, en suma, una estrepitosa aniquilación del principio de contradicción imprescindible para la efectiva administración de justicia en un Estado de Derecho. No es, sin embargo, algo imposible: la SAP de Toledo de 21 de mayo de 2001 ordena la repetición del juicio oral por habersele negado a la defensa la práctica de la testifical consistente en la declaración de una Letrada, por entender que dicha testigo no era la *Abogada del acusado en el acto del juicio, habiéndose limitado a asistirle en su primera declaración como imputado (!)*, título suficiente, entiendo, para descalificarla eternamente como testigo de esa causa, por mucho que *su información sobre el hecho enjuiciado* trajese causa de ser testigo presencial del mismo, o lo que se quiera.

Y dichas normas actúan, como he adelantado, por expreso mandato legislativo, como complemento de la letra del art. 199.2 del Código Penal, fijando de manera definitiva y estática sus contornos, por lo que la prohibición penal de revelar secretos profesionales por parte de los Abogados, sin duda alguna, alcanza, con las precisiones que desarrollaré en el epígrafe que sigue, a *todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*, y sin límite temporal que elimine su vigencia.

2. Excurso: bien jurídico protegido

Si para todos los delitos de la Parte Especial del Derecho penal resulta trascendente y necesario la delimitación de su objeto específico de tutela, en el caso que me ocupa con más razón, por cuanto entiendo que su actual situación en ese texto legal, como parte de un todo, constituye un error en el entendimiento de este compromiso de silencio que puede llegar, incluso, a entorpecer su exégesis más adecuada.

Nuestra doctrina otorga, con razón, una función sistemática al bien jurídico que, a su vez, opera como canon interpretativo del tipo. Me atrevo a sostener, incluso, que esa clasificación elaborada por el legislador, no sólo afecta a la interpretación *lógico-sistemática*, como adelanté, sino, por ende, a la *auténtica*, pues, en pureza, supone una originaria manifestación de la voluntad del legislador. En cualquier caso, nada de esto se verifica en el supuesto propuesto, dada la separación que se advierte entre el verdadero bien jurídico que se protege con la violación del secreto profesional del Abogado y su equivocada, a mi jui-

cio, ubicación actual, entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

Bien es cierto que, en verdad, la divulgación de la materia secreta *puede* lesionar la intimidad del cliente; pero no siempre será así (en contra, el ATC de 11 de diciembre de 1989 y la SAP Baleares de 12 de junio de 2000). Porque dicho derecho fundamental *tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares* (STC 115/2000, de 5 de mayo). Esto es: resulta elemental que lo íntimo, de forma imperativa, es aquello que permanece oculto, total o parcialmente, y, en contradicción con los postulados del valor intimidad, y dada la naturaleza de la actuación profesional de los Abogados, se alza lo dispuesto en el art. 120 de nuestra Constitución, que declara que *las actuaciones judiciales serán públicas y que el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal*. De suerte que el Letrado que confirma en rueda de prensa los hechos probados de la reciente condena de su cliente —personaje popular y público— comete el delito previsto en el art. 199.2 del Código Penal, sin que haya lesionado la intimidad de su defendido, ya que el suceso no es ajeno a la *acción y conocimiento de los demás* (cfr. STSJ de Madrid de 12 de mayo de 1999, cuya argumentación principal no comparto: *el carácter de reservados o secretos de los hechos sobre los que recayeron las manifestaciones del Letrado sancionado había dejado de existir desde el momento en que el mismo día... dos diarios y un semanario de ámbito nacional divulgaban ampliamente intervenciones a dicho Letrado como defensor de los referidos clientes, por lo que, desaparecido el secreto en sentido amplio, no parece que debiera el Letrado continuar observando la obligación de guardar el secreto profesional*).

Creo que un entendimiento acertado del bien jurídico exige la determinación precisa del valor tutelado *siempre y en todo caso* por la norma penal (el *preponderante*), pero no únicamente a veces. Y, en el camino hacia esta delimitación, se cruza con sobrada legitimidad, el derecho a la defensa que proclama el art. 24 de la Constitución, por cuanto la bilateralidad del proceso se resentiría con la delación del Abogado, hasta el punto de colocar al justiciable en una intolerable posición inquisitorial deleznable de todo punto; es decir, en no pocas ocasiones, sería acusado, y no asistido, por la que, paradójicamente, seguiría siendo tenida, al menos desde una posición for-

mal, como *su defensa*. Por eso, algún sector de nuestra doctrina científica cifró en este derecho inalienable el bien jurídico protegido de esta especie concreta de infracciones penales.

Sentado, por mi parte, que este valor pudiera verse afectado como consecuencia de la revelación del secreto profesional en base a que se erige en dogma que *la defensa del acusado tiene el deber de deslindar los términos del debate explicando de forma diferenciada cuáles son las pruebas que pretende utilizar en apoyo de las tesis exculpatorias y en descargo de la acusación dirigida contra él* (STS 27 de febrero de 1990), no es menos cierto que el derecho a la defensa se caracteriza por tener su propia *biología*. Y así, en mérito de lo previsto en los arts. 24 y 17.3 de la Constitución y 520.2 c) y, sobre todo, 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento*), la actividad profesional del Abogado no se contrae, ni muchísimo menos, a aquellas actuaciones posteriores a su designación en el procedimiento de que se trate. Antes, puede elaborar dictámenes, asesorar al cliente acerca de la imposibilidad de iniciar una determinada acción, o tranquilizarle por la atipicidad de los hechos que, con toda preocupación, aquél le traslada, sin que la obligación de sigilo decaiga por el hecho de que no pudiese formalizarse ese acto de designación de Letrado ante el órgano jurisdiccional que conoce de la causa.

