

# La injerencia de la Administración Penitenciaria en las comunicaciones del interno con su abogado

(A propósito del Auto de la Audiencia Nacional  
20-12-1993)

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

Fiscal. Doctor en Derecho.

**SUMARIO:** I. El Auto de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 1993 o el ejemplo de una solución tardía.—II. El artículo 51 de la LOGP y sus aparentes antinomias.—III. La solución del Tribunal Constitucional.—IV. Razones de una nulidad probatoria.—V. Insuficiencias de la LO 4/1988, de 25 de mayo, como instrumento normativo de referencia.—VI. El devenir parlamentario del artículo 51 de la LOGP: los efectos de una precipitada adición.—VII. Sistematización conclusiva de las hipótesis de suspensión de las comunicaciones.

## I. EL AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE DICIEMBRE DE 1993 O EL EJEMPLO DE UNA SOLUCIÓN TARDÍA (1)

El auto de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN) de fecha 20 de diciembre de 1993 (Procedimiento

---

(1) Hallándose este artículo en imprenta, el Boletín Oficial del Estado de 26 de julio de 1994, publicaba la sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20 de junio, recaída en el recurso de amparo núm. 587/1992, interpuesta contra el acuerdo del Director del Centro Penitenciario de Alcalá-Meco, de 1 de noviembre de 1990, en el que por razones de seguridad y buen orden del establecimiento, se decidía la intervención de las comunicaciones escritas del recluso JCS, encarcelado entonces en dicho centro en calidad de preso preventivo por un delito de pertenencia a banda armada. Dicha orden fue ratificada y ampliada a las comunicaciones orales por la

Abreviado 14/1993, Rollo 25/1993), dictado en la audiencia preliminar habilitada por el artículo 793.2 de la LECRI. ha declarado, entre otros pronunciamientos, la nulidad de la intervención de las conversaciones mantenidas entre varios reclusos condenados por su pertenencia a la banda terrorista ETA y el abogado de uno de ellos. Tal resolución, apoyada en un entramado argumental de apreciable solidez, no ha podido impedir, sin embargo, una cierta perplejidad colectiva ante las peripecias procesales de una investigación que, por la naturaleza del objeto que le era propio, trascendía al interés del mero analista jurídico.

Con independencia del perceptible rechazo social que acompaña al ilícito imputado, es indudable que el transcurso de once meses desde la fecha de la intervención de las comunicaciones hasta el momento de la declaración judicial de su ilicitud, ha vuelto a poner de manifiesto la necesidad de reforzar la vigencia del principio de saneamiento en el proceso penal (2), impidiendo resoluciones que, de haber sido coetáneas a la vulneración del derecho fundamental cuando ésta fue denunciada, habrían permitido un efecto purificador del procedimiento investigador, ahorrando gravosas medidas cautelares, encauzando la labor investigadora con medios procesales idó-

---

Junta de Régimen y Administración del mismo centro el día 2 de noviembre de 1990. El importante giro interpretativo que el Tribunal Constitucional adopta en esta reciente resolución, hace obligada su cita y consulta, sin perjuicio de que a lo largo de este trabajo se hayan intercalado sus consideraciones más relevantes.

(2) Acerca de la formulación del principio de saneamiento en el proceso, *vid.*, LOZANO-HIGUERO PINTO y MARCHENA GÓMEZ, *La vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Granada, 1994, pp. 31 a 65; BARBOSA MOREIRA, «Saneamiento del proceso y audiencia preliminar», *Revista de Derecho Procesal*, 1986, esp. pp. 11 y ss. AYARRAGARAY, *El principio de inmaculación en el proceso*, Buenos Aires, 1959, pp. 31 y ss. Con idéntica orientación, ODERIGO MARIO, A., *Lecciones de Derecho Procesal*, tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 102. Para un detallado análisis de la interrelación predicable entre preclusión en el proceso civil, la comparecencia preliminar del juicio de menor cuantía y la función saneadora de ésta, puede verse LOZANO-HIGUERO PINTO, M. «Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales», en *Problemas Actuales de la Justicia. Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario*, AA.VV., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988, pp. 227 a 239. También se refiere a la función saneadora de la comparecencia previa MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil (análisis constitucional de la nulidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial)*, Ed. Colex, 1991, pp. 296 a 304. De este aspecto se ocupó LIEBMAN en sus anotaciones a la traducción brasileña de las *Instituciones* de CHIOVENDA, 2.<sup>a</sup> ed., Sao Paulo, 1965, pp. 378-379 del tomo I, nota 6, p. 379: «...la decisión del despacho saneador que ordena la prosecución del proceso realiza, por consiguiente, en todo caso, su función purificadora, visto como tiene siempre efecto de decisión preclusiva, explícita o por lo menos implícita, de las cuestiones indicadas por la ley». Sobre su incidencia en la reforma del proceso penal portugués de 1987, *vid.*, MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal*, Anotado, Coimbra, 1991, pp. 435-437.

neos y, lo que es más importante, no frustrando la confianza social en el proceso penal, para algunos, su verdadera fuente de legitimación (3).

La elogiada pulcritud técnica de la solución interpretativa que la Audiencia Nacional proclama del artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se torna en confusión, vaguedad e indefinición, cuando el órgano judicial se ocupa del análisis de los principios que informan el procedimiento abreviado y de la naturaleza a que responde la llamada «audiencia preliminar» que arbitra el artículo 793.2 de la LECri. Argumenta la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional:

«Conforme a los *principios* inspiradores de la regulación del predicho proceso, a saber: *oralidad, intermediación, concentración, preclusión y publicidad*, muy vario es el contenido de las posibles cuestiones a plantear, lo que lógicamente incidirá en la manera y efectos de su resolución. Se ha establecido, pues, un trámite o espacio procesal, previo a la práctica de la prueba, en el que el órgano jurisdiccional ha de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean, referidas a la misma, decidiendo de forma definitiva sobre su admisión, y a ello se refiere la *Ley Rituaria* al decir que se resolverá en el mismo acto, es decir, en el trámite procesal, y no en el instante de su planteamiento. Interpretación esta que resulta fundada de la articulación lógica del propio precepto y de los principios a los que responde (*concentración y de no de sucesión*, como acontece en el *proceso ordinario*), sino también del precedente que representa el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1992, en la Causa Especial 610/1990 —Caso Naseiro—, tramitada conforme al Procedimiento Abreviado...»

La lectura del razonamiento jurídico transcrito —la cursiva es nuestra— refleja un superficial y desordenado deslizamiento a través de los principios —algunos de ellos discutibles, otros no exclusivos del procedimiento abreviado— que han de inspirar una solución que respalde el atendimiento de la queja por vulneración de un derecho fundamental «no en el instante de su planteamiento», sino en el espacio procesal especialmente habilitado para ello por el artículo 793.2 de la LECri.

A las inferencias que la Sala obtiene de su particular visión de los principios inspiradores del procedimiento abreviado, se añade un argumento cuya sola formulación quiebra la ya de por sí debilitada línea argumental:

---

(3) Sobre la legitimación de la actividad judicial, véase GIMENO SENDRA, V.. «Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2-3, 1978, pp. 322 y ss.

