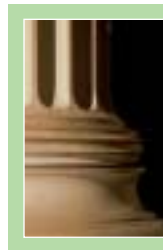




Doctrina
La intervención de las comunicaciones orales directas en el ámbito penitenciario **6**



Columna
Los insultos cibernéticos **15**



Jurisprudencia
Efectos de la no inclusión de parte de un crédito con derecho de abstención **16**

TRIBUNA

LA LEY 2207/2010

El ruido: una moderna forma de criminalidad

Lluís GALLARDO

Abogado y miembro fundador de *Juristas contra el Ruido*

El autor pasa revista a algunas de las más destacadas sentencias de la jurisdicción penal, varias de ellas del Tribunal Supremo, que han dictado condenas por diversos delitos, tanto contra el medio ambiente, como de lesiones, daños o desobediencia a la autoridad, cuya causa es el ruido. Se va abriendo paso así la sensibilidad de los Tribunales a este tipo de denuncias, gracias en buena medida a la actividad de asociación como la de Juristas contra el Ruido.

Ciertamente, convivir en una cultura inmersa en el ruido, en la que éste se nos presenta como algo inevitable, sin remedio aparente, y casi necesario para el normal desarrollo de la vida social y económica, provoca, ante reclamaciones en el orden judicial frente a los responsables de focos sonoros, la sorpresa, por no decir extrañeza, de cómo se pueden viabilizar y llegar al convencimiento de un juez sobre la razón que asiste a los perjudicados por la contaminación acústica, máxime cuando dichas denuncias se encauzan por el orden criminal.

Uno de los objetivos que nos fijamos al momento de constituir la asociación «Juristas contra el Ruido», el año 2001, fue precisamente hacer normal, que no habitual, la reclamación frente a los fenómenos de contaminación acústica (ruido y vibraciones), y dicha «normalidad» se consigue haciendo comprensibles las demandas por un entorno más silencioso.

Como todo cambio de paradigma social (y el ruido no deja de ser un paradigma para una sociedad tan devastada por las agresiones al medio ambiente como lo es la nuestra), el tránsito que representa de una situación a otra ni es fácil ni agradable para sus protagonistas. Y la vertiente jurídico-penal del ruido no ha sido una excepción.

La reciente STS, Sala 2.ª, de 5 de noviembre de 2009, confirma la previa de 2 de enero del mismo año de la AP Barcelona, Secc. 21.ª, por la cual se imponen, entre otras penas, cinco años y seis meses de prisión a la acusada de un delito contra el medio ambiente y los recursos naturales (en modalidad de contaminación acústica, art. 325.1 Código Penal —CP—), cuatro delitos de lesiones (art. 147 CP) y cuatro más de coacciones (art. 172.1.II CP), si bien resultó absuelta de estos últimos, así como de uno de los de lesiones. En el caso del delito contra el medio ambiente concurrió el subtipo agravado de desobediencia a la Autoridad administrativa y sus órdenes de cese de actividad y corrección (mejor dicho, de precintaje de las instalaciones del establecimiento).

Para llegar a este extremo [que hasta el momento culmina la «carrera» de condenas graves por este tipo de delitos, que ha dictado precisamente la AP Barcelona: 4 años de cárcel en el caso «restaurante El Portet», SAP Barcelona, Secc. 3.ª, de 20 de marzo de 2006, confirmada por la del STS 32/2007, de 26 de abril; 4 años de cárcel en el caso «bar musical Macumba», SAP Barcelona, Secc. 3.ª, de 22 de julio de 2008, confirmada por la del STS 708/2009, de 16 de junio; 4 años de cárcel en el caso «242», SAP Barcelona, Secc. 8.ª, de 18 de noviembre de 2008, confirmada y ampliada su condena a las respectivas faltas (9) de lesiones por la STS 1112/2009, de 16 de noviembre] se ha debido superar, como decíamos, la prueba del convencimiento, más social que judicial, de que el ruido posee una especial transcendencia para la salud humana.

A lo largo de la historia de la Humanidad se ha reconocido en el ruido su capacidad para molestar, perturbar la tranquilidad y el descanso, servir como herramienta de tortura y, así mismo, instrumentalizarse modernamente a modo de arma criminal con la que causar lesiones (en este sentido, el ruido sería el «cuchillo» con el que «cortar» el sueño). Encontramos varios ejemplos de ello en documentos jurídicos, médicos y hasta bélicos. Desde el código de Hammurabi, pasando por las leyes romanas prohibiendo el paso de vehículos por el

sumario

- **Tribuna**
El ruido: una moderna forma de criminalidad
Lluís GALLARDO **1**
- **Doctrina**
Reflexiones de urgencia motivadas por la desconcertante aplicación procesal de la intervención de las comunicaciones orales directas en el ámbito penitenciario, con especial atención a las comunicaciones abogado-cliente
Jesús MARTÍNEZ RUIZ **6**
- **Columna**
Los insultos cibernéticos
José ALMAGRO NOSETE **15**
- **Jurisprudencia**
Efectos de la no inclusión de parte de un crédito con derecho de abstención **16**

Tribunal Supremo

la sentencia del día

Confirmación de la condena por delito contra el medio ambiente y tres delitos de lesiones que tienen su origen en la emisión de ruidos en un bar musical

Ponente: *García Pérez, Siro Francisco.* **3**



interior de las ciudades por la noche, llegando al culmen de la sensibilidad en una de las reales órdenes de determinada reina isabelina que, a finales del Siglo XIX, prohibió que los maridos pegasen a sus mujeres a partir de las 22 h de la noche (a fin de no molestar a los vecinos, claro está).

Como elemento de tortura, sus propiedades dañinas ya fueron «descubiertas» por las más antiguas dinastías chinas (miles de años antes de la Era de Cristo), o bien en conflictos armados como el árabe-israelí o en el «conflicto del Golfo» en los que para desgastar psicológicamente al enemigo (palestinos y soldados iraquíes) se enfocaba hacia sus campamentos potentes bafles que desprendían kilovatios de presión acústica a la atmósfera en forma de música repetitiva. O bien, más recientemente, ha sorprendido a la opinión pública la noticia sobre que el grupo de *heavy metal* «Metallica» o los responsables de «Barrio Sésamo» hayan pedido de la Administración Obama EE.UU. información respecto del uso que se ha dado a sus piezas musicales en la cárcel de Guantánamo, y no precisamente para amenizar ni distraer a modo de «hilo musical» a los presos allí recluidos (*El País*, 22 de octubre de 2009). Los usos que se pueden dar a determinados sonidos no son nada inocentes.

Esta faceta del ruido, extrema por su perversión, también se recuerda por la sentencia de la Audiencia de Barcelona, de enero de 2009, si bien a modo de *obiter dicta* citando otra sentencia de la Sala Contenciosa-Administrativa del Tribunal Supremo. Y de esta misma faceta de tormento deriva o se hace más entendible la capacidad lesiva de la contaminación acústica. Tampoco hay que llevarnos a engaño y pensar que el ruido se debe instrumentalizar como elemento de tortura para constatar lesiones en las personas expuestas a sus efectos o bien que, a partir de ahora, a toda denuncia o querrela por delitos contra el medio ambiente siempre deberá acompañarse la respectiva acusación por delitos de lesiones.

Llegados al Siglo XX y en los albores del Siglo XXI no parece que el Derecho haya evolucionado a la par que el sentido común. Y es que, efectivamente, resulta obvio que el ruido puede llegar a causar ciertas enfermedades y patologías, no sólo psíquicas o de tipo psicológico, siendo el típico la neurosis ansioso-depresiva reactiva secundaria (exógena), o distonías neuro-vegetativas (crónicas o no), pero también

agrava problemáticas cardio-vasculares, procesos cancerígenos, colesterol, afecciones gástricas de tipo nervioso, patologías psíquicas de base que precisan para su tratamiento o curación grandes dosis de descanso, etc.

Estos efectos lesivos no por obvios nunca antes de la sentencia referida de la Audiencia Provincial de enero de 2009 se habían considerado como lógicos y razonablemente consecuentes al hecho de soportar elevados niveles de ruido durante un tiempo más o menos pro-

La relevancia del caso (que ha trascendido a nivel internacional) no pasa tanto por estos aspectos técnicos y médicos, como por haber hecho comprensible que la exposición a altos niveles de ruido puede causar ciertas lesiones en nuestro sistema nervioso

longado. Algo que pareciera evidente, pero no exento de la debida prueba, principalmente de informes periciales por un doble orden: los sonométricos, por una parte, a fin de demostrar el exceso de niveles de ruido, y, por otra parte, los médicos, tanto forenses (en www.sorolls.org «Documentos contra la contaminación acústica» se puede encontrar y descargar el «modelo» de informe elaborado por el Instituto de Medicina legal y Toxicología de Catalunya, de febrero de 2006, con ocasión de la instrucción penal del caso «El Portet»), como los privados psiquiátricos de la parte afectada. En este sentido, la prueba pericial debe indicar cómo ha afectado a la salud de la persona perjudicada la rotura del cuadro de sueño, su impedimento. Y por esto resulta esencial interrogar a los peritos médicos sobre las funciones neuro-fisiológicas que realiza el cerebro mientras nos encontramos en fase de reposo y sueño profundo, funciones que ignoramos por completo y quizá por esto acostumbremos a menospreciar la importancia, vital, que reviste el sueño y el descanso en nuestro desarrollo como personas y para nuestra salud.

La prueba médica en estos casos no radica tanto en el nexos causal que relacione el nivel de ruido con la patología causada, sino en descartar, sobre todo, psicopatologías previas, de base o endógenas del perjudicado por el delito que hagan de éste algo «inocuo» para

el padecimiento que haya podido originar el nivel de ruido soportado. Tampoco resulta extraño, como experiencia extraída de la práctica forense en este tipo de supuestos, que el perjudicado prefiera continuar trabajando (si es el caso), ya que, precisamente, en su domicilio no se pueda descansar tampoco durante el período diurno.

Y, así mismo, las periciales sonométricas deben descartar otros focos sonoros que puedan interferir de manera eficaz a la percepción de la fuente origen de las molestias. Y estas periciales, desde luego, deben acogerse y comprenderse con la lógica que impongan las previas quejas de los perjudicados por el delito o bien por otras de vecinos colindantes que también soporten el ruido (aunque no llegue al estadio de damnificarlos).

Desde luego que la relevancia del caso (que ha trascendido a nivel internacional, como han reflejado puntualmente periódicos estadounidenses y sudamericanos) no pasa tanto por estos aspectos técnicos y médicos, como por haber hecho comprensible que la exposición a altos niveles de ruido puede causar ciertas lesiones en nuestro sistema nervioso.

La sentencia del Tribunal Supremo, de noviembre pasado, culmina de momento como se ha dicho un proceso evolutivo jurisprudencial iniciado con su primera sentencia sobre la temática, de 52/2003, de 24 de febrero, confirmatoria de la previa de 9 de noviembre de 2000, de la AP Palencia, conocidas como el caso «sala de fiestas Chapó».

A pesar que respecto de esta última sentencia citada, del caso «Chapó», el Consejo de Ministros propuso el indulto parcial del penado (a fin de evitar su ingreso en prisión), hay que tener en cuenta que las medidas de gracia (indulto total o parcial) se hallan proscritas en virtud de la Resolución núm (77) 28, del Consejo de Europa, sobre la Contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente, de 1978. Y en este sentido ya es habitual últimamente la denegación de esta medida de gracia.

El culmen también ha tenido otro efecto que la experiencia en los próximos casos confirmará o desmentirá: el efecto «cierre» podríamos calificarlo. Es decir, el conjunto de esta jurisprudencia penal, y fundamentalmente las sentencias de los casos más graves, dan

la imagen o parámetros del «caso tipo» que podrá encauzarse con más o menos éxito en la sede jurisdiccional penal.

Desde luego, como apuntábamos antes, que no será siempre necesario acreditar la producción efectiva de lesiones, ya que ello contravendría la naturaleza del tipo del art. 325.1 CP, configurado ya claramente desde la STS 52/2003, antes citada, como de peligro abstracto (no precisa de resultado lesivo efectivo, sino simplemente de su probabilidad de causarlo), pero sí que se hace inexcusable acreditar la «gravedad» de la contaminación acústica soportada, algo, por otra parte y de manera casi inevitable que irá de ordinario íntimamente ligado a la presentación de estados psíquicos que sin entrar en neurosis patológicas, sí denotan cierta afección en la estricta salud mental del perjudicado.

La sentencia de la AP Barcelona, confirmada por la del Supremo, supone por otra parte, el segundo párrafo en la moderna jurisprudencia penal medio-ambiental por lo que se refiere a la contaminación acústica. El primero lo pusieron las sentencias que, iniciadas por aquella de la AP Palencia, de noviembre de 2000, y culminaron las de la AP Barcelona condenando por aplicación del subtipo agravado del art. 326 CP, entendieron e hicieron entender (al modo de «la letra con sangre entra») que el ruido incide en el medio ambiente (tal y como lo postuló el CP 1995) y por el sentido absoluto entrópico que le damos a este concepto, es evidente que el ruido afecta esencialmente al ser humano, y no de otra manera podría entenderse (limitando en cierto sentido el tipo objetivo del art. 325.1 CP), ya que el ruido no es más que el significado (humano) de molestia que se atribuye a un determinado sonido, como interpretación que se hace de éste siempre de modo individual y subjetivo (otra cosa será que se «objetivice» cuando el impacto acústico del sonido alcanza a un sector de la población de modo homogéneo en intensidad y tipología), aparte que demostrar que la contaminación acústica afecta a la flora-fauna es ciertamente empresa hartamente difícil.

El segundo párrafo de este capítulo jurisprudencial se acaba de iniciando dando un paso más en el avance del sentido común jurídico, desvelando o dando luz a este nuevo paradigma, pero aún no sabemos ni la extensión de este nuevo párrafo ni cómo finalizará, si es que no ha finalizado ya en estas mismas líneas. ■

Tribunal Supremo

la sentencia del día

TS Sala Segunda, de lo Penal, S 5 Nov. 2009

Ponente: García Pérez, Siro Francisco.

LA LEY 273446/2009

Confirmación de la condena por delito contra el medio ambiente y tres delitos de lesiones que tienen su origen en la emisión de ruidos en un bar musical

RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que condena por un delito contra el medio ambiente y tres delitos de lesiones.

DISPOSICIONES APLICADAS:

L 16/2002 de 28 Jun. CA Cataluña (protección contra la contaminación acústica); arts. 15, 43 y 45 CE (LA LEY 2500/1978); art. 325 CP 1995 (LA LEY 3996/1995).

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Sentencia del TS, Sala Segunda, de lo Penal, 24 Feb. 2003 (Rec. 312/2001)

sumario

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.—Contaminación acústica.—Emisión de ruidos procedentes de bar musical que superan el nivel máximo de inmisión de decibelios permitido por la normativa administrativa.—Norma penal en blanco que se completa adecuadamente con la Ley autonómica y la Ordenanza municipal.