No en vano, en fin, el art. 6 del Estatuto General de la Abogacía Española dispone que *corresponde en exclusiva la denominación y función de Abogado 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*. Estos últimos, si atendemos a nuestra Ley de procedimiento, son, desde luego, extraños al derecho de defensa, y por eso concluyo que no puede admitirse como bien jurídico *preponderante* del tipo penal de referencia. La STS de 17 de febrero de 1998 —como la de 13 de mayo de 1999, que cita esas labores de asesoramiento— ya había dejado sentado que, en este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva *se pondría en grave riesgo si el deber de secreto pudiera entenderse restringido a las informaciones obtenidas por el Abogado en actuaciones de carácter formal, encargadas con expresa indicación de su carácter profesional o específicamente retribuidas y no comprendiera aquellas que, al margen del proceso*

o de un encargo formal de actuación profesional, considere adecuado llevar a cabo por razones de confianza.

Esta última resolución alude al bien jurídico protegido en el delito objeto de estudio: la confianza, pues, no en vano, también en palabras de nuestra jurisprudencia, *la relación del cliente con su Abogado está basada en la confianza, de suerte que, desaparecida ésta, debe cesar dicha relación* (STS 15 de octubre de 1998), ya que el secreto profesional de esta clase 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 17 de febrero de 1998, ya citada. Cfr., igualmente, el artículo 6 del Código Deontológico de la Abogacía).

De manera que esa confianza culmina el *iter* iniciado por los otros bienes jurídicos ensayados, como son la intimidad y el derecho de defensa, actuando como corolario y aglutinante de los mismos: se pone de relieve la condición de *confidente necesario* del cliente, que suministra a su Letrado extremos que entiende trascendentes para el trazado y ejecución, en su caso, de la adecuada estrategia procesal que escenifique los postulados del derecho fundamental a la defensa. Esa confianza es la que hace que, con rigor, pueda hablarse de *parte* en el procedimiento, y exige el silencio —nunca cómplice— del profesional de la Abogacía.

Sin confianza, en definitiva, mal puede ejercerse el derecho de defensa, y sin ésta, la tutela judicial efectiva y el entendimiento que se demanda de la administración de justicia en un Estado de Derecho decaen automáticamente; y, al inicio de todo este curso, está la necesidad de que el cliente pueda transmitir a su Letrado cuanto tenga a bien, sin los naturales recelos que le generaría la mera sospecha de que pueden ser divulgados de manera absolutamente impune. Es la confianza la primera pieza de este *efecto dominó* que se produce en la normal tramitación de los procedimientos, sea en el orden jurisdiccional que sea, y que evita el ejercicio de la defensa técnica a *ciegas*.

Ya en su momento (*El secreto profesional del Abogado y del Procurador y su proyección penal*, Marcial Pons, Madrid, 1998) traté de sortear aquellos inconvenientes que pudieran derivarse de la adopción de este criterio. En resumen, baste reproducir ahora que la confianza no es un concepto tan extraño para el Código Penal como parece *prima facie*, siendo veterana la agravante de *obrar con abuso de confianza* (art. 22.6), cuya exégesis

jurisprudencial, por cierto, es reveladora de la pertinencia de considerar a la confianza, en determinadas infracciones penales, como bien jurídico protegido de las mismas. En este sentido, la STS de 8 de febrero de 1995 sienta que *la confianza se caracteriza y define por la esperanza que se tiene en las condiciones de una persona y cosa, y revela una disposición de orden moral respecto de aquel a quien se otorga tal favorable; que equivale a la seguridad de que sus actos han de ser en todo momento los procedentes no sólo en cuanto a la aptitud y adecuación de la actividad material a emplear, sino también en cuanto a la lealtad y efusividad con que se ejecuten*.

El planteamiento anterior obliga a denunciar, nuevamente, la equivocada situación sistemática de este delito de revelación de secretos profesionales, que mucho mejor papel haría en el Título XX (*Delitos contra la administración de justicia*), pues, como expuse, la divulgación de esas confidencias puede originar un serio compromiso de derechos fundamentales relacionados con el proceso y con la posición del cliente en el mismo. Quiebra, de esa forma, la función sistemática que se le presume a los bienes jurídicos, y bien pudiera ser objeto de una futura reforma la recolocación de este tipo penal en la sección que mejor casa con su específico y preponderante objeto de tutela.

III. Tipo objetivo

1. Sujetos

Sujeto activo de este delito de infidencia es el Abogado (el *confidente necesario*), lo que le convierte en especial y de propia mano. El art. 9.1 del Estatuto General de la Abogacía entiende que *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 a asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados*.