«... Así como de las cuestiones hoy planteadas y sometidas a nuestro enjuiciamiento, *que por afectar a derechos fundamentales en la obtención de unas pruebas a practicar, requieren un reflexionado estudio, que, de por sí, precisa un tiempo ponderado para una resolución a insertar procedimentalmente en el trámite establecido, sin que ello suponga ruptura alguna en la continuidad procedimental del juicio oral, interpretación esta que, en el sentir de la Sala, es la más conforme al precepto transcrito, de redacción poco feliz, que propicia las encontradas opiniones existentes en la doctrina científica.*»

Si el forzado recurso a los principios supuestamente inspiradores del procedimiento abreviado no justifica, a nuestro juicio, ese compás de espera que se impone a quien alega vulneración de derechos fundamentales en el marco de un procedimiento abreviado, la invocación como añadido argumento aplazatorio de la necesidad de «un reflexionado estudio», puede provocar la lógica desazón e inquietud interior a quien aguarda pacientemente la respuesta a su queja.

La declaración de nulidad de las pruebas obtenidas mediante la intervención de las conversaciones entre el recluso y su Abogado, se produce después de una medida cautelar privativa de libertad sufrida por éste de más de medio año de duración. ¿Cómo justificar la prolongación de una medida restrictiva del derecho a la libertad en función de la interpretación suscrita acerca de determinados principios procesales o de la exigencia de «un reflexionado estudio» para responder a la queja? ¿Puede sostenerse cabalmente que el procedimiento abreviado impedía sanear su mismo devenir en el momento en el que la nulidad de las pruebas fue peticionada? Las consecuencias que, en orden a la libertad del imputado, ha ocasionado la interpretación que se discute, sugieren por sí solas la respuesta.

Con independencia de la reflexión crítica que sugiere la apertura por el Tribunal de tan prolongado interregno, en espera de la llegada del *momento procesal oportuno y hábil* para el atendimiento de la queja por vulneración de derechos fundamentales, el adecuado entendimiento del auto de la AN aconseja un detenido análisis del alcance jurídico del precepto con arreglo al cual la Dirección del establecimiento penitenciario practicó la intervención de las comunicaciones luego declarada ilícita. Se trata, claro es, del artículo 51 de la Ley General Penitenciaria (LGP).

## II. EL ARTÍCULO 51 DE LA LOGP y SUS APARENTES ANTINOMIAS

Las dificultades interpretativas que acompañan al artículo 51 de la LGP se adivinan, sin más, por la simple lectura de su contenido. En él se advierten contradicciones, a primera vista inconciliables, lo

cual atribuye un estimable valor a todo esfuerzo exegético de finalidad completiva. Señala el referido precepto:

«1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

2. *Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.*

3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento.

5. *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.»*

Repárese en la aparente antinomia que encierran los números 2 y 5 del mismo artículo. Mientras que el primero advierte que las comunicaciones del interno con su Abogado y Procurador *no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*, el segundo legitima la *suspensión o intervención motivada* «de las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo», por orden del *Director* del establecimiento, *dando cuenta a la autoridad judicial competente*.

Como puede observarse, la incompatibilidad del mensaje normativo viene provocada por el último apartado del artículo que es objeto de análisis. Su contenido parece sugerir que las garantías derivadas de la intervención judicial y de la restricción del posible ámbito objetivo a los supuestos de terrorismo, proclamadas sin ambages en el número dos, dejarían paso a una posibilidad gubernativa de interferencia de aquellas comunicaciones, en el número cinco.

### III. LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La aparente contradicción de ambas proposiciones legales ya fue advertida por el Tribunal Constitucional (TC), que en su sentencia 73/1983, de 30 de julio (FJ 7, BOE núm. 197, de 18 de agosto) afirmó:

«... La interpretación de este precepto —51.2— ha de hacerse en conexión con la regla quinta del mismo, que regula la suspensión o intervención motivada por el Director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas, previstas en dicho artículo «dando cuenta a la autoridad judicial competente». *La interpretación lógica de uno y otro apartado de dicho artículo —que en cuanto afecta a derecho fundamental puede hacer este TC— conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el núm. 2 sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo además podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.»*

Como puede apreciarse, el TC reduce el conflicto interpretativo proclamando la inviolabilidad de las comunicaciones del interno con su Letrado, sin más posibilidad de entrometimiento institucional que la que podría legitimar la autorización judicial (art. 18 CE). Tal regla general quebraría, sin embargo, en los casos de terrorismo en que la fuente legitimadora de la injerencia en las comunicaciones del interno, podría provenir del Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.

La tesis interpretativa del TC, rechazada por la AN, no despeja todas las incógnitas que el precepto encierra. De hecho, tampoco le habría sido exigible al Alto Tribunal mayor explicitud aclaratoria, pues ello podría suponer un exceso objetivo respecto de los términos en que el recurso de amparo había sido promovido. En cualquier caso, conviene extraer, de la misma sentencia 73/1983, algunos recordatorios del TC acerca del sentido y control de la legalidad penitenciaria (FJ. 6):

«... La Administración penitenciaria no está exenta de un control judicial, habida cuenta de las garantías establecidas en el artículo 9.3 de la CE y las fijadas en el artículo 106.1 de la misma CE, al tiempo que *es necesario valorar si la injerencia de las comunicaciones está prevista legalmente.*

Es el *Juez de vigilancia penitenciaria*, por imperativos especialmente del artículo 76.1 y 2 g) de la Ley Orgánica 1/1979, conocida por la Ley General Penitenciaria, quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, en los términos previstos en los artículos 25.2, 24 y

9.3 de la CE., al constituir un *medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*»

Reitera tal exigencia de control de la legalidad penitenciaria la sentencia del TC 2/1987, de 21 de enero (BOE núm. 35, de 10 de febrero), que adjetiva al Juez de Vigilancia Penitenciaria como «pieza clave del sistema penitenciario». Razona el TC —FJ. 5—:

«La Ley General Penitenciaria ha optado por una composición meramente administrativa de los órganos que intervienen en la disciplina penitenciaria, subrayando con ello el carácter *técnico* de la Administración Penitenciaria, pero ha asegurado la judicialización de la ejecución de las penas a través del sistema de control judicial (previo o posterior, según los casos), y cuyo adecuado funcionamiento es no sólo la garantía de conformidad a la Ley de la actividad penitenciaria, sino también de la protección de los derechos fundamentales de los detenidos (...). Es claro así, que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria constituyen una *pieza clave* del sistema penitenciario, para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos, y que, por ello, debe garantizarse y exigirse, también constitucionalmente, la actuación de estos órganos especializados.»