La defensa de la recurrente —condenada por delito contra el medio ambiente y tres delitos de lesiones— alega en casación que el art. 325 CP 1995 contiene una norma penal en blanco que ha de completarse con otra de carácter general, y ello no ocurre con las ordenanzas municipales puesto que no son leyes y ni siquiera tienen carácter reglamentario. Sin embargo, el citado precepto no puede desconectarse de los arts. 43 y 45 CE que al proteger la salud y el medio ambiente incluyen en su ámbito de control a la contaminación acústica, e incluso del art. 15 del mismo Texto Legal, que reconoce el derecho a la integridad física y moral y puede quedar vulnerado cuando la contaminación acústica encierre un grave riesgo para la salud de las personas. No cabe ninguna duda de que el elemento normativo del tipo queda integrado con normas de carácter general, pues tal condición merecen tanto la L 16/2002 de 28 Jun. CA Cataluña (protección contra la contaminación acústica), como la Ordenanza General del Medio Ambiente Urbano del Ayuntamiento de Barcelona. Cualesquiera que sean las diversas acepciones atribuidas doctrinalmente a la denominación «norma general», lo que interesa respecto a la seguridad y a la igualdad jurídicas es que la Ley de la Generalitat y la Ordenanza Municipal, aunque de vigencia territorial, contienen mandatos o prohibiciones sin discriminación alguna por razón de las personas, y, en ese sentido, deben reputarse como normas generales, no particulares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Una faceta del motivo primero de casación, deducido por el cauce del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y del 852 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal (LECr.), denuncia la vulneración de los principios de igualdad y seguridad jurídica; y de manera paralela también se lleva a cabo tal denuncia en el motivo 4º, deducido al amparo del art. 849.1º LECr .

Todo ello se trata de fundamentar en que el art. 325 del Código Penal (CP) contiene norma penal en blanco, que ha de ser completada con otra de carácter general; lo que, se dice, no ocurre con las ordenanzas municipales de Barcelona, que, no son leyes ni siquiera tienen carácter reglamentario.

Ahora bien no se puede desconectar el art. 325 CP de los arts. 43 y 45 de la Constitución (CE) que, al proteger la salud y el medio ambiente, incluyen en su ámbito de control a la contaminación acústica, e incluso del art. 15 CE , que reconoce el derecho a la integridad física y moral, que puede quedar vulnerado cuando la contaminación acústica encierre un grave riesgo para la salud de las personas.

Aunque pudiéramos no fijarnos en la Directiva Comunitaria 2002/49, sobre Ruido Ambiental , ante las dificultades que se plantearan sobre su aplicación directa, como tampoco en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, dadas sus disposiciones sobre vacatio legis, no cabe dudar que el elemento normativo del tipo queda integrado con normas de carácter general, pues tal condición merecen tanto la Ley 16/2002, de 28 de junio, de la Generalitat de Catalunya sobre Contaminación Acústica , como la Ordenanza General del Medio Ambiente Urbano del Ayuntamiento de Barcelona.

Cualquiera sean las diversas acepciones atribuidas doctrinalmente a la denominación norma general, lo que aquí interesa, respecto a la seguridad y a la igualdad jurídicas, es que la Ley de la Generalitat y la Ordenanza de Barcelona, aunque de vigencia territorial, contienen mandatos o prohibiciones sin discriminación alguna por razón de las personas Y, en ese sentido, deben reputarse como normas generales, no particulares, complementadoras del elemento normativo a que se refiere el art. 325 CP . Esta Sala, en la sentencia del 24/2/2003 , que incorpora abundante cita jurisprudencial, explica a partir del art. 148.1.9º CE , de los arts. 127.1 y 129.1, 2 y 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del art. 25 f) de la ley de Bases de Régimen Local , como las Leyes Autonómicas y las Ordenanzas Municipales pueden cumplir la función de completar la Ley penal estatal , que defina el núcleo esencial del tipo, en materia de contaminación acústica.

Y la alusión que lleva a cabo el recurso sobre la conducta corrupta de algunas personas funcionarios, o particulares, en nada afecta a las consideraciones hasta aquí efectuadas acerca de las características de las normas.

2. En el motivo primero asimismo se menciona la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, lo que se delimita en la falta de validez de las pruebas sonométricas y en la no admisión de pruebas de descargo relacionadas con la sonometría y con la situación síquica de la acusada. Extremos que hemos de examinar a continuación.

3. En su motivo 2, se denuncia el vicio previsto en el art. 850.1º LECr . Lo que yuxtapone la Defensa de la recurrente con la existencia de una cuestión prejudicial de carácter contencioso-administrativo acerca de la bondad o no de las mediciones sonométricas.

Pues bien, en torno al art. 850.1º LECr . y al derecho a la prueba como medio de defensa reconocido en el art. 24 CE , la Jurisprudencia tiene sentado que ese derecho no tiene carácter absoluto sino que ha de atenderse a que el medio probatorio sea pertinente por su relación con los temas vinculados al objeto del proceso, útil, por su virtualidad probatoria respecto a extremos fácticos decisivos para la resolución del proceso, necesario, a la vista de los demás medios probatorios y racionalmente posible. Véanse sentencias de 28/7/2006 y 29/3/2004 , TS.

En el escrito de Defensa la representación del acusado propuso como pruebas, entre otras:

“a) PERICIAL PSIQUIATRICA, y que al amparo del Art. 784.2 está unida al presente escrito, con la anticipación suficiente para conocimiento previo de la Sala y partes; emitida por el psiquiatra Dr. Dn. Benito , Médico Forense en excedencia y del Dr. Hernan , que han examinado clínicamente a la acusada acreditante tal exploración y estado de su psicopatología y a fin de también de que sean citados judicialmente el Dr. Benito en su consultorio de la C/ Valencia, 186, 2º.2ª (08011 Barcelona) Tel. 93, 451.76.18 y Fax. 93.451 17 39, y el Dr. Hernan en la C/ Córcega nº 276, 3º 1ª de 08008 Barcelona, al efecto de que en su caso ratifiquen y/o amplíen + aclaren si es preciso su informe en el acto del juicio oral.



b) PERICIAL PSIQUIATRICA, y cuya práctica como prueba anticipada se solicita al amparo del Art. 784.2 a los efectos de que la Sala ordena que por domésticos forense, especialistas en psiquiatría de la Clínica Medico Forense de Barcelona determinen lo siguiente tras reconocer a Doña. Emma

a) Si padece una enfermedad compatible con maltrato doméstico tal como una distimia crónica.

Si esta distimia le ocasiona una alteración en su capacidad de respuesta y una baja autoestima con conducta apática que la lleva incluso a no poder responsabilizada ni asumir sus obligaciones.

3) cualquier otro extremo que crean los doctores oportuno manifestar al respecto del presente caso.

Dicho doctor se ratificará en el acto del juicio oral para el día en que la Sala disponga su señalamiento.

c) PERICIAL, que, al amparo del Auto 9/6/08 de la Sección 8ª de la APB y obrante al folio 1.104 se admita la pericial técnica sonométrica también en su día obrante en estos autos al Folio 833 y siguientes; igualmente que se admite como prueba anticipada ex Art. 784.2 por reproducirse aquí el derecho a solicitar que sea practicada en el juicio y por ello unimos pero visada por colegio de Ingenieros dicho "Informe técnico pericial sobre el expediente del local Donegan" elaborado por el Ingeniero superior de Telecomunicaciones Dn, Argimiro , el cual deberá ser citado al juicio oral para el día en que la Sala disponga su señalamiento, a la dirección del calle Srots. nº 4 de la población de 43776 -Capcanes (Tarragona).

d) PERICIAL también al amparo del Art. 784.2 LECr . consistente en el adjunto Di Dictamen y Certificación, visado por el Colegio de Ingenieros, que incorpora en su última página para conocimiento con la antelación necesaria y consistente en el resultado y apreciación de la presión sonora local de autos en relación a la sensibilidad auditiva humana y criterios de la OMS (Organización Mundial de la Salud; realizado por el Ingeniero Superior de Telecomunicaciones Sr. Broche también para ser citado para el acto del juicio oral a la misma dirección antes indicada".

En auto del 5/11/2008 el Tribunal declaró no haber lugar a la pericial siquiátrica a) "por no reunir las garantías procesales exigibles, por haberse realizado sin intervención judicial y sí a instancia de la acusada".

Mas ello no implicaba una negativa absoluta del Tribunal, pues añadía "además de ser reiterativa respecto a la propuesta con igual finalidad a practicar por la Clínica Médico Forense, que se admite".

Es decir, no se trataba sino de apurar las garantías que aseguraran la imparcialidad del perito por su ajeneidad al conflicto y por su dedicación forense.

Por lo que se refiere a las periciales c) y d), aquel auto también las inadmitió "por referirse a informes no practicados con las garantías procesales e intervención judicial, y por no ser admisible prueba pericial sobre la prueba pericial sí practicada con dichas garantías".

En las cuestiones previas la Defensa interesó la suspensión del juicio oral para la práctica de la prueba siquiátrica con el médico forense. El Tribunal reservó su decisión al desarrollo del juicio.

La Defensa insistió en la cuestión prejudicial contencioso-administrativa respecto a la nulidad del acto administrativo del cierre del local.

Asimismo la Defensa interesó la práctica de las pruebas denegadas.

El Tribunal desestimó las solicitudes de la Defensa, que formuló protesta.

En el juicio la prueba siquiátrica fue practicada por el médico forense, quien fue sometido contradictoriamente a las preguntas de las partes.

Acerca de la sonometría se llevó a cabo la pericial de un licenciado en ciencias físicas, propuesta por el Fiscal y que la Defensa de la acusada había hecho suya, aunque no quiso interrogar al perito en la vista. Además de la pluralidad de documentos y testificales que, habiendo sido propuestos por el Ministerio Fiscal, la Defensa también había hecho suyas, o que habían sido propuestas por la Defensa, y que en el juicio fueron sometidas a contradicción, sobre materiales sonoras; folios 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67 y 69 del Rollo de la Audiencia.

Debe apreciarse que no se produjo efectiva indefensión por denegación de determinados medios probatorios.

4. La cuestión prejudicial de carácter contencioso administrativo concierne a la dilucidación de la bondad de las mediciones sonométricas hechas por el Ayuntamiento y por los Mosso d'Escuadra y a la validez del cierre del local.

Puestos en relación los arts. 10 LOPJ y 4 LECr. debe afirmarse que, como regla general, la LOPJ ha suprimido las cuestiones prejudiciales devolutivas en el proceso penal; sin embargo el TC- sentencia 30/1996 de 24 de febrero ha admitido el carácter necesario de determinadas "cuestiones prejudiciales" propias del orden contencioso-administrativa con la finalidad de evitar que resulte contradicción entre dos resoluciones judiciales.

No es el caso, los puntos cuestionados debieron ser evaluados en proceso penal sin necesidad de acudir al contencioso administrativo, por cuanto, aunque los medios probatorios practicados en uno y otro proceso hubieran llevado a conclusiones divergentes, ello no habría de conducir a sentencias contradictorias dadas las diferencias entre las pretensiones contencioso- administrativas y las penales y, en último caso, sería invocable el non bis in idem.

5. El motivo tercero se encuentra esgrimido al amparo de art. 851.1º LECr ., al haberse expresado en los hechos probados la palabra grave, referida a la perturbación de la salud por el ruido, que, se dice es elemento normativo básico del art. 325 CP, concepto jurídico predeterminante del fallo.

En nuestro subsistema procesal penal la sentencia ha de comprender una exposición fáctica que, a través de las consideraciones jurídicas, conduzca al fallo. Lo que se trataba de evitar en el último inciso del art. 851.1º LECr ., es que se sustituya el relato histórico por la aplicación directa de la calificación jurídica. La jurisprudencia (véanse sentencias de 12/12/2001 y 19/5/2004) exige, en consecuencia, para apreciar el quebrantamiento que nos ocupa que las expresiones: 1) sean de las que se emplean en la técnica jurídica y se hallen incluidas en la definición legal del tipo, 2) no sean compartidas en el uso común del lenguaje, 3) tengan valor causal respecto al fallo, 4) suprimidas, dejen el relato histórico sin significado.

Efectivamente en el art. 325.1 CP , al definir el tipo agravado se emplea la frase "si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas".

Mas la palabra grave no responde en sí al ámbito técnico jurídico y sí al lenguaje común.

6. El motivo cuarto se refiere en el cauce del art. 849.1º LECr ., a la infracción de art. 849.1º LECr , por la mala utilización de la ordenanza Municipal de Barcelona para completar el tipo básico del art. 325 CP , al no ser norma general sino particular del municipio, con lo que se habrían infringidos los principios constitucionales de Igualdad y Seguridad Jurídica.

Tal extremo ha sido ya examinado en el apartado 1 de esta resolución.

7. En el motivo quinto se denuncia error en la apreciación de la prueba al amparo de art. 849.2º LECr .

La doctrina de esta Sala tiene establecido, en cuanto al motivo de impugnación que nos ocupa, que: 1) el medio probatorio de contraste ha de ser un documento, 2) el documento debe demostrar por la fuerza acreditativa que le sea propia y literosuficiente, sin necesidad de elucubraciones más o menos complejas, la equi-

vocación del factum, 3) esa equivocación ha de ser transcendente para el fallo, 4) el documento debe no quedar enervado mediante otros medios probatorios. Y excepcionalmente equipara los informes periciales a los documentos, si aquellos, sin justificación, han sido desconocidos o contradichos por el Tribunal a quo. Véanse sentencias de 29/3/2004, 5/6/2003 y 3/3/2006, TS.

En lo que se refiere al estado síquico de la acusada y a su repercusión en la imputabilidad en relación con las eximentes 1ª y 3ª del art. 20 CP, cita la recurrente los informes del Instituto de Medicina Legal de Catalunya, el de la médico forense Sra. Filomena, que promovió el del Instituto, y el del siquiatra Sr. Benito, médico forense en excedencia.

De los dos primeros se desprende que la acusada presenta unos rasgos distímicos con un trastorno ansioso depresivo de largo recorrido. En el de los Sres. Benito (y Hernan) se hace mención a un trastorno distímico, que, con el maltrato doméstico, hace que sus funciones mentales o cognitivos-volitivas estén sustancialmente afectadas o mermadas. Mas Doña. Filomena precisó en el juicio que la acusada cognitivamente no tiene problemas, lo que tiene es un trastorno emocional.

La Audiencia ponderando dichos informes pudo llegar, sin irracionalidad alguna a la conclusión de que no constaba que la acusada tuviera afectadas sus facultades cognitivas e intelectivas.

En lo que atañe al dolo eventual, regresa el recurso al estado síquico de la acusada según los informes practicados. Hemos de estar a lo recientemente expuesto.

Añade el recurso la cita de un protocolo sobre necesidad de notificaciones personales para que se aprecie desobediencia.