La cuestión, pues, quedaría zanjada de esta manera, de no ser porque la propia norma estatutaria reconoce la existencia de otras dos categorías de Abogados: los *sin ejercicio* y los *no ejercientes* (art. 9.3 y 4, respectivamente). A la vista de su art. 13, creo que estas dos especies de Letrados no deben integrar, en modo alguno, el elemento típico *profesional* del art. 199.2 del Código Penal, mucho más si se repasa la letra del art. 6 del Estatuto, que les habilita como máximo a utilizar la denominación de Abogados, pero poco más. Los términos escogidos por el Decreto (*sin ejercicio* y *no ejer-*

cientes) son suficientemente ilustrativos en orden a fijar las competencias de estos Abogados, nunca profesionales, y, por ello, lejos de ser susceptibles de integrar la norma penal en blanco a la que me vengo refiriendo, a menos que se quiera utilizar inapropiadamente la analogía o la interpretación extensiva contraria a reo, siempre proscrita en nuestro ordenamiento penal.

Igualmente, el autor de un delito de intrusismo por realizar actos propios de un Abogado no podrá ser castigado, en régimen de concurso ideal, por la divulgación de los secretos conocidos en el seno de su ingerente actuación. Si no es profesional a los efectos del art. 403 —por carecer del título que reclama el art. 13.1 c) del Estatuto de la Abogacía—, tampoco lo será para integrarse en el tipo contra la intimidad. También en 1998 abogué por la creación de otra modalidad agravada del delito de intrusismo que castigase con mayor severidad, no sólo al que se atribuya públicamente la condición de profesional, sino también al que haga uso de la información secreta adquirida de manera tan artera.

Sujeto pasivo es el *cliente*, concebido en sentido lato, es decir, más allá de aquel que ha designado expresamente a su Abogado de acuerdo con los usos forenses. Ya dije que la actuación de estos profesionales alcanza también, por ministerio estatutario, a las labores de *asesoramiento o consejo jurídico*, con independencia, además, de que sean gratuitas o remuneradas, pues el criterio de la retribución es incapaz de solucionar cualquier dilema relacionado con esta materia que pudiera presentarse.

Respecto a las personas jurídicas, el art. 200 del Código Penal dice que *lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes.*

2. Acción típica

Genéricamente, no resulta nada pacífico referirse a la conducta típica cuando de delitos contra la intimidad se trata, pues, desde los Códigos decimonónicos, los legisladores han venido utilizando diferentes verbos para designar lo mismo. *Difundir, revelar, descubrir o divulgar* se vienen de forma tradicional mezclando en la regulación de esta especie de infracciones, asignándosele en el texto de 1995 la correspondiente conjugación del último de los citados a la que se analiza; esto es, el delito se consuma cuando el Abogado *divulga* el secreto profesional que el cliente le ha confiado.

Este panorama se agrava si se tiene en cuenta que la jurisprudencia no hace un esfuerzo especial

en orden a la delimitación más o menos precisa de las distintas conductas típicas, pero, en cualquier caso, sí tiene claro —en conexión con el significado etimológico del verbo— que, cuando de divulgar se trata, *es tanto como dar a conocer a otros lo que uno sabe secretamente* (STS 4 de abril de 1972).

Así las cosas, no se explican bien las razones por las que, para la consumación de la figura, la materia velada ha de llegar, imperativamente, a más de una persona, mucho más si se tiene en cuenta que, *de lege ferenda*, preferimos que —una vez desgajado del tronco común del art. 199.2 y situado en sede de infracciones contra la administración de justicia— se instaure una modalidad agravada de este delito, consistente en transmitir la información a la parte contraria, o al Juez o al Abogado, como ocurría en nuestro derecho histórico (cfr. Ley IX, Título VI de la Tercera Partida), por el mayor grado de compromiso que alcanzan los derechos del justiciable delatado en el proceso. De igual manera, constituye una incomprensible paradoja que la conducta típica del párrafo precedente, que disciplina la violación de secretos *de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales*, sea la mera *revelación*, que —siempre para no abandonar los cánones más elementales de la interpretación gramatical— no exige que los destinatarios de la información oculta superen el número de uno.

Por todo ello, es menester, otra vez, un tratamiento más detenido y metódico de la cuestión, que pasa por uniformar las acciones típicas del art. 199 del Código Penal, con supremacía de la *revelación*, o el uso de alguna forma alternativa que no deje dudas acerca del modo en el que el delito, por así decir, ha de ser escenificado. Porque lo que se ha de castigar, en efecto, es el acto de *transmitir* el secreto profesional, verbo que no conoce de la cantidad de sus destinatarios: se puede *transmitir* a uno, o a varios, y, en todos los casos, por ministerio de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Estatuto General de la Abogacía, la revelación es delictiva.

Sea como fuere, el deber de sigilo no se libera por el paso del tiempo (art. 5.7 del Código Deontológico), y la transmisión prohibida alcanza, como sabemos que demandaba la Ley Orgánica del Poder Judicial para los Abogados, a *todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*, ya sean extremos trascendentes, o no, para la articulación y ejercicio del derecho de defensa del justiciable, o meras consultas o labores de asesoramiento, todo ello como se explicó en su momento.

3. *Iter criminis*

De acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, y con el contenido del bien jurídico que propuse, a mi juicio, el delito se consuma con la quiebra de la confianza que el cliente deposita en su Letrado, por lo que no cabrían la tentativa acabada o inacabada, aunque bien es cierto que las formas imperfectas de ejecución de los delitos de divulgación de secretos sólo se han propuesto hipotéticamente por la doctrina.