Como ya se ha indicado con anterioridad (4), el propio Tribunal Constitucional ha reducido el valor interpretativo de la doctrina acogida en la sentencia 73/1983. Recientemente, la STC 183/1994 ha calificado la interpretación entonces proclamada como «una declaración accidental o de *obiter dictum* (que) no se aviene con el sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al artículo 51 de la LOGP» (FJ 5). Para la renovada concepción del Alto Tribunal, el derecho de defensa que garantiza el artículo 24.2 de la CE se vio vulnerado por la aplicación de los acuerdos de la administración penitenciaria objeto de recurso al carecer la intercepción de las comunicaciones del interno demandante con su Letrado defensor de la necesaria habilitación legal. Razona el TC:

«Es evidente, en efecto, que el artículo 51 de la LOGP, distingue entre las comunicaciones que podemos calificar 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 artículo 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

---

(4) *Vid.* nota 1.

precisa el artículo 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del artículo 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.»

Del análisis de la diversidad de una y otra clase de comunicación, infiere el TC «... que el artículo 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones».

#### IV. RAZONES DE UNA NULIDAD PROBATORIA

El auto de la AN que ha declarado la nulidad de la intervención de las comunicaciones del interno con su letrado, no ha acogido la solución interpretativa propugnada por la sentencia 73/1983 del TC, ya comentada. Entiende la Sala de la AN (FJ. 10) que aquella resolución, «en realidad, no integra lo que es la *ratio decidendi* de la resolución y que constituye por contra un pronunciamiento accidental u *obiter dictum*, por lo que, consecuentemente, no tendrá el valor previsto en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al no constituir un auténtico precedente».

Al margen de la mayor o menor precisión técnica con la que la Sala de la AN invoca el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para justificar su disidencia, lo cierto es que tal distanciamiento —sólo parcial— respecto de lo declarado en la sentencia del TC 73/1983, era indispensable para salvaguardar la lógica defendida por la decisión anulatoria.

En efecto, el Auto de 20 de diciembre de 1993 toma como punto de partida hacia el desenlace anulatorio, la constatación de que «... ni con anterioridad ni con posterioridad al día 12 de enero, en que se practica la intervención y grabación de las conversaciones entre el acusado, en su condición de Abogado, y los internos de la Prisión de Alcalá-Meco (...) en el locutorio en que se encontraban, y hasta el día 30 de enero, en que se inician las Diligencias Indeterminadas 13/1993 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, no existió la menor intervención judicial controladora de la actuación de la Administración Penitenciaria».

Tras un detallado y prolijo análisis del régimen jurídico de la limitación de las comunicaciones y de la normativa antiterrorista (FJ 4), la Sala sienta la siguiente premisa general condicionante del proceso deductivo:



«... nos encontramos ante un supuesto de intervención de las comunicaciones tenidas entre dos personas que tienen una situación personal muy distinta, una es una persona libre en plenitud de ejercicio de sus derechos y la otra es una persona presa en la doble condición de cumplimiento de penas y de preso preventivo en relación a algunos procedimientos sobre los que todavía no ha sido juzgado. La comunicación que mantienen, con independencia de su contenido final (...), se efectuaba en el marco de las comunicaciones de letrado con su defendido».

Esa esencial diferencia en el disfrute o restricción del círculo de derechos fundamentales entre el interno y su letrado, llevan a la AN a proclamar un divergente régimen jurídico a la hora de inmiscuirse en su privacidad. En otras palabras, si distinto es el *status personae* del interno y del letrado con el que se comunica, diferente ha de ser el marco normativo con el que, en su caso, justificar la injerencia.

De ahí, que la AN recuerde, respecto a la persona en libertad y, por tanto, en plenitud de derechos constitucionales, lo siguiente:

«... las limitaciones serían exclusivamente las previstas con carácter general en el artículo 18.3 CE —las acordadas judicialmente en los supuestos previstos legalmente y en las condiciones fijadas jurisprudencialmente (5)— y específicamente y en relación a las investigaciones correspondientes a bandas armadas o elementos terroristas, las establecidas en la Ley orgánica (6) que desarrolle lo previsto en el artículo 55.2 de la CE. Esta Ley orgánica debe prever la necesaria intervención judicial y control parlamentario de la posibilidad de suspensiones que prevé».

En cambio, respecto del otro interlocutor, es decir, del interno, recuerda la AN el contenido de dos preceptos de singular valor jerárquico-normativo. De un lado, el artículo 25.2 del texto constitu-

---

(5) Acerca de las exigencias jurisprudenciales para la legitimidad de la intervención de las comunicaciones, *vid.* singularmente, Auto del TS 18-junio-1992 (causa especial 610/1990), sents. TS 5-febrero-1988, 21-febrero-1991, 17-abril-1989 y 12-febrero-1990, 16-enero-1992, 25-junio-1993. *vid.* también sents. TC 128/1988, 27 de junio; 114/1984, 29 de noviembre; 199/1987, 16 de diciembre.

(6) Como es sabido, la LO 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución supuso el desarrollo legislativo de la previsión constitucional. Más adelante, la LO 9/1984, 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, derogó la anterior y fue objeto de los recursos de inconstitucionalidad 285 y 292/1985, interpuestos respectivamente por el Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco, dando lugar a la sentencia del TC 199/1987, de 16 de diciembre (BOE núm. 7, de 8 de enero de 1988). La LO 3/1988, 25 de mayo, de Reforma del Código Penal incorporó a éste preceptos que con anterioridad eran objeto de tratamiento en la legislación especial, derogando la LO 9/1984, 26 de diciembre. La posterior LO 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha completado el régimen jurídico antiterrorista.

cional, según el cual: «... el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». De otra parte, el artículo 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (7) que, tras reconocer el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia, no admite más injerencia de la autoridad pública que aquella que «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

En definitiva, sólo una adecuada cobertura jurídica podría justificar la interferencia de la privacidad. Tal es el sentido de la reserva legal que el artículo 25.2 de la CE hace respecto de las limitaciones derivadas expresamente de la «ley penitenciaria» o el artículo 8.2 del Convenio Europeo respecto de la necesidad de que tal injerencia se halle «prevista por la ley» y se trate de una medida necesaria y justificada por la concurrencia de los presupuestos que en el mismo se mencionan. De ahí que no sea suficiente una cobertura formal de ley, sino que sea precisa la exigencia de una cierta *calidad de ley*, según la terminología del propio TEDH —sentencia caso *Malone*— que la AN recuerda (8). De conformidad con ello, la norma llamada a servir de control a la tentación de arbitrariedad de los poderes públicos ha de garantizar la preeminencia del derecho fundamental, impidiendo su injustificado menoscabo (9).

---

(7) Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

(8) La AN evoca —FJ 5.5— la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la ausencia de limitaciones implícitas en relación al derecho al respeto a las comunicaciones como consecuencia de la situación de prisión, y a la necesidad de «accesibilidad de la ley», su «previsibilidad» y su «calidad». La cita, con algunos errores materiales en la remisión numérica al párrafo correspondiente, viene referida a las sents. *De wilde, Ooms y Versyp* (10 marzo 1972), *Golder* (21 febrero 1975), *Campbell y Fell* (28 junio 1984); *Malone* (2 agosto 1984).