De su función y de su literalidad no se desprende equivocación de la sentencia.

Y se cita, como contraste con la sentencia, parte de su propio texto. Respecto a lo que basta decir que ello excede del motivo que nos ocupa.

8. En relación con las lesiones sufridas a consecuencia de los ruidos:

Respecto a Dimas cita la recurrente que al folio 665 la médico forense expresa que se trata de una persona con unos rasgos específicos, y añade la recurrente que ello significa que esos rasgos eran conflictivos.

Pero en ese informe lo que aparece literalmente, además de rasgos personales de Dimas, es que padece un trastorno ansioso-depresivo de un año de evolución; un insomnio no orgánico con un carácter claramente reactivo a la problemática vecinal motivo de "las presentes diligencias".

Señala también el recurso que en el informe del siquiatra Sr. Alonso se dice que Dimas está bien y normal, al folio 667.

Pero lo que se expresa en ese informe no es eso, sino que Dimas presentaba mejoría en el último control.

Asimismo agrega el recurso que, en el juicio, Don. Alonso expuso que Dimas dormía.

Y eso expuso el médico pero con la precisión que dormía con apneas.

Respecto a Carolina cita la recurrente el folio 668 y aduce que en ese informe la médico-forense dictamina que lo que alegaba la paciente lo venía padeciendo desde un año atrás, que sólo le recetaban un fármaco y que se apreciaba una importante remisión.

Mas lo que expone la médico-forense el 161172006 en aquel folio, además de que el padecimiento, según la afectada, venía de un año atrás, lo que es compatible con el factum, es que Carolina fue diagnosticada en abril de 2006 de un trastorno depresivo reactivo a la problemática vecinal motivo de las "presentes diligencias", que se apreciaba el 16/11/2006 una importante remisión, aunque mantenía la medicación con el fármaco inductor del sueño.

Respecto a Pedro Antonio, cita el recurso el folio 661, porque en él se dice por la médico forense que "no hay relación de causalidad directa respecto a los hechos referidos".

Pero no se ha apreciado delito de lesiones que afecten a Pedro Antonio.

Respecto a Sabina, cita el recurso que la médico forense informa sobre que se la aprecia una total remisión de la sintomatología; y añade la recurrente que, en los informes médico-privados, no se infiere ni refiere lesión alguna (folios 432 y 500).

Pero en esos informes médico-privados sí se alude a la manifestación por Sabina de trastornos del sueño.

En nada aparece contradicción entre los hechos de la sentencia y el contenido de los informes que cita el recurso como elementos de contraste, en orden a las lesiones con la necesidad de tratamiento médico.

9. El resto del motivo quinto se refiere a la sonometría y al estado síquico de la acusada. Y los extremos que se plantean no implican novedad respecto a los ya dilucidados. Existen medios de prueba con razonada prevalencia sobre los de supuesto contraste, que conduce sin irracionalidad a los convencimientos que el Tribunal a quo ha impuesto.

10. Todos los motivos deben ser desestimados, y, con arreglo al art. 901 LECr., ha de declararse no haber lugar al recurso e imponerse las costas a la recurrente, incluidas las de la Acusación Particular.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación que, por vulneración constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, ha interpuesto Emma contra la sentencia dictada, el 2/1/2009, por al Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimo primera, en proceso sobre delito contra el medio ambiente y delitos de lesiones. Y, se imponen a la recurrente las costas del recurso, incluidas las de la Acusación Particular. ■

GESTIÓN LA LEY


PROGRAMA DE
 GESTIÓN DE DESPACHOS

ahora...

- Nuevo diseño
- Más intuitivo y flexible
- Alto nivel de personalización
- Nuevo gestor de avisos
- Enlace con Lexnet
- Cumplimiento de la LOPD



 LA LEY
 grupo Wolters Kluwer

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
 902 250 500 tel • 902 250 502 fax • clientes@laley.es • www.laley.es



Doctrina

La intervención de las comunicaciones orales directas en el ámbito penitenciario

LA LEY 831/2010

Reflexiones de urgencia motivadas por la desconcertante aplicación procesal de la intervención de las comunicaciones orales directas en el ámbito penitenciario, con especial atención a las comunicaciones abogado-cliente

Jesús MARTÍNEZ RUIZ

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho penal de la Universidad de Granada

El objeto del trabajo intenta demostrar que sobre un mismo soporte material, cual es la intervención de las comunicaciones orales de los reclusos y, en particular, de las conversaciones que éstos mantienen con sus Abogados, en realidad, nos encontramos con dos realidades jurídicas diametralmente diversas: de una parte, las «captaciones audiovisuales de prevención o mantenimiento de la seguridad penitenciaria» disciplinadas en el art. 51 LOGP y concordantes y, en otro universo jurídico, las «captaciones audiovisuales de represión del delito», las cuales sólo podrán afectar al letrado del recluso en la hipótesis extrema en la que éste pase a ostentar la condición de imputado.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS (1)

Con mayor frecuencia de la deseable nos encontramos con la necesidad, en ocasiones tan sólo con el deseo contenido —dependiendo de quién sea nuestro interlocutor—, de recomendar a quienes desde una u otra posición trabajan y, en algunos casos, mancillan, el Derecho penal, a leer las reflexiones en torno al *Derecho penal sustantivo y el proceso penal* del insigne jurista que, sin lugar a dudas, fue el Excmo. Sr. D. Enrique RUIZ VADILLO, cuya brillantez de ideas y medida jurídica quedó evidenciada ya en el famoso ATS de 18 de junio de 1992 (LA LEY 2994-JF/0000). De la referida resolución merece la pena recordar la tesis referida a que «la verdad material o histórica que, en principio, se preten-

de obtener en el proceso penal, frente a otro tipo de procesos que aceptan la verdad formal o aparental, sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el Ordenamiento jurídico», toda vez que y, esto es lo realmente importante, «no se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad material».

Ciertamente, la tarea de impartir Justicia ha de ser cuestión tan ardua, como poco frecuente; actividad en continua tensión entre la maximización de la eficacia en el ejercicio del *ius puniendi* estatal y los inquebrantables límites que debieran suponer los derechos fundamentales y las garantías sustantivas y procedimentales reconocidas en nuestro Texto Fundamental a todos y cada uno de los ciudadanos, incluidos los re-

clusos en un centro penitenciario. Sin duda han de existir tentaciones, cantos de sirenas, que induzcan al Juzgador a inclinarse indebidamente hacia uno u otro lado de la balanza y, obviamente, ambas situaciones tendrán consecuencias nefastas: si nos decantamos por alzaprimar la eficacia por encima incluso de los derechos fundamentales, las posibilidades de una sentencia condenatoria injusta se elevan exponencialmente; si el defecto fuera el contrario, si ante el carácter timorato del Juzgador llegara a verificarse una exacerbación innecesaria o gratuita de los derechos fundamentales, fácil será terminar en presencia de una sentencia absolutoria igualmente injusta.

De lo anterior se desprende, bajo nuestro personal punto de vista, que la actividad jurisdiccional y, por qué no, la propia labor hermenéutica de cualquier intérprete, se asemeja a la persona que acoge en su mano a un indefenso pajarillo; si aprietas demasiado para que no se escape, se corre el riesgo de asfixiar a la criatura; si demasiado poco, el riesgo será entonces el de que se nos escape. Y la fuerza irrefutable de los hechos cotidianos se ocupa de demostrarnos una y otra vez que nuestra sociedad está bien nutrida de esa clase de «pájaros», bípedos y sin plumas. Y para enfrentarse esa *rara avis* lo único con lo que contamos y, no es poco, es precisamente con los derechos fundamentales y las garantías sustantivas y procedimentales reconocidas en nuestro Texto Fundamental.

Desde tal panorámica, al hilo, precisamente, de la más reciente actualidad en nuestro país, quisiéramos replantearnos los límites constitucionales de las medidas de investigación judicial que se materializan, con carácter general, en la *intervención de las comunicaciones orales de los reclusos* y, en particular, de *las conversaciones que éstos mantienen con sus Abogados*. La utilización de tales medios de investigación en nuestro país está fuera de toda duda, ya que en buena medida permitió declarar nada más y nada menos que la ilegalización de una agrupación de electores pertenecientes al entorno terrorista de ETA (la agrupación de electores AUKERA GUZTIK), impidiendo su presentación a las elecciones de 2005 del Parlamento Vasco, tal y como consta en la STS, Sala Especial, de 26 de marzo de 2005, confirmada posteriormente por la STC 68/2005, de 31 de marzo. Más recientemente, lo controvertido de esta genuina diligencia de investigación sumarial nuevamente se ha puesto de manifiesto con el desgraciado «Caso de Marta del Castillo», a cuyos familiares queremos afectuosa y sentidamente recordar desde estas páginas. Sobre este último supuesto, sin que sea nuestro

objetivo entrar a valorar la corrección o no de una resolución judicial que desconocemos en su integridad, recordar al menos cómo el Juzgado encargado de la instrucción, en aras de encontrar el cuerpo de la difunta, acordó la medida de intervenir las comunicaciones orales mantenidas en la prisión por los imputados, incluidas las conversaciones de éstos con sus Abogados defensores. Como expresión máxima del desconcierto reinante en torno a esta medida de investigación judicial llama poderosamente la atención, en primer lugar, que idéntica diligencia fuese denegada por el Juzgado de Menores en el mismo caso, apelándose ahora a la idea de que *la verdad no puede lograrse a cualquier precio*; en segundo lugar, también es llamativo que la constitucionalidad de dicha diligencia de investigación haya sido denunciada, no sólo por las defensas sino, al parecer, por el Colegio de Abogados de Sevilla e, incluso, por la propia Acusación particular y, no obstante ello, tanto la Fiscalía como el propio Juez *a quo*, al parecer han ratificado su plena constitucionalidad.

Llegamos así, finalmente, al denominado «Caso Gürtel», en el que nuevamente nos enfrentamos a nuevas intervenciones de las comunicaciones orales de los reclusos, incluidas, las mantenidas con sus Abogados, lo cual está generando, no sólo la petición de nulidad de las correspondientes escuchas en el locutorio de la cárcel sino, además, la eventual exigencia de responsabilidades penales por parte, al menos, de uno de los Letrados afectados por la injerencia.

No pretendemos en el marco de las presentes líneas profundizar en ninguno de los casos anteriormente referenciados, pero sí consideramos conveniente verificar cierta reflexión de carácter general en torno al *régimen jurídico de las captaciones audiovisuales que pueden tener lugar en los Establecimientos penitenciarios, por parte de los Funcionarios públicos*. La autolimitación del contenido del presente trabajo a los espacios penitenciarios encuentra una doble justificación ulterior; a saber: la primera, la pretensión sería de no alargar indebidamente el cuerpo de este escrito y, la segunda, ya de índole material, por cuanto que:

1. Es una afirmación absolutamente extendida en nuestra Doctrina jurisprudencial y en buena parte de la doctrina científica (lo cual nada dice en torno a su bondad intrínseca), que en los espacios públicos no existe vida privada o intimidad, por lo que en los mismos siempre sería válida la captación de la imagen o del sonido, por ejemplo, a través de una captación videográfica o magnetofónica.

Una afirmación de este corte suele expresarse con la máxima «donde llega el ojo, debe poder llegar la cámara», máxima que, en sí misma, hemos de reputar errónea, ya que, bajo nuestro personal punto de vista, postular que no existe derecho a la intimidad en los espacios públicos es, sencillamente, incierto.

2. Con base en la afirmación anteriormente expuesta, en lo que alcanzamos a ver, se dio carta de naturaleza a otra segunda gran afirmación de nuestra Jurisprudencia, tal y como puede verse en la STC 22/1984, de 17 de febrero. En esta resolución, pronunciándose en torno al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, se reconoció abiertamente que «a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella», concluyendo que «la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos».

Esta sentencia, y todas las que siguen su doctrina, conlleva como efecto directo la extensión del objeto de protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria hasta comprender en su ámbito las denominadas «entradas espirituales», propiciadas por las captaciones audiovisuales verificadas desde el exterior respecto de los sonidos o imágenes que acontezcan en el interior del recinto domiciliario. Huelga recordar que tal doctrina constitucional, rápidamente fue acogida por parte del Tribunal Supremo, asentándose la tesis postulada, entre otras muchas en la STS de 6 de abril de 1994 —LA LEY 3050/1994—, cuyo núcleo esencial se condensa en lo siguiente:

«No existe obstáculo legal para que las labores de investigación se extiendan también a la captación de imágenes de personas sospechosas, de manera velada o subrepticia, en los momentos en que se supone fundadamente que se está cometiendo un hecho delictivo. Es evidente que todo ello ha de realizarse con evidente respeto a los valores que la propia persona incorpora por el hecho de serlo, de tal manera que, tanto el seguimiento como la filmación, se habrá de limitar a llevarse a cabo en espacios libres y públicos, sin introducirse jamás, salvo la correspondiente autorización judicial motivada y proporcional al hecho que se trata de investigar, en los domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede ni debe llegar la

investigación, debiéndose limitar, como queda dicho, a los exteriores.»

Pues bien, la celda de un establecimiento penitenciario, sus locutorios, son seguramente los espacios arquitectónicos en los que puede ubicarse una persona diametralmente más opuestos a toda idea de privacidad, tal y como se reconoce tanto doctrinal como jurisprudencialmente (2). Siendo, en consecuencia, un innegable espacio o edificio público, en coherencia con la tesis doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, en principio, *no debería existir obstáculo constitucional alguno que impidiera la adopción por parte de las autoridades del Centro penitenciario de diligencias de investigación que se tradujesen en captaciones audiovisuales subterfugas de lo que aconteciese dentro de una celda o en los locutorios, máxime cuando las mismas estén nutridas de una previa base indiciaria de la comisión de un hecho delictivo, sin que en tal caso fuera necesario recabar la oportuna autorización judicial por cuanto no habría derecho fundamental alguno objeto de restricción, dado que, según la jurisprudencia citada, no existe derecho fundamental alguno que pueda eximirse frente a las captaciones audiovisuales verificadas en recintos extradomiciliarios.*

Ahora bien, bajo nuestro personal punto de vista, la cuestión no resulta ni mucho menos tan simple como interesadamente acabamos de esbozar, con el objetivo único de poner nuevamente de manifiesto que cualquier intento de limitar la captación subrepticia de imágenes o de conversaciones exclusivamente a los espacios domiciliarios, de una parte, corre el riesgo de caer en el error de sobrevalorar el ámbito de protección propio de la garantía instrumental de la inviolabilidad domiciliaria hasta el extremo de considerar vulnerado este derecho fundamental en las denominadas «entradas espirituales»; pero, de otro lado, esta inadecuada línea argumentativa se expone a dejar sin protección constitucional alguna idénticas medidas de investigación cuando las mismas se verifican en un lugar diverso al espacio domiciliario, en este caso, en las celdas o locutorios de los establecimientos penitenciarios, desconociendo así la tesis central postulada en otro lugar en torno a que las facultades que nutren el derecho fundamental a la intimidad despliegan sus efectos más allá de los límites locativos cubiertos por la garantía instrumental de la inviolabilidad domiciliaria, extendiéndose también a los espacios públicos y asimilados, tal y como ocurre en las celdas de un establecimiento penitenciario.