La adopción del criterio de la confianza como valor preponderantemente tutelado me inclina a concluir lo anterior. Porque, si entendiera, por el contrario, que es la intimidación la que prevalece, sí que cabría conjeturar que la tentativa es posible, acogiendo el clásico ejemplo de la carta delatora que es interceptada antes de llegar a su destinatario. Siguiendo con el ejemplo, el Abogado que redactara un documento de esa especie ya se aparta de la confianza debida con ese hecho, con independencia de que se demostrara, o no, la transmisión a terceros. No cabe otra posibilidad, a la vista de lo que prevé el art. 16 del Código Penal, que regula el instituto de la tentativa, y que precisa, como presupuesto esencial, que *el sujeto da principio a la ejecución del hecho directamente por hechos exteriores*. Pues bien: la afloración de la materia cubierta por el secreto profesional —ya sea oral o escrita— sitúa al delito en grado de consumación, pues lo que el cliente espera es que lo confiado para el trazado de la estrategia procesal no encuentre cauce divulgativo de clase alguna, salvo que medie su consentimiento, como explicaré en su momento.

Por eso, resulta ser poco funcional, a estos efectos, el mantenimiento de la acción típica *divulgue*, e incluso es necesario admitir que, *de lege lata*, sin atender mis propuestas de depuración y emancipación del tipo, no admitir una posible tentativa de la infracción estudiada pasaría por una interpretación de la citada conjugación poco respetuosa con el principio de legalidad, y, singularmente, con las prohibiciones de dilatación inmotivada de los tipos que de aquél derivan.

4. Participación

Como delito especial que es, la participación de terceros (*extraneus*) en su dinámica comisiva presenta no pocos inconvenientes de naturaleza técnica, que han originado una rica discrepancia doctrinal y jurisprudencial, que merece ahora, simplemente, ser apuntada, pues su resolución excedería con mucho el objetivo de este trabajo.

Para buscar la solución al problema, al menos respecto a la figura que se analiza, ha de partirse

de su catalogación como delito especial *propio*, es decir, que no encuentra referente en otro tipo penal común de similar contenido. Las especiales connotaciones típicas que conforman el art. 199.2 del Código Penal, así como la condición de confidente necesario del sujeto activo, o el ámbito en el que se produce la confesión, hacen que no resulte posible encontrar el ilícito penal genérico que, de haberse erradicado, trasformaría al delito del citado precepto en especial impropio.

Con estos planteamientos, estimo recomendable no quebrar la unidad del título de imputación, de suerte que los partícipes del delito de revelación de secreto profesional del Abogado —y, por extensión, del resto de *profesionales*—, responderán por serlo de este delito, de acuerdo con las correspondientes normas de imposición de la pena.

IV. Tipo subjetivo

Con el nuevo orden de cosas que fija el Código Penal de 1995, no queda margen alguno para admitir, siempre y en todo caso, formas imprudentes de las diferentes categorías delictivas, pues éstas *sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley* (art. 12).

No encontramos que ninguno de los delitos contra la intimidación puedan cometerse en su modalidad imprudente, y, *de lege lata*, nada más que añadir, abandonándose así el sistema del anterior Código que, respecto al denominado delito de prevaricación de Abogado, preveía el castigo para aquellos Abogados que descubrieran los secretos de su cliente *con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables*. En el mismo texto de 1995 (art. 467), además, sí se contempla la modalidad culposa cuando de perjudicar los intereses del cliente se trata, descubriéndose una línea de hipotética responsabilidad penal por comisión culposa en supuestos de revelación del secreto profesional, pero siempre, claro está, que se pruebe —como demanda dicho art. 467— el perjuicio que se le arroga al cliente.

En otro orden de cosas, entiendo que es correcto apreciar dolo eventual en la actuación desleal del Abogado, pero con la cautela debida, por cuanto muchas de sus revelaciones se encontrarán amparadas por el ejercicio legítimo del derecho de defensa, persiguiendo el beneficio del defendido, por lo que en la práctica resultará difícil, aunque se admita doctrinalmente, arrastrar la delación hacia la citada categoría de dolo.

Por último, mal porvenir tiene la invocación del error por parte del Letrado acusado de revelación de secreto profesional. Con independencia de que

es popularmente conocida la obligación de sigilo que afecta a determinadas ocupaciones, el art. 2.2 del Estatuto General de la Abogacía deja sentado que *en el ejercicio profesional, el Abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional y al consiguiente régimen disciplinario colegial*. Además, el art. 16.1 de la misma norma añade: *los Abogados, antes de iniciar su ejercicio profesional por primera vez, prestarán juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y del fiel cumplimiento de las obligaciones y normas deontológicas de la profesión de Abogado*.

V. Antijuridicidad

Comienzo este epígrafe afirmando que el consentimiento del cliente excluye la tipicidad de la conducta divulgadora. Al menos, desde una perspectiva criminal (en contra, con discutible criterio, cfr. art. 5.8, *in fine*, del Código Deontológico), debe ser así, pues, en puridad, no se advierte, en esos casos de anuencia del cliente, lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno: no se fractura la confianza, pues se libera, por así decir, al profesional de su obligación legal de sigilo. La cuestión se escapa, pues, de la letra del art. 199.2 del Código Penal, transformándose el juicio que merece la divulgación en ético o deontológico, y siempre en la medida en que la revelación pública haya sido gratuita, y no pueda racionalmente anudarse al ejercicio del derecho a la defensa reconocido en nuestra Constitución.