(9) En la sent. del TEDH de 30 de agosto de 1990 —caso *McCallum*— se recuerda —pár. 44— la doctrina ya sentada por la Comisión Europea de Derechos humanos en el caso *Silver* y otros contra el Reino Unido —11 de octubre de 1980— según la cual, «... el artículo 8.2 del Convenio exige que cualquier injerencia en el ejercicio de este derecho de la persona esté, en primer lugar, prevista por la ley... Entiende la Comisión que esta frase... no se refiere sólo a la ley interna del Estado enjuiciado, sino también a la preeminencia del Derecho o al principio de legalidad común a las sociedades democráticas y patrimonio de los Estados miembros del Consejo de Europa».

La aproximación exegética que efectúa la AN al artículo 51 de la LOGP, parte de la distinción entre un régimen general de suspensión o intervención de las comunicaciones, de forma motivada, por el director del establecimiento, *dando cuenta a la autoridad judicial competente* (art. 51.5) y un régimen especial en relación a la comunicación con los abogados defensores o con los expresamente llamados en las causas penales y con los procuradores, a celebrar en departamentos apropiados y que *no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo* (art. 51.2).

Al propio tiempo, se detiene la Sala en la necesidad de diferenciar dos formas distintas de limitación o injerencia: una, la *suspensión* de las comunicaciones; otra, su *intervención* o *fiscalización*.

Razona la AN que, tratándose del supuesto base, esto es, del contemplado en el artículo 51.5 —ajeno al régimen jurídico de las comunicaciones con letrado o procurador—, el artículo 91.1 del Reglamento Penitenciario (RP), con remisión precisa al artículo 51.1, párrafo 2 de la LOGP, admite la suspensión o intervención de las comunicaciones por parte del Director del establecimiento, con informe previo del equipo técnico si la razón fuere de tratamiento, mediante *resolución motivada que se notificará al interno*, ya sea detenido, preso o penado, *dando cuenta, en cualquiera de los casos al Juez de Vigilancia Penitenciaria*.

El mismo artículo 91.3 del RP legitima al Jefe de Servicios para ordenar la suspensión de las comunicaciones, cuando existan razones fundadas para creer que los comunicantes pueden estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia y la seguridad del establecimiento, o estén propagando noticias falsas de tal gravedad que perjudiquen al régimen o la seguridad del mismo. En tales casos —añade el último párrafo del art. 91—, «de la suspensión se dará cuenta inmediata al Director, el cual, si ratifica la medida, deberá, a su vez, *dar cuenta al Juez de vigilancia en el mismo día o al siguiente, previa resolución motivada*».

Del examen del artículo 51 y de su desarrollo reglamentario (art. 91 RP), referido a lo que la sentencia califica de supuesto base —distinto al de las comunicaciones con letrado o Procurador—, reitera la AN la insustituible presencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria como garante del cumplimiento de la legalidad penitenciaria y de la salvaguardia de los derechos de los internos.

Centrado ya el análisis en el específico caso de suspensión o intervención de las comunicaciones con el letrado defensor —FJ 10— la AN concluye que el artículo aplicable no es otro que el núm. 2 del artículo 51, sin que sea extensible a las comunicaciones que aquél contempla, la genérica previsión que el núm. 5 del mismo artículo 51 hace a las facultades del Director de la Prisión respecto de la intervención o suspensión de las comunicaciones de los internos

«por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento».

Para la AN la duda acerca de la colisión entre los números 2 y 5 del artículo 51 de la LGP ha de resolverse de acuerdo con las reglas del principio de especialidad, siendo ley especial a tales efectos el número 2 del referido precepto. Tal idea encuentra para la Sala el refuerzo argumental que proporciona, por ejemplo, la simple referencia al artículo 98.4 del RP que, para el supuesto paralelo referido a las comunicaciones postales con los abogados, establece de forma explícita que «no tendrán otras limitaciones que las establecidas en el punto 2 del artículo 51 de la LOGP».

La proclamada especialidad del régimen jurídico de las comunicaciones del letrado con el interno se justifica, para la Sala, en los siguientes términos:

«... por la propia naturaleza del ejercicio del derecho defensa letrado en las causas penales, ya sea para la preparación del juicio o en otro momento distinto —*caso Can* del TEDH e informe de la Comisión de 12-7-1984— y se caracteriza en gran medida por la confidencialidad, inherente a este tipo de defensa (así, el propio Reglamento Penitenciario en su artículo 102.1, último párrafo, establece en relación a las visitas de otros profesionales que exijan obligado secreto profesional o confesional que se celebren en la forma establecida para los abogados defensores)».

Admitida la singularidad de la relación comunicativa entre el interno y su letrado, queda por precisar el alcance atribuible al inciso final del núm. 2 del artículo 51, cuando proscribe la intervención o suspensión de las comunicaciones «salvo por *orden judicial* y en los supuestos de *terrorismo*. El análisis del precepto lleva a la Sala a negar la posibilidad de que aquél pueda ser invocado como cobertura jurídica para una injerencia de la administración penitenciaria en la privacidad de la comunicación entre el interno y el letrado. Ni los fines descritos por el artículo 51.1 de la LOGP —«razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento»— ni la legislación penitenciaria, podrían ser puestos al servicio de una irrupción en la confidencialidad de la relación entre el interno y su letrado. Para la Sala ése, y no otro, ha de ser el sentido del empleo de la conjunción copulativa *y*, empleada por el artículo 51.2 *in fine* para aunar dos proposiciones: *orden judicial* y *supuestos de terrorismo*.

Buscando reforzar su conclusión interpretativa, la AN argumenta —FJ 5.10— que la legislación penitenciaria no contempla una «intervención secreta» de las comunicaciones del interno:

«En cualquier caso, se debe tener en cuenta que la intervención de las comunicaciones orales, ni en el supuesto general ni en el de comunicación con abogado, podría ser, en este marco de la legisla-

ción penitenciaria, secreta, ya que si en el supuesto normal como se ha visto en el artículo 91.1 del RP se exige la notificación al interno sin excepciones, con más razón en el supuesto de que esté en juego la confidencialidad inherente al derecho de defensa. Esta afirmación, por otra parte, resulta lógica si enfocamos debidamente el problema y nos damos cuenta que existen dos interlocutores y uno de ellos está libre y como tal en plenitud de ejercicio de sus derechos constitucionales (...). Es decir, la administración penitenciaria puede limitar las comunicaciones del interno con el correspondiente control, y esta situación, una vez puesta en conocimiento del interlocutor libre, éste puede optar, si en esas condiciones establece la comunicación, admitiendo por tanto la limitación, pero no le puede ser impuesta sin su conocimiento, por la administración penitenciaria, en base exclusivamente a la legislación penitenciaria».

La Sala decisoria se plantea, para excluir su viabilidad, la hipótesis de una forzada interpretación gramatical que viera en el artículo 51.2 dos proposiciones distributivas, una referida a los supuestos generales de comunicación con letrado que sólo podría suspenderse o intervenir por *orden de la autoridad judicial* y otra distinta en los casos de *terrorismo*, respecto de los cuales recuperaría su vigencia la previsión del núm. 5 del artículo 51 que, como ya sabemos, habilita al Director del establecimiento penitenciario para acordar la intervención. Aun admitiendo la cuestionable validez de tal inferencia, en el supuesto que es objeto de enjuiciamiento se habrían omitido dos exigencias insoslayables, a saber, puesta en conocimiento de la autoridad judicial y notificación al interesado (art. 91 RP).