Al efecto de acreditar la anterior afirmación, nada mejor que comenzar

acudiendo a la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), en cuyo art. 51 se establecen las líneas generales por las que han de regirse las comunicaciones y visitas de los internos, precepto ulteriormente desarrollado en los arts. 41 y ss. Reglamento Penitenciario (RP), aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero.

En este orden de ideas, interesa subrayar que en el ámbito del art. 51.1 LOGP se articula el régimen general de las comunicaciones orales y escritas del recluso, previéndose el derecho de los internos a comunicar periódicamente, de forma oral o escrita, con sus familiares, amigos y representantes de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Esta clase de comunicaciones orales y escritas, tal y como expresamente dispone el aparta-

Del contenido del apartado 1 del art. 51 LOGP puede constatarse que el Director del Centro penitenciario tan sólo queda facultado para adoptar este tipo de restricciones para la consecución de tres finalidades diversas concretadas en razones de seguridad, razones de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento

do 5 del art. 51 LOGP, son susceptibles de ser suspendidas e intervenidas a instancia del Director del establecimiento, de forma motivada, con la única obligación de dar cuenta a posteriori a la autoridad judicial competente.

Con independencia de este régimen general, se regulan asimismo tres supuestos específicos en atención bien al medio de comunicación, como ocurre en el apartado 4 respecto de las comunicaciones telefónicas, bien a los sujetos con los que el recluso mantiene la comunicación, tal y como sucede con las comunicaciones del interno con su Abogado defensor, con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con el Procurador (art. 51.2 LOGP), o con los profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión (art. 51.3).

II. RÉGIMEN GENERAL DE LAS COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS DEL RECLUSO

Indicábamos anteriormente que el apartado 1 del art. 51 LOGP contempla el derecho de los reclusos a comunicar

de forma oral y escrita con familiares y amigos, comunicaciones cuya intervención queda, al menos en su fase inicial, excluida de la garantía jurisdiccional, por cuanto pueden ser suspendidas e intervenidas por propia iniciativa del Director del Establecimiento penitenciario.

La incógnita a resolver consistiría en determinar cuáles son las concretas finalidades que persigue la legislación penitenciaria al regular esta facultad, así como examinar el procedimiento al que queda sometida, a los efectos de determinar finalmente si dicha facultad resulta, en su caso, extrapolable a aquellas situaciones en las que el Director de un Establecimiento penitenciario, partiendo de una serie de indicios previos de la comisión o participación en un previo hecho delictivo por parte de un recluso, adopta la decisión de intervenir, captar y grabar las comunicaciones orales del recluso con el objetivo final de obtener pruebas o fuentes de prueba para su utilización en un futuro proceso penal.

Para descender al caso concreto, puede resultar ilustrativo argumentar en base al supuesto de hecho enjuiciado en la STS de 10 de febrero de 1998 (LA LEY 2283/1998), barajando dos diferentes hipótesis que se diferenciaran en un solo extremo: mientras que en la primera será la autoridad judicial la que autorice y acuerde la instalación de los artificios técnicos de escucha, transmisión y grabación de las conversaciones mantenidas en la celda por dos reclusos, en la segunda hipótesis, tal medida será adoptada por iniciativa propia del Director del Centro penitenciario.

Los hechos, en su esencia, se corresponden con el siguiente relato:

«Como consecuencia del asesinato de una pareja de novios en un descampado, se encuentran en prisión preventiva Pedro y Carlos. En los cadáveres de las víctimas se encontraron vestigios que clínicamente comprobados por las técnicas de ADN arrojaron huellas genéricas que correspondían al menos a tres personas distintas de los fallecidos. Se ordena la instalación de artificios de escucha, transmisión, grabación y reproducción del sonido en la celda del Centro penitenciario Jaén II, a fin de escuchar las conversaciones que tuvieran entre sí los citados internos para el descubrimiento e identificación de la tercera persona que intervino en los hechos.»

Sin adelantar nuestra opinión personal respecto del supuesto de hecho propuesto, hemos de retornar al con-

OPINIÓN

1.^a Que sobre un mismo soporte material, cual es la intervención de las comunicaciones orales de los reclusos, nos encontramos con dos realidades jurídicas diametralmente diversas: las «captaciones audiovisuales de prevención o mantenimiento de la seguridad penitenciaria» y las «captaciones audiovisuales de represión del delito».

2.^a Que en el ámbito propio de las «captaciones audiovisuales de prevención o mantenimiento de la seguridad penitenciaria», el Director podrá acordar, motu proprio, la suspensión y/o intervención de las mismas, siempre y cuando se fundamente en los presupuestos desencadenantes previstos en la Ley.

3.^a Que como contrapartida a la ausencia de la garantía de la intervención judicial en este ámbito, se exige que tal medida no sea de carácter subrepticio, cumplimentándose consecuentemente con tres grandes presupuestos procedimentales: la motivación del acuerdo; la doble notificación al recluso interesado al Juez de Vigilancia Penitenciaria, o a la autoridad judicial de la que dependa el interno y, finalmente, la determinación de un límite temporal.

4.^a Que, en la actualidad, no existe en nuestro Ordenamiento procesal norma alguna que regule el diverso género que constituyen las denominadas «captaciones audiovisuales de represión del delito».

5.^a Que, finalmente, en el caso particular de las comunicaciones orales directas del recluso y su Defensor, han de distinguirse nuevamente los dos planos: el estrictamente penitenciario y el de la genuina medida de investigación sumarial. Respecto del primero, entendemos que tan sólo sería factible su adopción en casos de terrorismo y previa autorización judicial. Por el contrario, en el segundo, la Justicia demanda inexorablemente que tan sólo puedan acordarse en términos constitucionalmente asumibles, en la hipótesis extrema en la que el recluso-cliente y su abogado ostenten ambos la condición procesal de imputado en el delito a investigar.

tenido de la Legislación penitenciaria examinando, en concreto, cuáles son los presupuestos materiales que habilitan al Director de un Establecimiento penitenciario para acordar la suspensión o intervención de las comunicaciones orales del recluso.

A tal efecto, conviene recordar que del contenido del apartado 1 del art. 51 LOGP puede constatarse que el Director del Centro penitenciario tan sólo queda facultado para adoptar este tipo de restricciones para la consecución de tres finalidades diversas concretadas en razones de seguridad, razones de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Pues bien, como acertadamente se ha subrayado a nivel doctrinal, los motivos de seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario han de ser interpretados en relación con los fines encomendados legalmente a las Instituciones penitenciarias en el art. 11 de la Ley, concretados en «la reeducación y la reinserción social», de una parte y, de otra, «en la retención y custodia de detenidos, presos y penados». En lo que hace al interés del tratamiento en cuanto tercera finalidad legal habilitante de la injerencia en el derecho a comunicar del recluso queda absolutamente extramuros de nuestro ámbito de interés.

Por tanto, buen orden del Establecimiento penitenciario, seguridad del mismo y razones de tratamiento del interno son exclusivamente las razones que facultan a la Administración penitenciaria a restringir las comunicaciones orales o escritas de los reclusos. Desde esta perspectiva, cabría ya afirmar que quedan al margen de cualquier previsión legal la adopción de captaciones audiovisuales directas con base indiciaria encaminadas a la obtención de fuentes de prueba de la previa comisión de un hecho punible respecto de los reclusos, con lo que su eventual adopción, en principio, no podría verificarse directamente por el Director del Establecimiento penitenciario, tal y como apuntábamos en la primera de las hipótesis barajadas para el análisis del supuesto de hecho propuesto.

Para afianzar esta primera conclusión podemos examinar los requisitos procedimentales que han de ser observados por el Director del Establecimiento penitenciario a la hora de acordar la suspensión o intervención de las comunicaciones escritas u orales de los reclusos, a fin de contrastarlos con el carácter subrepticio que es connatural a las diligencias de investigación en que se materializan las captaciones audiovisuales con base indiciaria.

En este sentido, el apartado 5 del art. 51 LOGP exige expresamente que el

acuerdo del Director decretando la suspensión o intervención de las comunicaciones del recluso sea *motivado*. Tal requisito ha sido reiteradamente considerado por nuestro Tribunal Constitucional desde la STC 170/1996, de 29 de octubre (3), como «el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un Centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva», constituyendo «un elemento imprescindible para la garantía de los derechos de los reclusos», que se erige en «el único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la institución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna».

Ahora bien, la *motivación del Acuerdo* en cuya virtud el Director del Establecimiento penitenciario adopta la decisión de suspender o intervenir las comunicaciones orales o escritas del recluso no agota el conjunto de requisitos al que se encuentra afecta esta medida restrictiva de un derecho fundamental. Muy al contrario, tanto el art. 43.1 como el art. 46.5, ambos del Reglamento Penitenciario, articulan la garantía de la *doble notificación o comunicación del Acuerdo de intervención de comunicaciones orales o escritas*, doble notificación que se dirigirá al interno, de una parte y, de otra, al Juez de Vigilancia Penitenciaria o, en su caso, a la autoridad judicial de la que dependa el interno en los casos de detenidos o presos preventivos.

El Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse en torno a la finalidad de este nuevo requisito, verificando una interpretación que suscribimos íntegramente. Así, en lo que se refiere a la notificación del acuerdo al interno, pone expresamente de manifiesto que «en nada frustra la finalidad perseguida, ya que la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial, a la vez que supone una garantía del interno afectado» (4). Por su parte, respecto de la comunicación *a posteriori* del acuerdo al Juez de Vigilancia, ha declarado que «ha de ser con carácter inmediato, con el objeto de que ésta ratifique, anule o subsane la decisión administrativa, es decir, ejerza con plenitud su competencia revisora sobre la restricción del derecho fundamental, articulándose, pues, como una auténtica garantía con la que se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes», con lo que, rectamente entendida, esta

dación de cuentas a la autoridad judicial competente implica «no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado a posteriori mediante una resolución motivada».

Finalmente, junto a la *motivación del acuerdo de suspensión o intervención de las comunicaciones del recluso, la doble notificación del mismo al afectado y al Juez de Vigilancia Penitenciaria* o, en caso de detenidos y presos preventivos, al órgano jurisdiccional del que dependa, el tercer requisito o garantía al que queda afecta la adopción de la intervención o suspensión de las comunicaciones del preso atiende a la *determinación de un límite temporal de la medida restrictiva*, cuya fijación deberá expresarse en el Acuerdo motivado como proyección última del principio de proporcionalidad.

De todos los presupuestos que anteceden, sin duda, el que interesa traer a un primer plano es el relativo a la «notificación del acuerdo adoptado por el Director al interno afectado». Al respecto, hemos podido constatar cómo el propio Tribunal Constitucional ha subrayado reiteradamente (5) que dicha garantía del interno afectado, «en nada frustra la finalidad perseguida, ya que la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial».

Éste es, a nuestro juicio, el verdadero nudo gordiano de la cuestión y, ciertamente, la restricción que en estos casos padece el derecho a la intimidad en sentido amplio, puede quedar al margen de la garantía de la intervención judicial o, si se prefiere, del imperio del principio de jurisdiccionalidad, sólo y en la medida en que la restricción del derecho fundamental tenga su razón de ser en una *finalidad preventiva*. Finalidad que en el concreto supuesto de las comunicaciones orales de los reclusos, se delimita por el legislador en el art. 51.1 LOGP en la trilogía *razones de seguridad, razones de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento*. Como contrapartida a la ausencia de la intervención judicial previa a la restricción de los derechos fundamentales del recluso, se impone el deber de notificarle el Acuerdo de intervención de las comunicaciones orales, notificación cuya primordial razón de ser estriba en garantizar, precisamente, el derecho a la intimidad del recluso, a fin de que éste y su interlocutor, una vez que han sido advertidos de que sus comunicaciones orales o escritas van a ser objeto de intervención, puedan decidir, puedan consentir, el acceso al contenido

de sus conversaciones por parte de la Administración penitenciaria, gozando de la posibilidad de omitir en sus conversaciones aquellos extremos que no deseen que sean conocidos por parte de terceros ajenos a la misma.

Ahora bien, esta obligación legal de notificar al interno el acuerdo de intervención de las comunicaciones orales, por su propia idiosincrasia, *priva a esta medida de cualquier posibilidad de desarrollar un papel en el ámbito de las grabaciones de conversaciones con base indiciaria, en cuanto medidas de investigación o de obtención de fuentes de prueba de un hecho punible*, para las cuáles, como declaran expresamente las SSTC 200/1997, 193/2002 y 194/2002 anteriormente referenciadas, se «requeriría la previa autorización judicial».

Por tanto, a la vista de cuanto antecede, creemos poder afirmar que el régimen de intervención de las comunicaciones orales previsto en la legislación penitenciaria, en modo alguno confiere cobertura legal a la *instalación subrepticia de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación y reproducción del sonido en la celda de un Centro penitenciario o en cualquier otro espacio del Establecimiento penitenciario*, con el objetivo final de escuchar y grabar las conversaciones que mantengan entre sí los internos a fin lograr el descubrimiento u obtención de fuentes de prueba de un hecho delictivo, actividad cuya injerencia en el derecho a la intimidad en sentido amplio, es difícilmente discutible, tal y como tuvo ocasión de reconocer la STEDH de 5 de noviembre de 2002 (Asunto *Allan contra el Reino Unido*), al declarar abiertamente que «el uso de aparatos de grabación de audio y de video en la celda del demandante, la zona de visitas de la prisión y en un compañero interno, supuso una injerencia en el derecho del demandante a la vida privada en virtud del artículo 8.1 del Convenio».

Queda así resuelta al menos la primera de las hipótesis sobre las que nos propusimos examinar los hechos enjuiciados en la STS de 10 de febrero de 1998, debiendo concluirse negando al Director del Centro penitenciario la facultad para autorizar, por su propia iniciativa, la instalación de artificios técnicos de escucha, transmisión y grabación de las conversaciones mantenidas en la celda por dos reclusos, al amparo de lo dispuesto en los arts. 51.1 LOGP y 41 y 42 RP. Y constatada la ausencia de ley habilitante de esta injerencia en el derecho a la intimidad, no podría por menos que afirmarse la vulneración del derecho fundamental sustantivo, conduciendo ello, en el plano estrictamente procesal, a la nulidad

de pruebas o fuentes de prueba obtenidas por tal vía.