Precisamente, han sostenido en la doctrina la ineficacia absoluta del consentimiento quienes han puesto el acento en la dimensión colectiva del valor protegido, cifrándolo en la administración de justicia. Pero, por mi parte, y siendo la confianza un bien jurídico de naturaleza individual, no puedo admitir este criterio.

En vía de principio, se entiende que todo cuanto ha contado el cliente puede ser utilizado públicamente, si fuese preciso, para la articulación de la defensa técnica que el Letrado tiene encomendada, siempre en aras del estímulo de un pronunciamiento favorable para esos intereses confiados, sobre todo en momentos en los que la consulta de tales menesteres deviene imposible, como ocurre en determinadas fases del juicio oral, o, por ejemplo, en la práctica de diligencias en la instrucción penal a las que el cliente no tiene acceso. Adquiere carta de naturaleza, en suma, el consentimiento presunto, que, salvo pacto en contrario, es eficaz para desvestir de tipicidad las posibles

indiscreciones —que no serían tales *strictu sensu*— del Abogado.

Lo anterior conecta íntimamente, como ya se ha señalado, con la aplicación de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho —el de defensa—, en la que el Letrado podrá encontrar auxilio en supuestos en los que no quede demasiado claro hasta dónde llega la vigencia del consentimiento. El repetido derecho a la asistencia letrada entiendo que actúa como válido canon interpretativo en orden a la valoración de la antijuridicidad de la actuación profesional tildada de indiscreta. El ejercicio, en la práctica, no tiene nada de sencillo, exigiéndose máximo detenimiento a la hora de ponderar los intereses en juego, pero la regla general debe ser que, en cumplimiento del art. 30 del Estatuto de la Abogacía, *la defensa en derecho de los intereses que le sean confiados* por el cliente tolera el uso por el profesional de información transmitida por su defendido en régimen de confidencialidad. Eso sí, la constancia de una negativa expresa de aquél, aun a costa de resultar condenado, incluso a una pena privativa de libertad, cercena los efectos de la eximente citada, que cede ante otros derechos de naturaleza individual de los que justiciable, siempre y en todo caso, goza.

No queda, de ninguna manera, protegido por la eximente de ejercicio legítimo de un derecho el anuncio de comisión de delitos futuros por parte del cliente, ya que, además, en estos casos, entiendo que no se está ejercitando el derecho de defensa por parte del Letrado; antes bien, la obligación legal de denunciar le alcanza de plano. Como bien concluye la STS de 22 de diciembre de 1998, *al socaire del derecho-deber de guardar el secreto profesional no puede pretenderse —obviamente— la impunidad de estos profesionales del Derecho*.

En esta misma sede de antijuridicidad —abordando la posible concurrencia de la eximente de estado de necesidad— planteé en mi monografía ya citada, como mera hipótesis doctrinal, la posibilidad de que el cliente imputase a su Abogado la comisión de un determinado delito, llegando, por mi parte, a la conclusión de que, según decía, *el Abogado, ante la testifical incriminatoria de su cliente, puede anteponer, desde luego, y ab initio, su derecho fundamental a la defensa, al honor, y hasta a la libertad, pues no será nada improbable que la condena sea una pena privativa de libertad, traicionando una confianza que, por ende, bastante maltrecha ha quedado ya con la declaración falsamente delatoria de su representado*.

Curiosamente, la Audiencia Provincial de Las Palmas, en su reciente sentencia de 12 de noviembre de 2001 —desconozco en este momento si ha sido recurrida en Casación—, valora la validez de

la prueba documental aportada por un Abogado al Juzgado que conocía de las diligencias en las que se encontraba imputado su cliente, por cuanto éste, según recoge el resultando de hechos probados, manifestó que *el sello del Ayuntamiento que obra en el pagaré o fue un error o el Sr. Abogado, de forma intencionada, se lo ha puesto valiéndose de su prestigio de ser Abogado*. Es decir, que para restañar su honor y dignidad personales y profesionales, el Letrado aludido suministró pruebas de cargo para su cliente, contra su expresa voluntad, acordando el citado órgano jurisdiccional que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal actuación *ha vulnerado el secreto profesional a que estaba obligado, violentando el derecho fundamental a la defensa de su cliente*, encontrándonos, además, ante un *supuesto de frutos del árbol envenenado que eliminan, por contaminadas, las únicas pruebas de cargo que la Sala ha podido tener en cuenta*.

Y ahí se queda la mencionada resolución, que huye de cualquier valoración jurídico-penal de la actuación del Abogado, sin apreciar la posibilidad de deducción de testimonio, aunque esto pudiera justificarse por la condición de delito privado que, como forma de atentado contra la intimidad, alcanza a esta violación de la confianza (art. 201 del Código Penal). Ante la evidencia de los hechos —la realidad, en la administración de justicia supera, en ocasiones, a la ficción—, la Sala equilibra extraordinariamente los intereses en juego, no insinuando siquiera la persecución penal del Abogado, pero absolviendo al cliente acusado de los delitos por los que venía siendo acusado.