En cualquier caso, la Sala concluye la inhabilidad de la legislación penitenciaria para refrendar una intervención secreta de las comunicaciones del interno con su letrado, ni siquiera, en los supuestos de terrorismo:

«Las finalidades previstas por esta legislación para justificar la intervención de las comunicaciones —seguridad, conveniencia del tratamiento o buen orden de las prisiones— pueden cumplirse de una manera suficiente y proporcionalmente adecuada con la suspensión de las comunicaciones o de la confidencialidad de ésta. Las intervenciones ocultas de las comunicaciones deben perseguir otros fines, tal como son la persecución del delito, la evitación de éste, etc..., cuya consecución excede competencialmente del ámbito de la actividad penitenciaria.»

La idea conclusiva de que «la relación de sujeción especial con la administración penitenciaria no se extiende al sujeto no privado de libertad, menos (aun) cuando se da la circunstancia de que actúa como letrado defensor del interno», lleva a la AN a suscribir un pronunciamiento declaratorio de la nulidad de la intervención de las comunicaciones practicada por la dirección del establecimiento pe-

nitenciarlo, al estimar gravemente infringido el artículo 18.3 de la CE en relación al artículo 55.2 de la misma, negándole cualquier virtualidad probatoria conforme a las previsiones de los artículos 238, 11.1 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## V. INSUFICIENCIAS DE LA LO 4/1988, DE 25 DE MAYO, COMO INSTRUMENTO NORMATIVO DE REFERENCIA

La interpretación propugnada por la AN como criterio superador de los obstáculos explicativos del artículo 51 de la LOGP, ha puesto de manifiesto la necesidad de una mayor atención a un precepto que, lamentablemente, no ha sido objeto del tratamiento doctrinal y técnico que su dificultad aconsejaba (10).

El juicio valorativo acerca de las excelencias o censuras de una resolución judicial de tan radicales como ineludibles efectos, no ha podido abstraerse, en algunos foros, a la consecuente impunidad de una conducta especialmente reprobable. Una vez más, las obligadas limitaciones de la respuesta jurídica al fenómeno terrorista han sido objeto de especial énfasis. La internacionalización del terrorismo ha originado un renovado interés por los términos de la batalla jurídica frente a un problema tan devastador en sus efectos como complejo y multiforme en sus causas (11).

El propio TEDH —caso *Fox, Campbell y Hartley*, sent. 30 agosto 1990— ya ha reconocido «la especial naturaleza de la delincuencia terrorista», incluíble en una «categoría especial (...) ante el peligro de los sufrimientos y de la pérdida de vidas que supone (...)». Sin embargo, frente a las alegaciones del Gobierno demandado, recuerda el TEDH que «... las necesidades de la lucha contra el terrorismo no

---

(10) El criterio defendido por la AN coincide, con argumentos complementarios, con la tesis en su día expuesta por GARCÍA VALDÉS en sus *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1980 —2.ª ed. 1982—, p. 174. En línea coincidente, GARRIDO GUZMÁN, L. *Comentarios a la legislación penal*, AA.VV., coord. por Bajo Fernández/Cobo del Rosal, tomo VI-II, p. 753. Reconociendo su carácter «complejo y dificultoso», se suma a tal interpretación MORILLAS CUEVA, L., «Comunicaciones Profesionales, asistenciales y religiosas en la Ley General Penitenciaria», *Comentarios...*, ob. cit. pp. 769 y 770.

(11) Sobre la dimensión jurídica del terrorismo, *vid.*, GARCÍA VALDÉS, C., «Política Penitenciaria y terrorismo», en *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 211 y ss. MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 27 a 88. También, HERRERO HERRERO, C., «Derecho contra terrorismo en España y en Europa», *Estudios de Derecho Penal, Procesal-penal y Criminología*, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales, 1993, pp. 147 y ss. CORBOZ, B., «Le terrorisme», *Revue Internationale de Criminologie et Police Technique*, XXXIV, 1981, p. 6. BUENO ARUS, F., «Principios generales de la legislación terrorista», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 11, 1986, p. 144.

justifican que se extienda este concepto hasta lesionar lo fundamental de la garantía que proporciona el artículo 5.1.c) del Convenio». Y es que, en definitiva, la especial naturaleza de la delincuencia terrorista es paralela a «la exigencia de luchar contra ella en la medida compatible con las cláusulas del Convenio, a la vista de su redacción y de su objeto y finalidad» (12).

Como ya se ha expresado, la idoneidad de la LOGP para proporcionar cobertura jurídica a una interferencia administrativa de las comunicaciones del interno con un tercero —incluso en los casos de terrorismo— ha sido excluida por la AN con argumentos que *supra* han sido objeto de síntesis. Tomando como punto de llegada la expuesta conclusión anulatoria de la Sala, puede resultar de interés un recorrido metodológico a través de otros caminos argumentales no explorados por la resolución de que se trata. En efecto, la complejidad del problema de la intervención de las comunicaciones del interno no es el resultado, tan sólo, de la deficiente técnica legislativa empleada por ley penitenciaria. Cierto es que la atmósfera política que acompañó el devenir parlamentario de la LOGP y el clima de unanimidad que presidió las sesiones de trabajo (13), ocultaron deficiencias que la práctica se ha encargado de hacer brotar, dejando al descubierto dificultosas secuelas interpretativas. Contribuye a enturbiar el análisis jurídico las serias imperfecciones técnicas del otro texto legal llamado a servir de referente interpretativo. Aludimos, claro es, a la LO 4/1988, de 25 de mayo y a la redacción que ésta ha dado al artículo 579 de la LECri., oscureciendo, si cabe, el régimen jurídico de la intervención de las comunicaciones telefónicas. Si a ello se añade la inseparable dificultad que acompaña a la batalla jurídica del Estado de Derecho frente al fenómeno terrorista, la opacidad interpretativa es más que previsible.

No ilumina la oscura realidad actual de la intervención de las comunicaciones del interno, el régimen jurídico ideado para dotar de

---

(12) *Vid.* FJ I, párr. 28, FJ II parr. 32.