Resta por analizar la segunda de las hipótesis de trabajo propuesta, relativa a que sea la autoridad judicial la que acuerde mediante Auto debidamente motivado la grabación subrepticia de las conversaciones, método de investigación respecto del que, si bien hemos de reconocer en el plano de *lege data* la ausencia de cobertura legal alguna en nuestro Ordenamiento jurídico, no obstante ello tal posibilidad nos merece una respuesta afirmativa, siempre y cuando se respeten los presupuestos constitucionales y los límites que permite la adecuada comprensión de la garantía constitucional de la *interpositio legislatoris*, problemática ésta que por motivos de espacio no abordaremos en esta ocasión. De momento, y sin perjuicio de adelantar nuestra convicción respecto de la perentoria necesidad de que el legislador acometa una regulación específica y detallada de la medida de investigación en que se traducen las captaciones audiovisuales directas o ambientales con base indiciaria, concretadas en la colocación de aparatos de escucha, transmisión del sonido o de la imagen de personas sospechosas de ser autores o partícipes de un hecho punible, baste con adelantar que, desde nuestra perspectiva, resulta legítimamente en el plano teórico la realidad que nos ofrece la *praxis* de nuestros Tribunales, *praxis* que, como veremos a continuación, adolece con todo de algunos déficits notorios provocados, precisamente, por la ausencia de una regulación legal de estas medidas de investigación.

Así lo evidencia la precitada STS de 10 de febrero de 1998, resolución que únicamente podemos reputar correcta en su corolario, esto es, en reconocer la posibilidad de que el Juez de Instrucción en el marco de unas diligencias previas incoadas para la investigación de unos hechos tan graves como para ser calificados como dos delitos de homicidio, otro de violación y dos detenciones ilegales, acordara la intervención y grabación de las conversaciones mantenidas en la celda del establecimiento penitenciario por los dos sospechosos principales de dichos hechos, cuya finalidad iba encaminada a «pretender corroborar la participación de un tercero que dejó rastros biológicos en la cavidad vaginal de la víctima y dirigidos a descubrir un delito muy grave» (6).

Al margen de esta conclusión que viene a ratificar la constitucionalidad de este medio de investigación judicial, el resto de la argumentación material desplegada por el Tribunal Supremo adolece, a nuestro parecer, de una inexactitud teórica más que sobresaliente producto de un intento desesperado de buscar la

legitimidad de esta medida en el marco de la LOGP, tal y como se desprende de la siguiente declaración:

«*Tal intromisión se produce en el ámbito penitenciario y la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, permite en las comunicaciones orales (y escritas) que sean intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta de la autoridad judicial competente (art. 51.5). Mucho más cuando sea el propio Juez Instructor de la causa el que lo acuerde y por razones tan ponderadas y justas, como en este caso, donde la propor-*

El Director de un Establecimiento Penitenciario, mediando una previa base indiciaria de la comisión o participación de un hecho delictivo por parte de un recluso, carece de facultades para intervenir las conversaciones orales del recluso

cionalidad de la medida resulta patente (...). Pues bien, si se permite al Director en tal normativa mucho más al Juez de Instrucción cuando su finalidad es precisamente garantizar una pluralidad de valores en una sociedad democrática no pueden desconocerse.»

Pero, probablemente, no sería justo por nuestra parte cargar toda la «culpa» al Tribunal Supremo de las posibles inexactitudes teóricas contenidas en esta sentencia, toda vez que hay que tener en consideración que venía en buena medida forzada por los pronunciamientos *absolutorios* contenidos en la SAP Jaén de 17 de enero de 1997, *absolución* que, a mayor abundamiento, encontraba su base previa en el auto de 5 de febrero de 1996 (LA LEY 5970/1996), en el que declaró «nulas la intervención y grabaciones ordenadas en la celda del centro penitenciario que ocupaban los recurrentes».

La argumentación sustentada por la AP Jaén, recordemos, posteriormente casada por la STS de 10 de febrero de 1998, no obedece a nada distinto de la maximización de la garantía de la *interpositio legislatoris*, teniendo no obstante la virtualidad de evidenciar la *ausencia de cobertura legal* en nuestro Ordenamiento jurídico de las captaciones audiovisuales con base indiciaria, tal y como se deduce de los siguientes considerandos:

«*La cuestión nuclear radica en decidir si el medio de investigación impugnado, la*

autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisiones y grabaciones mediante micrófonos u otros artificios ocultos en lugar cerrado, en concreto en una celda de la prisión en que están reclusos preventivamente por esta causa, cumple la exigencia de previsión o reserva legal que legitima la ingerencia en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones.

La respuesta al interrogante que quedó formulado, sin permitir una contestación sencilla ni contar con su respaldo con argumentos tan rotundos que deslegiti-

men opiniones contrarias debe ser, a juicio de esta Sala, negativa o, lo que es lo mismo, este Tribunal entiende que nuestro Ordenamiento jurídico, fuera de la singularidad de la Ley penitenciaria a cuyo artículo 51 luego se hará referencia, no autoriza más intervención de las comunicaciones orales —distintas de las postales y telegráficas— que las ordenadas por la autoridad judicial y no todas, sino exclusivamente las realizadas mediante sistemas y aparatos de telefonía, y no siendo de

esta índole las escuchas impugnadas, debe prosperar el recurso y declararlas nulas según dispone el artículo 11.1 en relación con el artículo 7 de la LOPJ.

El auto recurrido, sin embargo, se limita a citar el art. 18.3 de nuestra Constitución como precepto en el que asentará la cobertura legal a las escuchas ordenadas (...). Este único precepto constitucional no puede interpretarse extensivamente hasta cobijar en su redacción la posibilidad de escuchas verbales distintas o similares a las que se acordaron en el curso del sumario. En esta prohibición tácita debe entenderse el freno que se ha venido adoptando tradicionalmente para no hacer uso de este antiguo método de investigación, habitualmente sancionado como conducta delictiva y como tal introducido en nuestro Código penal en la Ley Orgánica 15 de octubre de 1984, al dar nueva redacción a los artículos 192 bis y 497 bis (...).

En definitiva, ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, ni la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ni tampoco el Código Penal (arts. 197 y 198), contienen la necesaria previsión que legitime el medio probatorio por lo que su práctica, sin refrendo jurisprudencial alguno, debe entenderse prohibido.»

Frente a esta tesis, secundando por lo demás el criterio finalmente asumido

por el TS, coincidente en buena medida con el postulado por nosotros, nos encontramos con la SAP Córdoba, de 22 de abril de 1998, resolución que tuvo que pronunciarse respecto de la conformidad con el art. 18.3 Constitución (CE) de una grabación de las conversaciones orales mantenidas por dos detenidos en unos calabozos municipales, previo auto dictado por el Juez instructor de la causa, siendo una sentencia que hace gala de una corrección argumental digna de ser reseñada, y en la que, si bien confiere plena legitimidad constitucional al referido medio de investigación, no obstante ello concluye decretando, a nuestro juicio con razón, la nulidad probatoria de las concretas cintas magnetofónicas. Para alcanzar tal corolario procede a diferenciar lo que son requisitos constitucionales de aquellos otros requisitos o garantías que ostentan mera relevancia en el plano de la legalidad ordinaria, partiendo, no obstante, de la siguiente premisa: «A este Tribunal no le resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica —en cuanto puede ser legítimamente intervenida por el Juez— y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos o más personas en un recinto cerrado. Si se permite al Director de un Centro penitenciario en la normativa, mucho más al Juez a autorizar la grabación de conversaciones entre detenidos en depósitos Municipales cuando su finalidad y labor es precisamente garantizar pluralidad de valores en una Sociedad Democrática que no puede desconocerse».

Entre los requisitos o garantías de índole constitucional aludía la sentencia objeto de nuestra atención los siguientes:

«1) La proporcionalidad de la medida en cuanto son los delitos graves los que pueden dar lugar a una intervención, y por supuesto únicamente durante el tiempo indispensable (...); 2) La motivación de la autorización porque, al margen del artículo 120.3 de la Constitución, cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales, es preciso encontrar una causa suficientemente explicada que haga comprender al titular del derecho limitado las razones por la que ese sacrificio necesario se consuman; 3) Especialidad de la materia a investigar porque no cabe decretar la intervención para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco (...); 4) La previa existencia de indicios delictivos no equivalentes a las meras sospechas o conjeturas, en tanto que esa probabilidad de la presunta infracción la que marcará la pauta a seguir, que en eso precisamente consiste la proporcionalidad, todo lo cual descarta desde luego las escuchas "predelictuales" o de "prospección" (...);

5) La necesidad de una medida a la que sólo cabe acudir si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales, o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención.»

Prosigue correctamente la Sala expresando que la resolución judicial acordando la adopción de la intervención de las comunicaciones orales deberá valorar y pronunciarse, con carácter previo, sobre la concurrencia de los requisitos constitucionales referidos, extremo que reconoce en el caso concreto, lo cual le permite afirmar que la medida, esto es, la grabación de las conversaciones orales mantenidas por los dos presos preventivos en los depósitos municipales, no fue inconstitucional (7).

No es este el momento para efectuar consideraciones en torno a cómo la diligencia de investigación en que se traduce la captación audiovisual directa con base indiciaria, acordada por el Juez instructor puede, en caso de que se hayan observado todos los requisitos constitucionales y legales, convertirse en el plenario en una auténtica prueba con virtualidad suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia. Basta con subrayar por ahora, al amparo de los pronunciamientos judiciales que anteceden, las dos siguientes conclusiones: primera, el Director de un Establecimiento Penitenciario, mediante una previa base indiciaria de la comisión o participación de un hecho delictivo por parte de un recluso, carece de facultades para intervenir las conversaciones orales del recluso; segunda, en tal situación, aun sin la conveniente interposición de legislador, el Juez de Instrucción sí puede, en principio, adoptar la decisión de limitar de modo constitucionalmente legítimo el derecho a la intimidad en sentido amplio de los reclusos, ordenando la captación y grabación de sus conversaciones orales directas o ambientales.

III. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS DEL RECLUSO CON SU ABOGADO DEFENSOR

Anunciábamos anteriormente que en el marco de la LOGP, se regulan de forma específica las comunicaciones del interno con su Abogado defensor, con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con el Procurador, en el apartado 2 del art. 51 y, en su apartado 3 las mantenidas con los profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, los asisten-

tes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión. Dejando al margen estas últimas, si conviene examinar las comunicaciones con el Abogado defensor. Efectivamente, el apartado 2 del citado art. 51, tras ordenar que «las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados», articula un régimen específico de suspensión e intervención, en cuya virtud, «no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden judicial y en los supuestos de terrorismo».

El empleo por parte del legislador de la conjunción «y» abrió una dualidad de interpretaciones en el seno de la doctrina y de la propia jurisprudencia constitucional en torno a quién era la autoridad competente para decretar la

El Juez de Instrucción sí puede, en principio, adoptar la decisión de limitar de modo constitucionalmente legítimo el derecho a la intimidad en sentido amplio de los reclusos, ordenando la captación y grabación de sus conversaciones orales directas o ambientales

suspensión o intervención de esta modalidad de comunicaciones. Así, una primera línea interpretativa postulaba que las comunicaciones con el abogado defensor sólo podían ser restringidas por orden judicial, a excepción de los supuestos de terrorismo, tal y como parece deducirse de la literalidad de la norma, en cuyo caso también tendría competencia el Director del establecimiento penitenciario (8). Frente a esta corriente, a partir de la STC 183/1994, de 20 de junio (9), ha arraigado una segunda línea interpretativa, sin duda, más estricta y, sobre todo, comprometida con la salvaguarda del derecho de defensa del recluso, al que habría que adicionar, el derecho al secreto profesional del que goza todo Abogado, en cuya virtud se postula la siguiente doctrina:

«El art. 51 de la LOGP distingue entre las comunicaciones, que podemos denominar 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 gene-

ral del art. 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas "por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento", según precisa el art. 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.

Esta diferencia esencial que existe entre el art. 51.1 y el art. 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de "orden de la autoridad" y "supuestos de terrorismo", que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en consecuencia, llegarse a la conclusión de que el art. 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 se autorice en ningún caso a la Administración penitenciaria para interferir esas comunicaciones.»

En consecuencia, en lo que afecta a la suspensión e intervención de las comunicaciones del recluso con su Abogado defensor o su Procurador, tras la nueva orientación ofrecida por la sentencia colacionada, los parámetros en los que ha de moverse la interpretación del contenido del art. 51.21 LOGP, en atención a la necesidad de salvaguardar el derecho al secreto de las comunicaciones, su derecho a la intimidad e, inclusive, el derecho de defensa de los internos, obligan a proscribir cualquier posibilidad al Director del Establecimiento penitenciario para restringir este tipo de comunicaciones, cuya suspensión o intervención resulta ser competencia exclusiva de la autoridad judicial. Tal interpretación ha sido, por lo demás, acogida expresamente en el Reglamento Penitenciario, si bien de una manera ciertamente confusa, por cuanto no quedan ni mucho menos claros cuáles son los presupuestos materiales en los que ha de moverse la facultad de intervención o suspensión

de las comunicaciones prevista en el art. 51.2 de la Ley.

Así, en lo que se refiere a las *comunicaciones escritas*, el apartado 6 del art. 46 RP, dispone que «sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial». Más específicamente, en el art. 48 RP, dedicado expresamente a las «comunicaciones con Abogados y Procuradores», en su apartado 31, tras ratificarse en el principio general de que «las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa», previene exclusivamente que «la suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial», con lo que, en principio, da pie para considerar que se ha prescindido del segundo requisito cumulativo relativo a los «supuestos de terrorismo», expresamente mencionado en el art. 51.2 de la Ley.

Bajo nuestro personal punto de vista, en realidad la facultad restrictiva contenida en el art. 51.2 LOGP ostenta una naturaleza jurídica estrictamente *penitenciaria* y de *carácter preventivo*, por lo que, en sintonía con el régimen general de las comunicaciones orales y escritas del recluso, entendemos que su activación sólo resulta factible cuando concurran alguna de las tres finalidades preventivas expuestas. En tal situación, efectivamente, podrá el Juez de Vigilancia Penitenciaria, si se trata de *penados* o, la correspondiente Autoridad judicial competente, en caso *detenidos* o *presos preventivos*, acordar, previa notificación tanto al interno como a su Abogado de la oportuna resolución judicial, la intervención de las comunicaciones orales, escritas o telefónicas que ambos mantengan, requiriéndose todavía la satisfacción del último límite legal expresamente enunciado en el apartado 21 del art. 51 LOGP, esto es, que el interno afectado guarde alguna relación con el fenómeno *terrorista* (10), de modo tal que sea esa condición personal del afectado la que pueda conducir al Juez de manera apriórica a pronosticar que, en términos objetivos (11), existen *razones de seguridad o de buen orden del establecimiento penitenciario*, que hagan prevalente en términos de proporcionalidad la preservación de dichos intereses (12), frente al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y el derecho a la intimidad de recluso (art. 18.1 CE) y, también, siquiera aún en un plano potencial, sobre el derecho de defensa (art. 24.2 CE) del mismo recluso unido al derecho al secreto profesional de su Abogado (art. 24.2).