Sea como fuere, la invocación del estado necesidad, y hasta de la eximente de legítima defensa del honor, a costa de los Letrados que tengan que padecer la acusación de la comisión de un delito por parte de sus clientes, les liberaría de una posible responsabilidad criminal, que devendría inapropiada, por mucho que me parezca recomendable fortificar el valor de esta clase de discreción y erradicar de los usos forenses que persiguen su relajación inmotivada.

VI. Intervención de las comunicaciones entre cliente y Abogado

1. Entrada y registro en el bufete

El bufete profesional del Abogado se constituye, en la gran mayoría de las ocasiones, en el *templo* donde se custodian documentos esenciales para la defensa del cliente, por lo que es necesario plante-

ar las siguientes interrogantes: ¿es posible el registro legal del despacho? ¿Con qué límites?

El Estatuto General de la Abogacía, en su art. 32.2 responde a la primera pregunta, cuando dispone que *en el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuese requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un Abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional*. Se admite, pues, por la norma estatutaria, la existencia de entradas y registros en los bufetes, reforzándose aparentemente las tradicionales garantías relacionadas con esta actuación inquisitoria con la voluntarista presencia del Decano del Colegio de Abogados. Lo que no explica el precepto transcrito es en qué casos se podrá verificar la diligencia, a la vez que abre una primera línea de crítica del tratamiento de esta importantísima cuestión, pues, como ocurría en el anterior Estatuto de 1982, se comienza la redacción de la disposición con la cláusula *en el caso*, lo que nos indica que no nos encontramos ante una imperativa obligación del Decano, sino ante una suerte de recomendación cuya evitación no produce efecto de clase alguna, ni siquiera en lo atinente a la validez de la prueba documental obtenida, en su caso, de esa manera.

La preservación del secreto profesional del Abogado no debe quedar sometida a meras normas de cortesía o a eventualidades. El párrafo segundo del art. 32 del actual Estatuto General de la Abogacía es un precepto lábil y pacato, absolutamente impropio de la materia que trata de disciplinar, pues lo que se le presumía era un tenor bien diferente, de marcado carácter categórico y coercitivo del que, como se ve, adolece. Recuérdese que la presencia del Decano del Colegio en estas diligencias cumple, cuando suceda, una doble función: una, *simbólica* —diferenciar estos registros del resto, dada la entidad de los intereses que pueden verse acumulativamente lesionados a los habituales en esta clase de pesquisas—, y la segunda, *garantizadora* del secreto profesional del Abogado.

Como presupuesto ineludible para avanzar en el desarrollo de este epígrafe, ha de señalarse que estos espacios deben ser tenidos, en todo caso, como auténticos *domicilios*, lo que reconoce indubitablemente la STS de 11 de octubre de 1993: *el despacho de un ciudadano pertenece a la esfera de privacidad protegida por la Constitución aunque no esté situada en el lugar donde el ciudadano tiene su domicilio en sentido estricto*. Este extremo resulta trascendente, por cuanto los registros efectuados en domicilio exigen mayores cautelas en

orden a la salvaguarda de los derechos fundamentales recogidos en los dos primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución que los que se realizan en edificios o lugares públicos, hasta el punto que el art. 202 del Código Penal castiga con la pena de seis meses a dos años al que entra o se mantiene en morada ajena, y el 203 rebaja el límite máximo hasta el año de prisión cuando la irrupción afecte al *domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura* (cfr., en tal sentido, la STEDH de 16 de diciembre de 1992, caso Niemietz).

No obstante, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal —preocupada por la regulación de los registros en Palacios Reales, buques nacionales mercantes, tabernas, fondas o casas de comida, con un pertinaz anacronismo— se le olvida introducir alguna singularidad avalista del secreto profesional del Abogado en sus arts. 545 y ss. Así que, *de lege lata*, únicamente cabe aportar la declaración no imperativa del art. 32 del Estatuto de la Abogacía, las prerrogativas genéricas de la ley adjetiva y, también con carácter programático y no individualizado, lo previsto en el art. 18 de la Constitución.

Sentado esto, entiendo que, en régimen de absoluta exclusividad, no debe efectuarse la entrada y registro en el bufete profesional sino en aquellos casos en los que se investiga al propio Abogado por la comisión de delitos graves —y utiliza el despacho como depósito de pruebas inculpativas contra sí—, o bien si la infracción que ha cometido consiste, precisamente, en encubrir al cliente, albergándolo en esa sede profesional, o escondiendo allí el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito que aquél cometió. Más allá, nunca habrán de ordenarse este tipo de medidas, por mucho que la autoridad interventora tope con pruebas de cargo que, por doquier, y respecto a otros procedimientos ajenos al que se investiga, pudieran encontrarse amparadas por el secreto profesional.

Y, naturalmente, ya que no se nota especificidad alguna en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para estas delicadas intervenciones, al menos que se manejen con detenida escrupulosidad los artículos que tratan de la materia. Para empezar —y por si no estuviera el Decano del Colegio de Abogados o quien estatutariamente le sustituya, como resulta ser posible—, será preciso recordar que el art. 552 de la Ley de procedimiento obliga a que *al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se*

adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesan a la instrucción. Adáptese, en consecuencia, esta exigencia a la materia de referencia, extremando generosamente las precauciones, y siempre con la imprescindible motivación del Auto que autoriza la medida limitadora de derechos fundamentales como catálogo del cómo y hasta dónde puede desarrollarse el registro, dadas las particularidades que lo rodean, y con manifiesta mención de las mismas.