(13) La LOGP, antes de su aprobación por el Senado, fue calificada como «...un rayo de esperanza para esta España que todos deseamos, una España más humana, una España más feliz, una España más justa que la que nos ha tocado vivir durante los últimos años» (Sdor. ANDREU ABELLO); de ella se dijo que era «...una ley que a los socialistas nos satisface, una Ley General Penitenciaria que se ajusta a las Convenciones y Tratados que España tiene suscritos, una ley progresista que si se aplica en toda su extensión, con los medios y servicios que en ella se contemplan, habrá resuelto positivamente el problema penitenciario en nuestro país» (Sdor. BORRÁS SERRÁS); el ambiente parlamentario queda bien reflejado en las palabras del Senador IGLESIAS CORRAL: «...yo estoy seguro de que no voy a encontrar en mi horizonte unas gotas de savia, las que precisaría para alzar la oración digna de este suceso. Entonces la ambición se torna en lograr que en palabras breves puedan ir los grandes sentimientos que me conmueven, como nos conmueven a todos». *Vid., Diario de Sesiones del Senado*, Año 1979, núm 15, sesión plenaria celebrada el día 12 de septiembre, pp. 571, 574 y 576.

realidad normativa la intervención de las comunicaciones telefónicas en el ámbito del proceso penal común. La LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECri.), justifica su vigencia por la necesidad de ensanchar el limitado y excepcional espacio jurídico entonces ocupado por la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. Y es que, hasta entonces, sólo la especial naturaleza del hecho objeto de investigación y los singulares efectos sociopolíticos asociables al fenómeno terrorista, habían estimulado la diligencia del legislador en la búsqueda de soluciones jurídicas al régimen de intervención de las comunicaciones telefónicas (14). Su adopción en el marco de una investigación sumarial por delitos ajenos a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, se confiaba a la inercia interpretativa del órgano judicial que había de adoptarla y a la sensibilidad de su titular a la hora de revestir de garantías esa irrupción en la esfera de privacidad del sospechoso.

Esa *mora legislatoris* en la elaboración de un texto legal que proporcionara el indispensable instrumento jurídico para la adopción judicial de una medida de investigación de tan radicales efectos, generó incertidumbres jurídicas, incógnitas interpretativas y, en ocasiones, incredulidad colectiva ante resoluciones judiciales tan plausibles a la luz de la técnica jurídica como inexplicables desde la pura percepción social.

Tal panorama jurídico sirve para explicar, tanto la atención doctrinal prestada a la intervención de las escuchas telefónicas durante

---

(14) La LO 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, también limitada a las situaciones excepcionales que contemplaba, reglamentó en su artículo 18 la facultad de la autoridad gubernativa para «intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas» cuando ello resultara «necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público», comunicándolo «inmediatamente por escrito motivado al Juez competente».

La LO 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, en su artículo 5, regulaba la facultad del Juez de «acordar en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación postal, telegráfica o telefónica para aquellas personas sospechosas de estar integradas o relacionadas con los grupos armados», haciendo extensiva esta facultad, en caso de urgencia, al Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad Interior del Estado, «comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez».

La LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, derogó la anterior LO 11/1980 y con idéntica inspiración reguló en su artículo 17 las normas procesales para la observación postal telegráfica y telefónica. Este texto legal ha resultado desplazado por derogación expresa por la LO 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal.



el silencio legislativo (15), como la expectación surgida con ocasión de la LO 4/1988, de 25 de mayo, singularmente por la nueva redacción del artículo 579 de la LECri. El interés generado ha sido paralelo a la decepción experimentada por quienes, desde el juicio crítico, se han aproximado a su contenido. Así, López-Fragoso ha etiquetado el renovado régimen jurídico del artículo 573 de la LECri. como «insuficiente, oscuro, contradictorio y, en fin, lamentable», resultando de «penosa redacción» e incurriendo el legislador en el grave error de dar la espalda al derecho comparado, al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la interpretación que de éste ha elaborado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (16). Con evidente aspereza, Rodríguez Ramos ha denunciado lo «tardío y defectuoso de la nueva regulación legal, que por ambigua, excesivamente parca y contradictoria, merece ser calificada de excrecencia legislativa —si no de excremento— más que de ley» (17).

Sólo en el plano puramente formal puede llegar a sostenerse que la LO 4/1988 haya colmado el vacío legal hasta entonces existente. Las escollos interpretativos siguen presentes y el silencio del legislador sobre temas cruciales contribuye a dificultar la aproximación exegética al nuevo texto legal. López Barja ha llegado a afirmar que «una primera lectura del precepto conduce a pensar que en realidad las carencias (...) son de tal importancia que equivale a ausencia de normativa» (18). Esa denunciada falta de contenido material de la LO 4/1988 otorga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo una particular relevancia añadida a la que, de ordinario, le es propia (19).

---

(15) Sin ánimo exhaustivo, véase MORENO CATENA, V., «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Revista del Poder Judicial*, número especial II, «Justicia Penal», p. 155 a 161; JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las Comunicaciones», en *Comentarios a la legislación penal* (dirigidos por COBO DEL ROSAL y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ), AA.VV., Edit. Edersa, Tomo VII, Madrid, 1986, p. 3; DE VEGA RUIZ, «La escucha telefónica en España», *La Ley*, 1984, tomo I, p. 1139; DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», *Poder Judicial* 1986, núm. 3, pp. 9 y ss.; COLMENERO GONZÁLEZ, «Las escuchas telefónicas», *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1984, p. 326; MONTERO AROCA, J., «Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1981», *Poder Judicial*, 1983, núm. 7, p. 39.

(16) Véase LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. Colex, 1991, pp. 41 y 42.

(17) RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Intervenciones telefónicas», en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, AA.VV., Consejo General del Poder Judicial, p. 453.

(18) Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit. Akal, Madrid, 1989, p. 182.

(19) De especial importancia por su vocación integradora, véase el auto del TS 18-6-92 (caso *Naseiro*), también, las sentencias de 5 de febrero de 1988, 21 de febrero de 1991, 17 de abril de 1989, 12 de febrero de 1990, 16 de enero de 1992, 2 de junio

Muchos son, desde luego, los impedimentos para la ordenación del sistema y a ellos trata de dar adecuada respuesta la doctrina: límites objetivos, subjetivos y temporales, procedimiento, incorporación de sus resultados al proceso y presupuestos para su idoneidad probatoria (20).

La realidad legislativa que se describe no es, desde luego, el mejor complemento para facilitar la indagación del jurista. Si interesa destacar, por su conexión con el objeto de nuestro análisis, el último apartado —4— del artículo 579 de la LECr. En él, con clara vocación continuista respecto de sus precedentes legislativos inmediatos, se admite que el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad Interior del Estado, pueda acordar la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas «en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes (...), comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación».

En el precepto transcrito el legislador autoriza, con la excepcionalidad predicable de todas las situaciones de urgencia, una provisorio injerencia gubernativa sometida a un férreo control —incluso cronológico— de naturaleza judicial. Ello supone, como luego será objeto de detenido comentario, que la exclusiva posibilidad que se habilita, en razón de la urgencia, en favor del Ministro del Interior o, en su caso, del Director de la Seguridad del Estado ha de ser, además, excluyente. Resultaría inimaginable, por sus perniciosos efectos, admitir la posibilidad de una delegación competencial de índole administrativa, en favor de otros órganos, a la hora de acordar

---

de 1992, 6 de octubre de 1992, 8 de julio de 1992, 24 de marzo de 1993, 25 de junio de 1993. y autos 18 de junio de 1992.