Esta interpretación, por lo demás, cobra pleno sentido si no despreciamos el hecho de que la participación de un Abogado en la comunicación oral, escrita o telefónica, hace que junto a los derechos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad del recluso, se eleve con mayor fuerza si cabe, el derecho al secreto profesional del Letrado y, en su caso, el derecho de defensa, ambos proclamados en el art. 24.2 CE, derechos cuya presencia, tal y como ha reconocido la STEDH de 25 de abril de 1992 —Asunto *Cambell c/ Reino Unido*—, confieren «un régimen privilegiado del que se beneficia la relación Abogado-Cliente», concluyendo que «no se aprecia ninguna razón para distinguir entre las diferentes categorías de correspondencia con los Letrados: cualquiera que sea su finalidad afecta a cuestiones de naturaleza confidencial y privada (...), gozando de un Estatuto privilegiado, en virtud del artículo 8 del Convenio».

Efectivamente, el secreto profesional del Abogado no sólo constituye un deber sino, también, un derecho fundamental, cuyo reconocimiento tiende a preservar el *principio de confidencialidad* absoluta de las informaciones intercambiadas entre el Letrado y su cliente, proyectando sus efectos respecto de una pluralidad de intereses entre los que se encuentra, en primer lugar, el derecho a la intimidad del cliente (art. 18.1 CE); en segundo lugar, el derecho al secreto de las comunicaciones tanto de aquél como del Letrado (art. 18.31), y, en tercer lugar, se proyecta igualmente, o con mayor fuerza si cabe, respecto de los derechos de defensa y de asistencia letrada, ambos proclamados en el art. 24.2 CE.

Todo ello nos induce a ratificarnos en la tesis interpretativa propugnada para el precitado art. 51.2 LOGP, precepto que no puede legitimar la indiscriminada intervención de las comunicaciones entre Abogado y preso para preservar la *seguridad, el buen orden del establecimiento penitenciario o el tratamiento del interno*, por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria o el de instrucción competente, máxime si tal medida se pretende adoptar *de manera oculta o subrepticia*. Antes al contrario, tal y como hemos expuesto anteriormente, dicho precepto legal sólo puede legitimar la suspensión o la intervención de las comunicaciones *abogado-presos*, si con carácter cumulativo se complementan los siguientes presupuestos: primero, en el plano *subjetivo*, el interno afectado ha de guardar alguna relación con el fenómeno *terrorista*; segundo, precisamente será esa especial condición personal del afectado la que deberá conducir al Juez de manera apriórica a pronosticar, en términos objetivos, la concurrencia de los tres

riesgos que expresamente declara querer conjurar el precepto objeto de nuestra atención, esto es, las *razones de seguridad o de buen orden del establecimiento penitenciario*, y, en tercer y último lugar, la prevalencia en términos de proporcionalidad de dichos intereses (13) frente al derecho al secreto de las comunicaciones, al derecho a la intimidad de recluso (art. 18.1 CE) y, también, siquiera potencialmente, sobre el derecho de defensa unido al derecho al secreto profesional del Abogado, exigirá en última instancia que el Juez de

zación terrorista, que mantiene comunicaciones orales, escritas o telefónicas con su Abogado

Ésta sería, sin duda, la hipótesis que inicialmente podría contar con el más sólido fundamento material para introducirse de *lege ferenda* en nuestro Ordenamiento jurídico, siendo una medida que, incluso, podría ampararse en la doctrina del TEDH, tal y como se desprende de su sentencia de 5 de julio de 2001 —Asunto *Erdem c/ Alemania*—. Efectivamente, en esta resolución, el

Tribunal de Estrasburgo llegó a admitir la compatibilidad con el carácter secreto de las comunicaciones entre Abogado y cliente, en aquellos casos en los que el control de la correspondencia tiende a la lucha contra el terrorismo, declarando expresamente que «las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y terrorismo, de manera que el Estado debe ser capaz, para combatir eficazmente estas amenazas,

de vigilar, secretamente, a los elementos subversivos que actúan en su territorio. El Tribunal debe pues admitir que la existencia de disposiciones legislativas que conceden poderes de vigilancia secreta de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones es, en una situación excepcional, necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional y la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales».

No obstante, bajo nuestro personal punto de vista, en una situación como la descrita no sólo se restringe el *derecho al secreto de las comunicaciones* (art. 18.3 CE) o el *derecho a la intimidad* (art. 18.1 CE) *del imputado perteneciente a una organización terrorista* sino que, como indicábamos anteriormente, la restricción esencial la padece un Abogado en el ejercicio de su profesión, cuya información es, curiosamente, reputada confidencial y secreta tanto en el art. 437.2 LOPJ, como en el art. 32 de su Estatuto orgánico, aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio. Y es, precisamente, en virtud de ese carácter confidencial y secreto de los conocimientos que adquiere el Letrado en el desempeño de su oficio, por lo que el art. 416.2 Ley ritarua criminal (LE-Crim.), los dispensa de toda obligación de declarar *respecto de los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de Abogado defensor*. Por ello, entendemos que tal exención de declarar, con su correlativo derecho al secreto *respecto de terceros*, sólo puede ceder cuando el mismo Abogado adquiere la condición de imputado, en el sentido

El secreto profesional del Abogado no sólo constituye un deber sino, también, un derecho fundamental, cuyo reconocimiento tiende a preservar el principio de confidencialidad absoluta de las informaciones intercambiadas entre el Letrado y su cliente

Vigilancia Penitenciaria, si se trata de *penados*, o la correspondiente Autoridad judicial competente, en caso *detenidos* o *presos preventivos*, proceda, con carácter previo, a la doble notificación al Abogado y al preso perteneciente al entorno terrorista del correspondiente Auto motivado en el que adopta su decisión de intervenir las comunicaciones orales, escritas o telefónicas que ambos mantengan.

IV. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS DE UN RECLUSO CON SU ABOGADO DEFENSOR CON BASE INDICIARIA

En correlación con la posición adoptada respecto de la intervención de las comunicaciones entre interno y su Abogado en el ámbito penitenciario, podríamos plantearnos hasta qué punto sería constitucionalmente admisible en situaciones diversas en las que la causa que desencadena la injerencia sea la *investigación y obtención de pruebas de un hecho delictivo*, que la autoridad judicial decidiera intervenir las comunicaciones orales, escritas o telefónicas mantenidas entre un imputado y un Letrado, de manera subterfugio, y no previa notificación del Auto como veíamos en el apartado anterior.

Cabría, no obstante, diferenciar aún entre los siguientes supuestos:

a) Cliente que ostenta el carácter de imputado, perteneciente a una organi-

amplio empleado en el art. 118 LECrim., en el proceso junto a su cliente.

Cuanto antecede nos obliga a reconocer que quedarían igualmente restringidos dos nuevos derechos fundamentales, el primero, atinente al *imputado-terrorista*, el derecho de defensa del art. 24.2 CE y, el segundo, privativo del *Letrado*, el derecho al secreto profesional, amparado en el art. 24.2 CE, y su presencia nos induce a considerar que ni tan siquiera cuando el imputado pertenezca presuntamente a una organización terrorista, podría un Juez acordar la intervención subterfuga de las comunicaciones que mantuviera con su Letrado.

Nuestra postura encuentra su fundamento en que aquí nos situamos ante un intento de restricción de una garantía procesal constitucionalizada, cuyo carácter restringible es difícilmente defendible. A mayor abundamiento, el propio art. 55.2 CE, remite a una Ley Orgánica para la *suspensión individual de determinados derechos fundamentales* en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, y en dicho catálogo no se encuentra ni el derecho de defensa ni el derecho al secreto profesional de los Abogados, ambos contemplados en el art. 24.2 CE, lo cual evidencia que si ni tan siquiera está claro en el plano constitucional la posibilidad de que se aprobara una Ley Orgánica expresa que introdujera la suspensión del derecho al secreto profesional respecto de esta tipología de hechos delictivos, resulta razonable concluir negando al Juez, al menos *de lege lata*, la facultad para adoptar una medida restrictiva de este calado sin ninguna base legal previa.

b) Cliente que ostenta el carácter de imputado por cualquier otro hecho delictivo grave, sea o no relacionado con el fenómeno terrorista, que mantiene comunicaciones orales, escritas o telefónicas con un Abogado que también resulta imputado como presunto autor o partícipe del delito

Cuanto hemos manifestado en los apartados anteriores adelanta en buena medida nuestra tesis de que es exclusivamente la hipótesis que ahora abordamos la única que habilitaría la interceptación subrepticia de las comunicaciones orales, telefónicas o escritas mantenidas entre un Letrado con su cliente, ya que, tal y como ha sostenido recientemente LÓPEZ YAGÜES, las comunicaciones con el Abogado, por razón de su especial naturaleza, «han de quedar inmunes a toda restricción», regla que «únicamente consiente ser excepcionada por necesidades de la instrucción y en el supuesto único de que el Letrado reúna la condición de

imputado en el delito que ha de ser investigado» (14). Ello por cuanto un entendimiento diverso conduciría a extender ilógicamente el privilegio de la toga, con el riesgo cierto de otorgar cobertura a una relación que, habiendo perdido toda conexión con el ejercicio de la profesión de Abogado, así como con el derecho de defensa, adentrándose en mayor o menor medida en la participación en un hecho delictivo, degeneraría en un absurdo trato privilegiado que no conduciría sino a la potenciación o facilitación del éxito de las operaciones delictivas mantenidas entre el cliente y su Letrado.

V. CONCLUSIONES

De cuanto antecede hasta el momento conviene dejar claro que respecto de un mismo soporte material, cual es la intervención de las comunicaciones orales de los reclusos en un Centro penitenciario, en realidad, nos encontramos dos medidas diametralmente diversas en sus contornos jurídicos: la primera, las que podemos encuadrar bajo la nomenclatura de «captaciones

La adopción por parte de la autoridad jurisdiccional en el curso de un proceso penal de medidas de investigación, consistentes en captaciones audiovisuales directas con base indiciaria, no puede reputarse inconstitucional

audiovisuales de prevención o mantenimiento de la seguridad pública» disciplinadas en el art. 51.1 LOGP y concordantes, con los contornos y requisitos procedimentales y limitaciones anteriormente expuestos; la segunda, las que podríamos denominar como «captaciones audiovisuales de represión del delito». En este segundo caso, que queda absolutamente extramuros de la Legislación penitenciaria, en realidad, nos encontramos frente a genuinas diligencias instructoras encaminadas a la búsqueda de fuentes de prueba respecto de la autoría de un concreto hecho que revista los caracteres de un ilícito penal, así como el aseguramiento de la prueba para un ulterior proceso judicial. En este nuevo y diverso universo jurídico, a diferencia de las anteriores, el punto de tensión queda focalizado entre el Estado y un concreto ciudadano sospechoso de la perpetración de un previo hecho delictivo que reviste los caracteres de delito, activándose, entre otros, el *principio de intervención*

indiciaria, garantía constitucional de los derechos fundamentales, proclamado como un *prius lógico* del juicio de proporcionalidad.

No vamos a obviar que sin duda constituye un problema común, complicado y de no fácil resolución en el marco de la teoría general de los derechos fundamentales en general y, en particular de las restricciones constitucionalmente lícitas del derecho a la intimidad en sentido amplio, el decidir si las mismas requieren siempre y en todo caso de una previa habilitación legal o si, por el contrario, la autoridad judicial competente, ante la concurrencia de determinados presupuestos materiales, podría por sí sola dictar una resolución judicial limitadora del derecho en cuestión; dicho en otras palabras: si el art. 18.1 o 3 CE puede operar con eficacia normativa suficiente para la restricción del derecho fundamental por parte de la autoridad judicial o si, por contra, se requiere con carácter previo una norma legal orgánica de desarrollo del derecho fundamental (art. 81.1 CE), en la que se predeterminen los presupuestos y garantías a observar en la restricción del derecho fundamental que pretenda acometerse.

Tal problemática general, como indicábamos antes, se proyecta obviamente sobre las medidas de investigación consistentes en captaciones o grabaciones de las comunicaciones audiovisuales directas, ambientales o entre presentes con base indiciaria, habiéndose defendiendo sobre este particular las más diversas posturas en el plano doctrinal. Bajo nuestro personal punto de vista, en la actualidad, nos encontramos ante una encrucijada en la que hemos de decantarnos por cualquiera de las siguientes dos opciones:

a) La primera opción consistiría en alzaprimar el respeto a la garantía de la *interpositio legislatoris*, posición que nos conduciría a la tesis sustentada por la mayoría de la doctrina, que consideran que en atención a razones de estricta legalidad y ante la ausencia de una regulación procesal penal específica en torno a la adopción por parte de los órganos jurisdiccionales de la medida de intervención de las comunicaciones orales directas, en particular y, en general, de las captaciones audio-visuales con base indiciaria, su ejecución habría de reputarse *ilegitima*, sin que pueda prevalecer sobre la salvaguarda de los derechos fundamentales implicados, criterios funcionalistas relativos a la conveniencia para la prevención y la represión penal de este tipo de medidas.

b) Frente a esta primera opción, la segunda encuentra su punto de arranque en la interpretación doctrinal postulada por REQUENA y MARTÍN en torno a la precitada garantía constitucional de la *interpositio legislatoris*, concepción que, por encima de su trasfondo teórico, tiende a soslayar los graves inconvenientes que de cara a la adecuada investigación y persecución de los hechos delictivos generaría en la *praxis* la asunción de la opción interpretativa que antecede, sobre todo en aquellos casos en los que la desidia o, si se prefiere, la inactividad del legislador resulte especialmente alarmante, tal y como acontece en la materia que nos ocupa.

En lo que alcanzamos a ver, esta nueva concepción, sin duda, nutrida de una argumentación digna de ser tenida en consideración, parte de la afirmación de que la *reserva de ley* contenida en el art. 53.1 CE, «no es, técnicamente hablando, una garantía de los derechos fundamentales frente a la intervención material ejecutada directamente por los agentes de la autoridad, sino frente a las disposiciones normativas de carácter infralegal». Ello hace que su ámbito de aplicación sea exclusivamente «normativo», afirmación que, a nuestro juicio, concuerda a la perfección con la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la precitada STC 49/1999, de 5 de abril, en la que, como se recordará, se declaraba expresamente que la reserva de ley vincula exclusivamente al legislador, pues, «sólo el legislador puede remediar la insuficiencia de la ley».