2. Intervenciones telefónicas

Tampoco el art. 579 —párrafos segundo y tercero, introducidos en mérito de la Ley Orgánica 4/1988— de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula esta clase de controles, excepciona, en modo alguno, el del Abogado, cuyo teléfono, consecuentemente, es como el del resto de los ciudadanos a estos concretos efectos. La censura, ahora, es acorde con la que se desarrolló en el epígrafe precedente, esperando que la anunciada reforma de la Ley adjetiva sea sensible a estas consideraciones, tomando como criterio rector que el único valor que se compromete, cuando de los Letrados y sus clientes se trata, no es la intimidad de alguno de ellos, sino que se precisa, para un correcto entendimiento de la cuestión, la lectura del art. 24 de la Constitución.

De acuerdo con los citados preceptos procesales, se distingue entre la *intervención* y la mera *observación*, la primera privativa de los que ostentan la condición de procesado, y la segunda que opera en supuestos de simples indicios de criminalidad, ambas con el denominador común de tener que someterse a una serie de exigencias elaboradas por la jurisprudencia ante la palmaria insuficiencia normativa que se descubre, y a ellas hay que aferrarse para, de ese modo, y como ocurría con los registros en los bufetes, tratar de moldear esos presupuestos al calor de la significación forzosa del secreto profesional del Abogado.

Así, pongo el acento en la proporcionalidad que nuestra doctrina jurisprudencial invoca para acabar concluyendo que únicamente en supuestos de comisión presunta de delitos graves por el Abogado cabe sostener la legalidad de la intervención, pues destierro de plano, por esa necesidad de ponderación, que el teléfono del Abogado pueda ser observado. Y no se entienda como una prerrogativa, sino como otro exponente más de la trascendencia que el secreto profesional ha adquirido en la actualidad. El Letrado, en ocasiones, y en el ejercicio del derecho fundamental a la defensa, no debe comunicarse con sus clientes constreñido por la posibilidad efectiva de tener *pinchado* su

teléfono, ni se pretenderá que las pruebas así obtenidas puedan abrazar, antes o después, el atributo de lícitas.

Apoya esta postura la STEDH de 25 de marzo de 1998, caso Koop contra Suiza —merece una lectura detenida—, que condena a este Estado por vulnerar el secreto profesional del Abogado, a la vez que advierte que el *derecho suizo, escrito y no escrito, no indica con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en este terreno*. Y bien es cierto que, lamentablemente, y al margen de las garantías que globalmente dispone la jurisprudencia patria en la materia, la censura es extensible a nuestro ordenamiento. Pero, dejando estas apreciaciones el margen, la sentencia declara que *las disposiciones legales en cuestión pretenden proteger la relación profesional, sobre todo entre un Abogado y sus clientes. Para que se respete esta relación privilegiada, hay que partir del principio de que todas las comunicaciones telefónicas de un despacho de Abogados revisten un carácter profesional. No se podría admitir la interpretación de las autoridades suizas según la cual estos artículos les permiten grabar y escuchar las conversaciones telefónicas de un Abogado antes de determinar si entran dentro del secreto profesional*.

En nuestro país, la STS de 24 de mayo de 1999 parece ir todavía más allá, condenando, en vía administrativa, a una Abogada que consintió que en su despacho profesional, aunque sin su presencia, se grabara una conversación entre su defendida y la denunciante, aportando más tarde en el procedimiento como prueba documental la cinta. La Sala estimó que *es muy distinto el hecho de que un cliente grabe sus propias conversaciones con el contrario de aquel otro en que para la grabación se ha utilizado el propio despacho del Abogado, el cual está sometido a estrictos deberes de confidencialidad, de lealtad y de respeto, no sólo con su cliente, sino con la parte contraria*.

3. Intervención de la correspondencia

Como señalé en mi monografía en 1998, no va a variar demasiado el planteamiento sostenido en lo relativo a la limitación de derechos fundamentales del Abogado y de sus clientes por vía de detención o apertura de la correspondencia escrita o telegráfica: ante la ausencia de instrumentos legales que delimiten y clarifiquen estas indagaciones, sólo queda refugiarse en las garantías suministradas por la jurisprudencia (esos *faros orientadores* a los que, de manera gráfica, se refiere la STS de 5 de octubre de 1996), a su vez, readaptadas a la

materia del secreto profesional del Abogado, en un ejercicio de envío y reenvío de todo punto inmerecido por tan relevante instituto.

Por lo que respecta al enunciado de este epígrafe, dice el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que *podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa*. Después, sigue la misma ley declarando otras garantías, como la posibilidad de que se encuentre presente el *interesado* (que, paradójicamente, nulo interés tiene en la práctica de la diligencia) cuando se abra y registre la correspondencia incautada, o la previsión de que ésta se entregará en el acto al *susodicho interesado*, o a su representante, cuando resulte no relacionarse con la causa investigada. Del Decano del Colegio de Abogados, o quien estatutariamente le sustituya, no se dice nada ahora, y de qué haya de entenderse por *correspondencia*, tampoco, a pesar de los avances tecnológicos que estimulan de manera creciente la comunicación telemática entre particulares.