(20) Además de los citados, puede verse GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, tomo II, Proceso Penal, 4.ª edic. Edit. Tirant lo Blanch, pp. 333 a 341; BERNAL CUÉLLAR, PELLEGRINI GRINOVER, D'ALBORA, LOZANO-HIGUERO PINTO, «Intercepciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal», III tema de las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, UNED, 1990, núm. 4, pp. 361 y ss; HERNÁNDEZ GIL, F., «La prueba preconstituida», en *La prueba en el proceso penal*, Cursos Centro de Estudios Judiciales 12, 1993, pp. 96 a 98; en la misma obra colectiva, RUIZ VADILLO, E. «La actividad probatoria en el proceso penal español», pp. 118 a 121; PAZ RUBIO, J. M., «La prueba en el proceso penal», *La prueba en el proceso penal*, AA.VV., Cuadernos de Derecho Judicial, consejo General del Poder Judicial, p. 187; 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», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, año XLVII, 25 julio 1993, núm. 1678, pp. 3804 a 3825.

la intervención de las comunicaciones del sospechoso de colaboración con banda armada. Ni siquiera el juicio acerca de la inaplazabilidad o urgencia de la observación en la investigación delictiva, podría ser objeto, bien de encomienda, bien de espontánea asunción por parte de otro órgano administrativo distinto del contemplado por el artículo 579.4 de la LECri.

## VI. EL DEVENIR PARLAMENTARIO DEL ARTÍCULO 51 DE LA LOGP: LOS EFECTOS DE UNA PRECIPITADA ADICIÓN

El artículo 579.4 de la LECri. tiene en su haber —y no es poco— el proporcionar una primera respuesta al interrogante inicial acerca de qué órgano no jurisdiccional puede acordar la intercepción de las comunicaciones en los casos urgentes de investigación por hechos delictivos relacionados con el terrorismo: el Ministro del Interior y, en defecto de éste, el Director de la Seguridad Interior del Estado. Nótese, desde ahora, que la pretendida habilitación en favor del Director del Centro Penitenciario no puede encontrar su apoyo en el régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello hace aconsejable, en la búsqueda de signos interpretativos, una aproximación al artículo 51 de la LOGP desde la sugerente estrategia metodológica que proporciona la tramitación parlamentaria de aquel precepto.

Ninguna de las dificultades interpretativas que hoy rodean el artículo 51 se habrían planteado de aprobarse como texto definitivo el contenido inicial de aquél, tal y como figuraba en el Proyecto de Ley General Penitenciaria (21). Decía éste —en lo que es de nuestro interés— lo siguiente: «Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas *salvo por orden de la autoridad judicial o en los casos previstos en la legislación sobre bandas armadas*». Repárese en el trascendente significado de la conjunción disyuntiva *o*, que, con toda claridad, remitía a la entonces vigente legislación antiterrorista para precisar los presupuestos objetivos y subjetivos que legitimarían una intervención de las comunicaciones por parte de una autoridad no jurisdiccional.

---

(21) Boletín Oficial de las Cortes, núm. 148, del día 15 de septiembre de 1978.

Sin embargo, las enmiendas suscritas, con distinta motivación, por los Grupos Socialista (22) y Comunista (23), determinaron un informe de la Ponencia (24) en el que se propuso una redacción en la que, de una parte, se sustituía la conjunción disyuntiva *o* por la copulativa *y* («... y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo»), al tiempo que se añadía al artículo 51 el actual apartado 5 («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»). El dictamen de la Comisión de Justicia incorporó una redacción (25) ya coincidente con los términos actualmente en vigor.

Como puede apreciarse, tanto la sustitución de la conjunción *o* por *y*, como la adición del número 5 al artículo 51, son la precipitada resultancia de una rectificación cuyo alcance, con toda probabilidad, no fue debidamente ponderado por el órgano legislativo. Ni la enmienda que consideraba impropia la alusión a la legislación antiterrorista, de naturaleza transitoria (26), ni la que perseguía un control judicial excluyente de toda medida de injerencia en las comunicaciones del interno (27), aspiraban a una modificación como la que se convirtió en texto legal definitivo.

El devenir parlamentario del artículo 51 de la LOGP, lejos de contribuir a hacer más diáfano el mensaje legislativo, sirvió al fin contrario. Sin embargo, partiendo del innegable hecho de que el úl-

---

(22) Se trataba de la enmienda núm. 82 del grupo socialista que sugería una redacción del inciso final en los siguientes términos: «...y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial». Se motivaba la enmienda argumentando que «para intervenir las comunicaciones de los internos con el abogado defensor será siempre necesaria la orden de la autoridad judicial. Y no debe hacerse referencia en la Ley General Penitenciaria a una legislación especial transitoria».

(23) El Grupo Comunista propuso la enmienda núm. 90 (29), en la que sugería una redacción, según la cual, «las comunicaciones previstas en este artículo sólo podrán ser suspendidas o intervenidas por resolución del juez instructor, en los casos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o por el juez de vigilancia, de oficio o a instancia de la Dirección del establecimiento». Se motivaba tal redacción alternativa en los siguientes términos: «en el marco de los artículos 523, 524 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no debe sobrepasarse, procede ordenar el precepto a partir de una regla general (...), sin más alteración sustancial que la de relegar para su último párrafo cuanto concierne a excepciones al derecho de comunicación, estableciendo para dicho supuesto un régimen único, sometido al control judicial exclusivo».

(24) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 25-I, día 18 de mayo de 1979.

(25) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 25-II, del día 18 de julio de 1979.

(26) *Vid. supra* nota 19.

(27) *Vid. supra* 20.

timo número del artículo 51 fue fruto de una postrera adición, no es descartable entender que el régimen jurídico de las comunicaciones con el abogado del interno ya había sido definido inicialmente como inviolable, «... salvo por orden de la autoridad judicial o en los casos previstos en la legislación especial sobre bandas o grupos armados». La finalidad extensiva perseguida por el añadido número 5 sólo podría ceñirse a aquellas otras comunicaciones que, en el mismo artículo, no tuvieran ya delimitado en el Proyecto un régimen de intervención.

Repárese, incluso, en que llevar a sus últimas consecuencias una interpretación literal del núm. 5 del artículo 51, según la cual, la locución *previstas en este artículo*, no admitiría excepción de ninguna clase, supondría admitir que el Director del establecimiento podría acordar la incomunicación del interno que, sin embargo, constituye un genuino y emblemático acto jurisdiccional. En efecto, entre los distintos números del artículo 51, se incluye, en el número 1, una alusión al régimen excepcional del preso incomunicado por decisión judicial ¿autoriza ello a pensar que el Director del establecimiento podría atribuir tal *status* al amparo del artículo 51.5? La respuesta negativa se impone por una elemental exigencia de sentido jurídico.

## VII. SISTEMATIZACIÓN CONCLUSIVA DE LAS HIPÓTESIS DE SUSPENSIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Hechas las consideraciones que preceden, obligado es intentar sistematizar el propósito legislativo perseguido por el artículo 51 de la LOGP. Imprescindible resulta proclamar como proposición previa que el desafortunado y extemporáneo añadido del núm. 5 del artículo 51, pese a que incluya el giro *previstas en este artículo* para referirse a las comunicaciones intervenibles por el Director del establecimiento, no puede interpretarse en el sentido extensivo que parece sugerir su significado gramatical.