Aclarado lo anterior, los autores citados ponen de relieve que la garantía de la *interpositio legislatoris* constituye «una proyección de la reserva de ley en el plano de la intervención singular», ya que «el auténtico fundamento de la garantía de la *interpositio legislatoris* no es la interposición en sí misma considerada, sino la protección de la reserva de ley». Así, su naturaleza viene a ser doble: «funciona como una garantía interna respecto de la reserva de ley del art. 53.1 CE, y como una garantía externa con relación a los derechos concernidos (libertad deambulatoria, inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad, etc.)». Con ello pretende evidenciarse que, en realidad, esta garantía tiende a impedir que a través de sucesivos actos de intervención singular pueda quedar defraudado el principio de reserva de ley, por lo que la *interpositio legislatoris* sólo opera «frente a actos materiales coordinados, a fin de condicionar permanentemente y generalizadamente el ejercicio de los derechos y libertades, que no es sino lo que supone la "regulación del ejercicio" de los derechos a que alude el artículo 53.1 de la CE».

Pues bien, si extrapolamos esta nueva concepción de la garantía de la *interpositio legislatoris* a nuestro ámbito de atención, creemos poder evacuar las siguientes afirmaciones:

1.— La adopción por parte de la autoridad jurisdiccional en el curso de un proceso penal de medidas de investigación consistentes en captaciones audiovisuales directas con base indiciaria, materializadas a través de la colocación de aparatos de escucha, transmisión o grabación del *sonido o de la imagen de personas sospechosas de ser autores o partícipes en un hecho punible, se encuentre éste en fase de consumación, en fase de tentativa o, incluso, de actos preparatorios*, siempre que sean respetados determinados presupuestos materiales delimitados por los principios de *intervención indiciaria, proporcionalidad, reserva jurisdiccional, etc.*, no puede reputarse inconstitucional, al menos, como proposición de principio, por cuanto su decisión por parte de la autoridad judicial siempre puede ser amparada tanto en el art. 18.1 y 3 CE como, por mor del art. 10.2 CE, en el art. 8.2 CEDH, así como en la propia doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional y Supremo, cuyo valor interpretativo es reconocido tanto en el art. 5.1 LOPJ como en el art. 1.6 Código Civil.

2.— La anterior afirmación, por su parte, no tiene por qué constituir un obstáculo para reconocer que el principio de reserva de ley, reconocido en el art. 53.1 CE, conduce a defender que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, precisa de una previa habilitación legal, ley que, a mayor abundamiento, deberá revestir el carácter de Ley orgánica (art. 81.1 CE), y cumplimentar el canon de «calidad de la ley» proclamado tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por nuestro Tribunal Constitucional.

En virtud del referido canon, que no es sino una plasmación de las exigencias de certeza y previsibilidad immanentes al mismo principio de reserva de ley (STC 49/1999, de 5 de abril), cabe exigir de la Ley la regulación de un *minimum* cifrado por parte del Alto Tribunal en aspectos tales como *las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a la medida restrictiva, los límites temporales de la restricción, las condiciones procedimentales de su materialización, etc.* Ahora bien, como indicábamos antes, el principio de reserva de ley *sólo opera en el plano normativo*; de ahí que el Tribunal Constitucional declare expresamente que la insuficiencia de la Ley, «sólo por parte del Legislador puede remediarse».

3.— Siendo ello así, ante una situación de ausencia normativa en la perspectiva de *de lege lata*, puede reconocerse, conforme hizo la STC 49/1999, de 5 de abril, la facultad de los órganos judiciales para acordar en el marco de la investigación de una «infracción grave» la adopción de las medidas restrictivas anteriormente mencionadas, tesis que, bajo nuestro personal punto de vista, no tiene por qué suponer una contradicción con el sometimiento constitucional de los Jueces al imperio de la ley, establecido en el art. 117.1 CE, toda vez que tal sometimiento, en realidad, ha de ser

La única apoyatura segura a la hora de valorar la legitimidad constitucional de las captaciones audiovisuales, en cuanto medidas de investigación o de obtención de fuentes de prueba, descansa en la aplicación puntual de los diferentes cánones de constitucionalidad

interpretado en el sentido de los arts. 9.1 CE y 1.6 Código Civil y 5.1 LOPJ, esto es, en el sentido del sometimiento del Juez a la Constitución y al conjunto del Ordenamiento jurídico, incluido, el art. 8.2 CEDH.

Con todo, nuestro planteamiento no empece a que reconozcamos al unísono y de forma abierta los déficit ciertos que una situación semejante genera para todos los potenciales implicados. Así, en lo que afecta a los Jueces, parafraseando a DE VEGA RUIZ, ha de admitirse que la ausencia de previsión legal implica tanto como privarles *ab initio* de «contar con una norma que expresamente les marque el camino a seguir en el uso de su facultad», lo que, como mínimo, hace más difícil la investigación judicial y policial en la lucha contra la delincuencia. Con ser ya éste un argumento que justificaría por sí mismo la conveniencia de que el legislador colmara de manera urgente la ausencia legislativa que venimos denunciando, sin duda, restan dos últimos argumentos de no menor calado. El primero, relativo ahora al común de los ciudadanos, quienes en el marco de un Estado de Derecho han de poder contar con la garantía de una Ley cierta y previa que delimite el *cómo, el cuándo, el quién y el hasta cuándo* de las eventuales restricciones a sus derechos fundamentales. Y el segundo y último de los argumentos en pro de una intervención de *de lege ferenda* en torno a esta materia descansa, finalmente, en asegurar al máximo de lo posible el

buen fin del propio proceso penal en el que pretendan hacerse valer con el carácter de genuinas pruebas, los medios de investigación en que se materializan las captaciones audiovisuales con base indiciaria, aspecto éste sobre el que volveremos a continuación.

4.— Y la única explicación plausible respecto a que la autoridad judicial pueda constitucionalmente acometer este tipo de intervenciones singulares ha de descansar en el argumento de que la garantía constitucional de la *interpositio legislatoris*, no es técnicamente hablando una garantía de los derechos fundamentales, en nuestro caso, del derecho a la intimidad en sentido amplio, quedando su eventual quiebra fuera del ámbito específico del recurso de amparo. Si ello es así, ha de concluirse reconociendo que tal garantía opera simplemente como una proyección de la reserva de ley proclamada en el art. 53.1 CE en el plano de la intervención singular, y cuya finalidad exclusiva tiende a evitar que mediante una generalización permanente e indiscriminada de concretos actos de intervención singular se defraude el propio principio de reserva de ley.

5.— Ésta sería, en síntesis, la resolución final del conflicto que se genera *de lege lata* ante la ausencia total de una regulación procesal de las medidas de investigación relativas a las *captaciones audio-visuales*. La nueva visión de la garantía de la *interpositio legislatoris* nos permite legitimar teóricamente una realidad de la *praxis* de nuestros Tribunales, realidad que, de otro lado, resulta difícilmente contestable, ya que negarla abocaría bien a exhortar a los Jueces a que no adopten este tipo de medias de investigación, privándoles así de un instrumento sin duda útil para la adecuada investigación de los hechos delictivos, bien a exigirles, incluso, responsabilidades penales por la vía del *delito de descubrimiento y revelación de secretos*, tipificado en el art. 198 en relación con el art. 197 del Texto punitivo, en aquellos casos en los que «no medie causa por delito» o, en presencia de dicho requisito, por el delito cometido por los funcionarios públicos contra las demás garantías de la intimidad, tipificado en el art. 536 Código Penal.

Concluimos, por tanto, insistiendo nuevamente, tal y como reconoce la mayoría de la doctrina, que *de lege ferenda* resulta innegable la conveniencia de abogar por la perentoria necesidad de adecuar nuestro Ordenamiento jurídico procesal a las exigencias reseñadas en la jurisprudencia tanto

del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos como de nuestro Tribunal Constitucional, a la hora de colmar de contenido el principio de legalidad en relación con la restricción singular de los derechos fundamentales, bien en el tantas veces anunciado nuevo Código Procesal Penal, bien por medio de un nuevo remiendo de nuestra decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, acometiendo la regulación *ad hoc* de las medidas de investigación relativas a las captaciones audiovisuales directas con base indiciaria obtenidas con instrumentos técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, se perpetren éstas en recintos domiciliarios, en zonas públicas o, como veíamos al principio, en los Establecimientos penitenciarios.

En el interin o, si se prefiere, en lo que la doctrina alemana denomina como «periodo transitorio» —*Übergangszeit*—, la única apoyatura segura a la hora de valorar la legitimidad constitucional de las captaciones audiovisuales en cuanto medidas de investigación o de obtención de fuentes de prueba, descansa en la aplicación puntual de los diferentes cánones de constitucionalidad aplicables con carácter general a cualquier restricción de un derecho fundamental por parte del Estado, cuestión ésta que, por motivos de espacio y por haber sido objeto de nuestra atención en otro lugar, nos tomaremos la licencia de no abordar en lo que no pretendía ser más que una reflexión de «urgencia».

VI. BIBLIOGRAFÍA

— ALONSO PÉREZ, F., «Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario», en *Diario LA LEY*, núm. 5311, 2001 (LA LEY 20163/2001).

• *Medios de investigación en el proceso penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

— ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Ed. MAD, Madrid, 2001.

— CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

— CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

— DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., «La observación o escucha de las comunicaciones telefónicas: una perspectiva constitucional», en *Estudios del Ministerio Fiscal*, T. VI, 1997.

— DE VEGA RUIZ, J. A., «La escucha telefónica en España», en *LA LEY*, T. I, 1984, pág. 1139 (18936/2001).

— DUQUE VILLANUEVA, J. C., «El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario», en LÓPEZ ORTEGA, J. J (Director), *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*, CDJ, Ed. CGPJ, Madrid, 1996.

— ETXEBERRIA GURIDI, J. F., «La revisión legal de las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (A propósito de la STC 49/1999, de 5 de abril)», en *LA LEY*, 1999, T. VI (LA LEY 11068/2001).

— FÁBREGA RUIZ, C. F., «Secreto de las comunicaciones y proceso penal», en *LA LEY*, 1997, T. IV (LA LEY 11886/2001).

— FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», en *REDC*, núm. 13, 1993.

— FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

— GARCÍA RUIZ, J. M., «Correo electrónico y proceso penal», en *Diario LA LEY*, núm. 5805, 2003 (LA LEY 1191/2003).

— GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «Blanqueo de capitales y secreto profesional del Abogado», en *AJA*, núm. 546. 2002.

— GUERRERO PICÓ, M. J., *Registro de vehículos y otros espacios domiciliarios*, Ed. Crupo Editorial Universitario, Granada, 2001.

— GUILLÉN LÓPEZ, E.; MARTÍN MORALES, R. y REQUENA LÓPEZ, T. *El régimen constitucional de la «movida»*, Ed. Grupo editorial universitario, Granada, 2002.

— ILLUMINANTI, G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Ed. Giuffrè, Milano, 1993.

— JUANES PECES, A., «La prueba prohibida (análisis de la Sentencia de 7 de abril de 1999 del Tribunal Constitucional)», en *RTC*, 1999, T. II.

— LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2003.

— MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

— MARTÍN MORALES, R., «La *interpositio legislatoris* en los supuestos de limitación de derechos fundamentales a través de remisión constitucional expresa al juzgador», en *Estudios de Derecho público. Homenaje al Juan José Ruiz-Rico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

— MARTÍNEZ RUIZ, J., *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.

— MERTEN, K., «Zulässigkeit der langfristigen Videoüberwachung», en *NJW*, 1992, núm. 6.

— MORENO CATENA, V., «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», en *PJ*, núm. especial II, 1988.

— NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «Intervenciones telefónicas: comentarios a la STC 49/1999, de 5 de abril», en *RTC*, 1999, T. II.

— NOYA FERREIRO, M. L., *La intervención de las comunicaciones orales en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— PAZ RUBIO, J. M.; MENDOZA MUÑOZ, J.; OLLE SESÉ, M., y RODRÍGUEZ MORICHE, R. M., *La prueba en el proceso penal. Su práctica en los Tribunales*, Ed. Colex, Madrid, 1999.

— RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

— RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Ed. Mc-Graw-Hill, Madrid, 1998.

— RUIZ VADILLO, E., *El Derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la Justicia*, Ed. Colex, Madrid, 1997.

— TAMARIT SUMALLA, J. M.; SAPENA GRAU, F., y GARCÍA ALBERO, R. *Curso de Derecho penitenciario (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.

— ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. «Relaciones del recluso con el mundo exterior», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coordinadores), *Manual de Derecho penitenciario*, Ed. Colex, Salamanca, 2001. ■

NOTAS

(1) Nota del autor: En el presente trabajo, por motivos de espacio, nos hemos decantado finalmente por suprimir las notas a pie de página, sustituyéndolas por una relación de bibliografía a consultar para una mayor profundización en la materia.

(2) Vid. STS de 6 de abril de 1998 (LA LEY 5388/1998), en la que con ocasión de un registro indiciario en la celda de un recluso motivado por una denuncia anónima de que se dedicaba al tráfico de drogas, se alegó su ilegalidad por violación del derecho a la intimidad y a un proceso con todas las garantías, en el entendimiento de que tal diligencia debió contar con la autorización judicial y la presencia del Secretario judicial, motivo desestimado por el Alto Tribunal argumentando, en lo que ahora interesa, que «el respeto del domicilio es un complemento de la libertad de la persona lo que determina que la garantía de esta última ha de determinar la protección también del lugar donde se desarrolla la parte más íntima de la vida. Por ello, aunque el art. 25.2 de la CE establece que el condenado a la pena de prisión gozará de los derechos fundamentales que no se le hubieran expresamente limitado, como la protección a la inviolabilidad del domicilio es una ampliación del derecho a la libertad del individuo, que es precisamente del que se priva al condenado a penas privativas de libertad, es claro que también alcanza al correlativo de elegir un espacio de privacidad del que se pueda excluir a otras personas, imposible de ejercitar y mantener, en instituciones penitenciarias». Por tanto, «las celdas de los internos situadas

en instituciones penitenciarias son de aquellos edificios o lugares cerrados que no constituyen domicilio y si edificios públicos, para entrar en los cuáles no es preciso resolución judicial mediante auto motivado».

(3) En la misma línea, vid.: SSTS 128/1997, de 14 de julio (LA LEY 9010/1997), 200/1997, de 24 de noviembre (LA LEY 149/1998), 141/1999, de 22 de julio (LA LEY 9592/1999), 2002/193, de 28 de octubre (LA LEY 10014/2003) y 2002/194, de 28 de octubre (LA LEY 10013/2003).

(4) Vid. SSTS 194/2002, de 28 de octubre (LA LEY 10013/2003), 193/2002, de 28 de octubre (LA LEY 10014/2003) y 200/1997, de 24 de noviembre (LA LEY 149/1998).

(5) Vid. SSTS 194/2002, de 28 de octubre (LA LEY 10013/2003), 193/2002, de 28 de octubre (LA LEY 10014/2003) y 200/1997, de 24 de noviembre (LA LEY 149/1998).

(6) Sobre este particular, vid. STEDH 2002/64, de 5 de noviembre (Caso Allan contra el Reino Unido).