Ante este panorama, otra vez, me decanto por proponer que la correspondencia entre el Abogado y su cliente sea tenida por impenetrable por extraño alguno, aunque la detente en base a una cobertura formalmente legal. No ocurre así en la actualidad, pues, al menos, el art. 46.6 del Reglamento Penitenciario, de forma expresa, establece que *las comunicaciones escritas entre los internos y su Abogado defensor sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial*. De la lectura de este precepto se concluye, en consecuencia, que la correspondencia entre el Letrado y su cliente es susceptible de ser incautada legalmente; sólo basta que lo acuerde el Juez o Magistrado correspondiente. Pero poco más se añade en la disposición reglamentaria, lo que no encuentra tampoco demasiada justificación, porque, a mi juicio, el legislador tendría que haberse preocupado de precisar más la materia que ha de ser intervenida.

Así, por exclusión, debería haberse declarado la ilicitud de aquellas interceptaciones del correo cuyo contenido tenga que ver con el procedimiento por el que se encuentra en prisión el cliente. Dejar esta limitación al albur de la interpretación jurisprudencial que ha merecido el derecho fundamental a la intimidad, o las normas que regulan el secreto profesional de los Abogados, parece, cuanto menos, bastante temerario. Pudiera admitirse, en fin, la posibilidad de intervenir estas comunicaciones sin merma de ley alguna si, con ello, se persigue la evitación de delitos futuros, absoluta-

mente extraños al que mantiene interno al acusado o condenado, y siempre que el profesional de la Abogacía no ejerza, de esa suerte, el derecho de defensa, sino que se valga arteramente del mismo para conseguir que se acabe consumando, por ejemplo, la voluntad delictiva de aquéllos.

Nuevamente, abona esta tesis —partiendo de la base de que, salvo casos excepcionalísimos, la correspondencia entre Abogado y cliente es, por su propia naturaleza, intocable— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 25 de marzo de 1992 (asunto Campbell contra Reino Unido) y la más cercana de 20 de junio de 2000 (caso Foxley también contra Reino Unido). La segunda de ellas, en la que se condena al Estado demandado por permitir que una administradora judicial, por sí y ante sí, abriera y leyera la correspondencia del demandante con sus defensores, declara que *la relación Abogado-cliente es, en principio, confidencial y la correspondiente en este contexto, cualquiera que sea su propósito, trata de cuestiones de carácter confidencial*. En verdad, llevar estos enunciados hasta sus últimas consecuencias, aun a costa de hacer cambiar los designios tolerantes del art. 46.6 del citado Reglamento Penitenciario, supondría un reforzamiento deliberado de las garantías que se derivan de la vigencia del art. 18 de la Constitución, a la vez que haría buena la máxima jurisprudencial de que la verdad en el procedimiento no debe ser encontrada a toda costa. O, al menos, no con aniquilación de la confidencialidad que, en efecto, habría de predicarse de las necesarias comunicaciones entre el Abogado y sus defendidos.

4. Comunicaciones en la prisión

Se trata de una relación privativa, como es natural, del procedimiento penal, y con un escenario muy concreto, cual es el locutorio de la prisión, y que constituye una estampa clásica, por lo demás, del ejercicio de la profesión.

La regulación de estas comunicaciones, como la de la correspondencia escrita, tiene, al menos, la ventaja, por así decir, simbólica, situando al Letrado en una situación de excepcionalidad tributaria de la imprescindible preservación del secre-

to profesional. El art. 51.5 de la Ley General Penitenciaria contempla que *las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la Autoridad judicial competente, pese a lo cual su párrafo segundo reconoce una excepción a este régimen general: 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 les 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*.

Queda, de esta forma, salvaguardado con el máximo grado de protección el secreto profesional del Abogado —y del Procurador— en este ámbito, por encima, incluso, al del sacerdote, lo que tampoco saluda con agrado. Y, por ende, como declaró la STS de 23 de abril de 1997, la imprescindible autorización judicial —y no meramente administrativa— y su incardinación en procedimientos de terrorismo, *son condiciones habilitantes acumulativas*, de modo que, el hecho de no concurrir la primera de las exigencias en el caso que se enjuiciaba (internos del comando Madrid de ETA comunicando con sus Abogados con *errónea creencia de que está legitimado para la intervención de las comunicaciones* del Director de la prisión en funciones), *constituye una actuación vulneradora del derecho fundamental a la defensa, cuyo resultado no puede surtir ningún efecto probatorio*.

Como mantenía en el epígrafe anterior, hubiera sido preciso añadir que el objetivo de esta intervención quedara contraída a prevenir futuros delitos, utilizándose al Letrado comunicante como *correo* de los objetivos criminales de los internos, en evitación de que los ciudadanos, sean los que sean, vean menoscabados alegremente su derecho fundamental a la defensa, del que gozan sin cortapisas, por lo que, en suma, la naturaleza del delito no exime a estas irrupciones en el ámbito de lo privado de someterse a demandas que no hacen sino fortificar la administración efectiva de la justicia en España.