Forma parte del *status* penitenciario de todo interno el derecho (28) a comunicarse (29). Las injerencias —intervención, suspensión— en la privacidad de las comunicaciones del interno sólo pueden obedecer a algunas de las causas típicamente previstas y ser

---

(28) Sobre la polémica doctrinal acerca de si la comunicación constituye un verdadero derecho o una simple autorización, *vid.*, GARRIDO GUZMÁN, *Comentarios...*, ob. cit. p. 742.

(29) También los internos que cumplan sanción de aislamiento mantienen el derecho a comunicarse con sus familiares, según se infiere del artículo 112.5 del Reglamento Penitenciario: «el recluso internado en celda (...) podrá ser visitado semanalmente por un familiar durante un tiempo no inferior a cinco minutos ni superior a diez».

acordadas por algunas de las autoridades con capacidad competencial para ello. De acuerdo con tal idea, es posible agrupar los distintos supuestos conforme al siguiente criterio:

1. *Prisión preventiva incomunicada.*—Se alude a aquellos casos en que, conforme a los artículos 506 a 511 de la LECri., el órgano judicial competente para la investigación del ilícito haya acordado un régimen de prisión preventiva incomunicada, durante el «tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento» (art. 506.1).

Tal régimen de incomunicación, de incuestionable naturaleza judicial, legitima la suspensión del derecho a comunicar del interno (30).

Aun admitiendo lo objetable que resulta el recurso a la reiteración como argumento, es difícil resistirse a la tentación metódica de insistir en que la suspensión de las comunicaciones con origen en la incomunicación judicial del interno, a pesar de encontrarse sistemáticamente alojada en el número 1 del artículo 51, no es imaginable sea acordada por el Director de la prisión con el desmalazado argumento de que se halla regulada en el artículo 51 y, como tal, afectada por la extensiva habilitación que, en favor del Director del centro penitenciario, contempla el número 5 del mismo precepto.

2. *Suspensión o intervención de las comunicaciones por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.*—Tal restricción del derecho comunicativo del interno puede ser acordada por el Director del establecimiento, con informe previo del equipo técnico, si la razón fuera de tratamiento y, en todo caso, mediante resolución motivada (cfr. art. 91 RP).

Los términos en que se expresa el tantas veces citado artículo 51.5 de la LOGP, permiten deducir que las facultades suspensivas o fiscalizadoras del Director del establecimiento penitenciario son extensibles a todas las comunicaciones del interno que contempla el mismo artículo 51, con la excepción, ya destacada de forma insistente, de la comunicación con el Abogado y Procurador. Quiere con ello decirse que el resto de las hipotéticas comunicaciones del interno (familiares, amigos, representantes de organismos e instituciones de cooperación internacional —art. 51.1 LOGP—, asistentes sociales, sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada —art. 51.3 LOGP—), puede verse afectada cuando razones de seguridad o de buen orden del establecimiento así lo impongan.

---

(30) Sobre el régimen de prisión preventiva incomunicada, *vid.*, ASENCIO MELLADO, J. M., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 189 y ss. Con carácter general, *vid.*, HERNÁNDEZ GIL, F., «Prisión preventiva: perspectiva ofrecida por la doctrina de la Fiscalía General del Estado y por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre», *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario*, AA.VV., Centro de Estudios Judiciales, pp. 11 y ss.

La interferencia o restricción del derecho de comunicación ha de ser puesta en conocimiento del interno, notificándole, a tal efecto, la resolución motivada acordada por el Director del establecimiento, dando cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria (cfr. art. 91.1 RP).

La notificación al interno ha de ser coetánea a la adopción del acuerdo de suspensión o intervención, no contemplando la LOGP la posibilidad de una intromisión de la administración penitenciaria que se oculte o mantenga en secreto al interno o a cualquier persona que con él se comunique.

La dación de cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria, aun carente de plazo, ha de realizarse inmediatamente o, al menos, en el plazo de tiempo más breve posible. Sólo así cobra sentido la relevancia orgánica que el propio TC atribuye al Juez de Vigilancia como garante del control de la legalidad de la administración penitenciaria (arts. 76 LOGP y 94 LOPJ) y así se infiere, además, del explícito interés legislativo para que, sin excepciones, la puesta en conocimiento del Juez de Vigilancia se realice de forma inmediata («en el mismo día o al siguiente» —art. 91.3 último apartado RP—; «inmediatamente» —art. 123.2 RP—; «en el mismo día (...) o al día siguiente» —art. 132.2 RP—).

3. *Suspensión excepcional y urgente de las comunicaciones cuyo desarrollo pongan en peligro el régimen o la seguridad del establecimiento.*—El artículo 91.3 del RP arbitra un expediente específico de suspensión —que no de intervención—, adoptable por el Jefe de Servicios, bien por propia iniciativa, bien a propuesta del funcionario encargado de aquéllas en dos casos precisos: a) cuando existan razones fundadas para creer que los comunicantes puedan estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia y la seguridad del establecimiento, o estén propalando noticias falsas de tal gravedad que perjudiquen al régimen de seguridad del mismo; b) cuando los comunicantes no observen un comportamiento correcto.

El empleo por el legislador del vocablo «comunicantes», parece evocar una relación intercomunicativa ya iniciada que, por su desarrollo, se desliza de forma inconveniente hacia una alteración del régimen o de la convivencia en el establecimiento. Se trataría, más que de una suspensión —también posible— de una interrupción de la comunicación ya entablada.

De la suspensión se ha de dar cuenta inmediata —así lo impone el último apartado del art. 91 del RP— al Director, el cual, si ratifica la medida, deberá, a su vez, dar cuenta al Juez de Vigilancia en el mismo día o al siguiente, previa resolución motivada.

4. *Suspensión o intervención de las comunicaciones del interno con Abogado o Procurador.*—Están excluidas de toda posible injerencia de la administración penitenciaria. Sólo serían válidas mediante autorización judicial, bien para la investigación de un genérico ilícito penal (arts. 18.3 CE y 579.1, 2 y 3 LECri.), bien para la

indagación de un delito de terrorismo. El empleo que el artículo 51.2 de la LOGP hace de la conjunción copulativa *y*, no parece encaminado a derogar, en los casos urgentes, la posibilidad que el artículo 579.4 LECri. confiere al Ministro del Interior o al Director de la Seguridad Interior del Estado. Ello sin perjuicio de las dificultades para imaginar, en el ámbito penitenciario, supuestos de urgencia que hagan más rápida la comunicación —a efectos de instar su autorización— con el Ministro del Interior que con el órgano judicial llamado a ejercer, en última instancia, el control de la legalidad.

Lo que sí resulta evidente es que ni el Director del centro penitenciario ni el Juez de Vigilancia pueden poner su ámbito competencial al servicio de la indagación del ilícito penal. Ello supondría un grave quebranto de criterios predefinidos de competencia objetiva, con las indeseables consecuencias, ya inevitables, en orden a la validez procesal de lo actuado.