(7) Con todo, la AP concluyó finalmente declarando la nulidad probatoria de las grabaciones magnetofónicas obtenidas por la policía, por omisión de las «garantías de legalidad ordinaria», entre las que incardina la obligación del Juez de asegurar que el contenido de las conversaciones grabadas se corresponde fielmente a lo que consta en las cintas soportes de las conversaciones, encomendando esta misión al Secretario judicial, que es la única persona que puede autenticar la fidelidad de la transcripción.

(8) Vid. STC 73/1983, de 30 de julio (LA LEY 8075-JF/0000), resolución en la que se considera que la interpretación del art. 51.2 LOGP ha de hacerse en conexión con

el apartado 5 de dicho precepto, de modo que «las comunicaciones de los internos de que trata el número 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».

(9) En el mismo sentido, vid.: SSTS 200/1997, de 24 de noviembre (LA LEY 149/1998) y 58/1998, de 16 de marzo (LA LEY 4928/1998), en las que, nuevamente, declara el Alto Tribunal que «las comunicaciones específicas entre el interno y su Abogado o Procurador, no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo». También, STS de 23 de abril de 1997 (LA LEY 5119/1997).

(10) Valorando y admitiendo la compatibilidad con el carácter secreto de las comunicaciones entre Abogado y cliente, en aquellos casos en los que el control de la correspondencia tiende a la lucha contra el terrorismo, vid. STEDH de 5 de julio de 2001 —Asunto Erdem c/ Alemania—, resolución en la que expresamente declara el Tribunal de Estrasburgo que «las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y terrorismo, de manera que el Estado debe ser capaz, para combatir eficazmente estas amenazas, de vigilar, secretamente, a los elementos subversivos que actúan en su territorio. El Tribunal debe pues admitir que la existencia de disposiciones legislativas que conceden poderes de vigilancia secreta de la correspondencia, de los envíos postales y de las

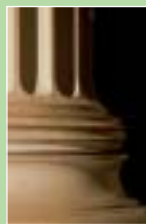
telecomunicaciones es, en una situación excepcional, necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional y la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales».

(11) En este sentido, ha reconocido reiteradamente el TC que respecto de presos pertenecientes a la organización terrorista ETA, «el dato de la pertenencia a una concreta organización de la que consta que ha atentado reiteradamente contra la seguridad de las prisiones y contra la vida y libertad de sus funcionarios supone, en este caso, una individualización suficiente de las circunstancias que justifican la medida, ya que se conoce suficientemente el rasgo concreto de esta organización que en efecto puede poner en peligro la seguridad y el buen orden del Centro», SSTS 192/2002, de 28 de octubre (LA LEY 10015/2003), 106/2001, de 23 de abril (LA LEY 4316/2001), 200/1997, de 24 de noviembre (LA LEY 149/1998), 141/1999, de 22 de julio (LA LEY 9592/1999).

(12) En este sentido, vid. STC 58/1998, de 16 de marzo (LA LEY 4928/1998), FJ 6.º.

(13) En este sentido, vid. STC 58/1998, de 16 de marzo (LA LEY 4928/1998), FJ 6.º.

(14) En esta línea, vid. STEDH, de 25 de marzo de 1998 —Caso Kopp contra Suiza—, resolución del Tribunal de Estrasburgo en la que, si bien es cierto que la conclusión fue la estimación del recurso formulado por un abogado por violación nuevamente del art. 8 del Convenio, puede inferirse la distinción material entre la injerencia en el secreto profesional cuando el abogado resulta afectado por la medida sólo en su condición de «abogado» y la diversa situación en la que ostenta el status de «sospechoso» de la comisión de un hecho delictivo.



Columna

Los insultos
cibernéticos

LA LEY 2202/2010

Los insultos cibernéticos

José ALMAGRO NOSETE
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Procesal

Las expresiones injuriosas «colgadas» en las redes de Internet, al margen de la legítima crítica social, más o menos apasionada, que se susciten en torno a temas polémicos, no son tolerables y sus destinatarios no sólo no están obligados a soportarlas, sino que se hacen acreedores a las indemnizaciones correspondientes por los daños experimentados. El caso que examinamos tiene especial interés, pues la cuestión no radica en el incontestado carácter vejatorio de las expresiones, sino en la responsabilidad del prestador de servicios de intermediación, consistente en el «alojamiento» (hosting) de contenidos en los que se manifiestan los insultos.

Son notorias las pugnas que, en los últimos años, han enfrentado y enfrentan a la Sociedad General de Autores y Editores (en adelante SGAE), con los usuarios de servicios multimedia —discos u otros formatos de contenido musical, audio, video, textos, televisión, cine, Internet...— en cuanto éstos permiten el disfrute de reproducciones (fuera del ámbito privado), de obras protegidas por los derechos de autor que prohíben su difusión sin el pago de las contraprestaciones debidas. La SGAE actúa, en los supuestos previstos, como gestora y administradora de tales derechos y recaudadora de las remuneraciones correspondientes.

Especial carácter controvertido alcanza en la actualidad las discutibles «descar-

gas» gratuitas que por medio de operadores al efecto se obtienen en determinados portales de Internet, facilitando el trueque de los contenidos en cuestión. El debate se centra en la práctica de las redes informáticas conocidas como *peer to peer*. Estas redes «entre iguales» permiten que los puntos de encuentro que las componen se comporten simultáneamente como clientes y servidores, esto es, facilitan el intercambio de los ficheros archivados con multitud de datos en formato digital, mediante los ordenadores.

Las dichas prácticas generan, una cada vez más incrementada «piratería» de los derechos de autor, que ha motivado la ideación de soluciones que conduzcan, en su caso, al cierre de los portales y páginas *web*, dedicadas a tales funciones,

adoptando las pertinentes garantías jurídicas. Últimamente se reflexiona sobre la implantación de un control judicial que decida o autorice los referidos cierres (disposiciones adicionales del anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible).

II. Pergeñado el marco de continuadas tensiones en el que se desarrollan los hechos enjuiciados en el asunto que da pie a esta columna, han de acotarse para valorar su trascendencia ofensiva las expresiones que ocasionaron la demanda sobre el honor cuya resolución comentamos. Las expresiones constaban en las direcciones de la red «www.putasgae.org» y «www.wantisgae.internautas.org» y son del siguiente tenor: «una banda de desocupados...», «prácticas mafiosas...», «putasgae...», «la SGAE tiene más cosas que callar que para contar y su opacidad no le permite predicar con el ejemplo...», «dice el refrán que quien roba a un ladrón tiene cien años de perdón...», «apropiarse del trabajo o del dinero de todos los que utilizan los soportes de grabación de cualquier tipo para fines totalmente ajenos a los intereses de la SGAE es robar...», «a eso se le llama robar, apropiarse de lo ajeno...», «matones a sueldo...», «sanguijuelas sgaeras...», «redadas fascistoideas contra la hostelería...», «más canallas...», «grandes manipuladores...», «pandillas de mafiosos...», «putos chorizos...», «obtusos de la SGAE...».

La SGAE y D. Eduardo Bautista García, como Presidente de la mencionada sociedad de gestión de los derechos de autor demandaron en defensa de su derecho al honor a la asociación de internautas que prestaba servicios de alojamiento de datos en su dominio de la página *web*, «http://internautas.org» a las direcciones que contenían los insultos. La demandada intentó soslayar su pretendida responsabilidad aduciendo que de la posible intromisión en su honor, causada por las páginas *web* mencionadas, alojadas en su servidor, no debía responder ella, sino su autor. No obstante, tanto las sentencias

de primera como de segunda instancia condenaron a la sociedad demandada. La sentencia de apelación calificó como ilícita la intromisión en el ámbito del honor de los demandantes, precisamente por contener las opiniones y juicios de valor alojados en los servidores de la demandada, graves insultos dirigidos a aquéllos, considerados innecesarios para exteriorizar una crítica por muy rigurosa que se quiera y, por tal, instrumento de una inadmisiblemente extralimitación.

III. Punto crucial para la resolución del recurso de casación formulado por la condenada ha sido la consideración de la causa de exención de la responsabilidad alegada.

Merece la pena transcribir el art. 16 L 34/2002 de 11 de julio (Directiva núm. 2000/31/CE), de la sociedad de la información, encuadrado en la Sección II, régimen de responsabilidad del Capítulo II, Título II (prestación de servicios de la sociedad de la información), puesto que de su adecuada interpretación depende el resultado exculpativo o inculpativo:

«1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o

IURIS

Actualidad y Práctica del Derecho



www.revistaiuris.com

TODOS LOS MESES AL SERVICIO DEL PROFESIONAL
MANTÉNGASE AL DÍA SOBRE LA ACTUALIDAD JURÍDICA Y DEL SECTOR
AFRONTE CON GARANTÍAS EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN
CONOZCA LAS EXPERIENCIAS DE OTROS DESPACHOS

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer

Un paso por delante
SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE 902 420 010 tel
902 420 012 fax
clientes@laley.es
www.laley.es

se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimientos efectivos que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.»

El principio general de exención de responsabilidad viene condicionado, por tanto, en su aplicación a que el prestador del servicio no tenga conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido y si tiene tal conocimiento, a que se retiren los datos.

El precepto presume el conocimiento en los casos específicos que predetermina. Sin embargo, el párrafo dos del apartado 1, introduce un inciso que permite una interpretación de carácter abierto, aunque un tanto enigmática («otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»), pues, o bien se refiere a medios no establecidos pero que se establecerán (en cuyo supuesto, su determinación exige un previo establecimiento) o bien alude a un establecimiento del conocimiento adquirido, fuera de los casos específicos, por el prestador del servicio y reconocido por éste para actuar, en consecuencia, o impuesto por decisión judicial.

La sentencia de la Audiencia, en esta última línea interpretativa, negó que la demandada desconociera el contenido de los datos alojado en sus servidores—claro está, aquellos a que se refiere la demanda y que son ofensivos para los actores—.

También negó que no hubiera vínculos de subordinación, dependencia o control entre aquella y los proveedores de contenidos.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la sentencia que sirve de apoyo a esta exégesis (STS de 9 de diciembre de 2009) acepta el criterio del juzgador de instancia, que mantiene una interpretación

abierta, pues según entiende no pueden reducirse injustificadamente las posibilidades de obtención del conocimiento efectivo, por ello ratifica el juicio del tribunal de apelación al considerar que el título del dominio «www.putasgae.org», por su carácter insultante era un medio adecuado—*ex re ipsa*— para revelar, junto con las circunstancias concurrentes, en especial la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante—conocido por la recurrente—, el tenor injurioso de los datos alojados.

En suma, declaró no haber lugar al recurso de casación.

IV. Finalmente, la decisión pone de relieve que la red de redes no puede utilizarse impunemente como una «patente de corso» que al amparo de la libertad de expresión permita insultar a otros sujetos. Pero sobre todo, que cuando sea difícil o improductiva la exigencia a sus autores de la responsabilidad directa, no puedan interponerse los obstáculos que existan en este sentido, para excusar la responsabilidad propia del prestador de los servicios de intermediación, si hubo conocimiento efectivo de las conductas ilícitas y los contenidos no se retiraron.

Con todo, los perfiles de esta responsabilidad, cuando se establezcan, que recuerdan la llamada respecto a las infracciones de imprenta, responsabilidad en cascada, necesitan todavía afinarse al máximo y, desde luego, no propiciar interpretaciones extensivas que impongan cargas excesivas a los servidores de Internet. Mucho dará que hablar, en este orden, la sentencia de un juzgado de Milán que ha condenado a tres ejecutivos de Google a causa de un video colgado por unos usuarios italianos que mostraba abusos a un menor. Se impone una claridad en las reglas aplicables, una delimitación de posibles responsabilidades entre el autor directo y la que he llamado responsabilidad en cascada basada necesariamente en una negligencia evidente, sin propiciar interpretaciones extensivas que ahogarían la espontaneidad y la riqueza de la red. ■

Tribunal Supremo

TS Sala Primera, de lo Civil, S 4 Ene. 2010

Ponente: Ferrándiz Gabriel, José Ramón.

LA LEY 2356/2010

Efectos de la no inclusión de parte de un crédito con derecho de abstención

RESUMEN DEL FALLO:

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda dirigida por el arrendador financiero contra el arrendatario y su fiador en reclamación de las rentas impagadas. La AP Barcelona revocó la sentencia anterior y estimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por los demandados.

DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 11 y 12 LSP (LA LEY 1/1922); art. 1170.2 CC (LA LEY 1/1889); art. 63.a LCCh (LA LEY 1837/1985).

Resumen

SUSPENSIÓN DE PAGOS.—Principio de universalidad.—Créditos con derecho de abstención.—No inclusión de una parte de los mismos en la lista definitiva de acreedores.—Quedan sometidos al convenio, como ordinarios y no reconocidos.

La formación de la masa pasiva, en el procedimiento de suspensión de pagos que regulaba la hoy derogada LSP, se regía por el principio de universalidad, conforme al cual en la lista de acreedores debían figurar todos los créditos contra el deudor suspenso, incluso los dotados de facultad de abstención. Para corregir los errores u omisiones que pudieran producirse en la formación de la lista, el art. 11 LSP permitía al acreedor omitido o que figurase con cantidad menor de la procedente, incluso al que fuera titular del llamado derecho de abstención, formular la correspondiente reclamación, que debía resolver el Juez «sin ulterior recurso». La jurisprudencia ha declarado, con reiteración, que esa reclamación en el expediente de suspensión de pagos, por parte del acreedor omitido en la lista o en el grupo de los titulares del derecho de abstención o incluido en aquélla o éste con una cantidad menor de la que estimare debida, era necesaria para poder deducir pretensión de satisfacción del crédito en el proceso declarativo al que se refiere el art. 12 LSP. Cuando sólo una parte de los derechos de crédito del acreedor son reconocidos e incluidos en el grupo de acreedores con derecho de abstención, no significa que los demás deban ser calificados como favorecidos también con la misma facultad de abstención, que no se les reconoció dónde y cómo procedía, ni tampoco que haya que considerarlos extinguidos a consecuencia de esa falta de inclusión y de reclamación oportuna. La consecuencia procedente es que quedarán sometidos al convenio, como ordinarios y no reconocidos, con lo que ello significa en el régimen de pagos. ■

PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233
e-mail: nbascones@laley.wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@laley.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: M.ª Socorro Pérez Ralero

EQUIPO DE REDACCIÓN: M.ª José Hierro Romero, Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Cristina de Andrés y de Irazazábal, Pilar Muñoz Mendo, Gemma Bruno García, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Fernando González Serrano, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Emérita Cerro Durán, Álvaro González Gómez, Olga López Yepes, Javier Docasar, José Medina García, Ramón Zapata Juliá

PRODUCCIÓN GRÁFICA: Eva Arroyo Fraiz, Silvia Mulet París, M.ª Antonia Castedo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez, Laura Usera Macías

IMPRENTA: Grefol, S.L. Polígono 2 - La Fuensanta 28936 Móstoles (Madrid)

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).