

LAS “ESCUCHAS” DE LAS COMUNICACIONES DE LOS ABOGADOS¹.

Pedro J. Montano²

El derecho de Defensa como derecho humano

Varios son los documentos internacionales que establecen el derecho a la Defensa como derecho humano³. Es cierto que suelen reconocerlo en el ámbito del debido proceso⁴, y por lo tanto, parecería que se reconoce sólo en la medida que existe un proceso, pero también se reconoce el derecho a ser asistido previamente⁵.

Obviamente, el derecho de defensa –se utilice o no- debe ser garantizado desde antes que comience el proceso, para permitir que alguien que prevé que pueda resultar implicado, pueda consultar libremente al abogado que mejor le plazca.

No se puede vivir en Democracia sin un efectivo derecho de defensa, especialmente en materia penal, donde la libertad de los ciudadanos puede verse afectada. Es un verdadero presupuesto de la Democracia, del Estado de Derecho, y en concreto, del debido proceso.

¹ Ponencia presentada en Salto, en las 15^a Jornadas de Criminología, 11-12 junio 2010 y publicada por el Colegio de Abogados del Uruguay en agosto del mismo año.

² Dr. Dr. *Europeus* Pedro J. Montano, Profesor Agdo. Derecho Penal, Udelar.

³ En el caso de Uruguay: L. 13.751 de 11 de julio de 1969 que aprobó los Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de la ONU; L. 15.737 de 1985 que aprobó la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. (CIDH)

⁴ CIDH, art. 8, 2, d) y PIDCP art. 14, 2, d).

⁵ PIDCP art. 14,2, d).

Decía GELSI⁶ “el hombre sujeto al proceso penal pone en juego su nombre y su libertad, ambos encomendados al regular funcionamiento del proceso y a la vigilancia y defensa de su abogado.

Quienes han sido demandados en el proceso penal, saben por propia experiencia, que toda su esperanza se cifra en el defensor. No porque todo lo puede conseguir, como a veces erróneamente se piensa, con lo cual todos los fracasos se le atribuyen, con igual equivocación, sino porque es un elemento indispensable en el sistema de garantías en que el proceso consiste.

En el proceso –o una etapa del mismo- en el que se encuentre total o parcialmente ausente el defensor, es un proceso no cumplido subjetivamente, al que algo le falta para serlo íntegramente.

El defensor es la persona en quien el imputado puede volcar todo su problema, con absoluta sinceridad y sabiendo que será comprendido y asistido para lograr la mejor solución que admitan las leyes.

Debe “existir una *total confianza* y una *mutua comprensión* que permitan elevar a nivel humano la posición del imputado, no siempre inocente, pero tampoco siempre delincuente.

Antes, durante o después del proceso, la presencia del defensor como prójimo del imputado, es *ejemplo vivo de la solidaridad entre los hombres que debe necesariamente asegurarse a todos, por ser vínculo realmente humano, de la convivencia en la comunidad.*”

También ordenamientos constitucionales como el español, reconocen el derecho fundamental a la Defensa. El reconocimiento constitucional del derecho de defensa como derecho fundamental y, por tanto, su directa aplicabilidad, exige que haya de ser respetado y promovido por todos los poderes públicos (art. 9.3 CE) y comporta al propio tiempo una especial y privilegiada protección, a través del amparo, tanto ordinario, como constitucional (art. 53.2 CE).

⁶ GELSI BIDART, Adolfo, *Proceso Penal, Aproximación a los fundamentos*, FCU, 1996, pág. 291-293.

El derecho fundamental de defensa (art. 24.2 CE) se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales de carácter instrumental, cuya mayoría se encuentra recogida en el art. 24.2 CE (derecho a la asistencia de Abogado, derecho al silencio, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, derecho a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia, etc.), aunque algunos de ellos se encuentren en otros preceptos (como sucede con la protección de la libertad a través del habeas corpus o los plazos máximos de la detención y de la prisión que se prevén en el art. 17.4, y la inviolabilidad del domicilio o **el secreto de las comunicaciones** en el art. 18.2 y 3).

Los medios de prueba invasivos

Hay medios de prueba que reposan en una grave inmoralidad, normalmente la mentira⁷, o la violencia en distintas formas. Se justifica su adopción por la impotencia de los medios convencionales probatorios para enfrentar el fenómeno de la delincuencia organizada.

El fin justifica los medios...

Aquí nos vamos a referir a la prueba que interfiere con el derecho de defensa, y en concreto, al ejercicio de la profesión de abogado.

Así, por ejemplo, *las escuchas de las comunicaciones telefónicas o de otro tipo*, de los abogados, con sus clientes o terceros⁸.

⁷ Agente encubierto, testigo protegido, entregas vigiladas, escuchas y vigilancias electrónicas, la denuncia al Banco Central de operaciones sospechosas de clientes, sin poder avisar al cliente y sin que se consideren violación del secreto profesional (arts. 4 y 5 L. 17.835, con la redacción dada por L. 18.494) etc.

⁸ Artículo 212 CPP. (Interceptación de correspondencia y otras comunicaciones). Si existen motivos graves para creer que la interceptación de la correspondencia postal o telegráfica o toda otra forma de comunicación en que el imputado intervenga, aun bajo nombre supuesto, pueda suministrar medios útiles para la comprobación del delito, el Juez la ordenará y en su caso, dispondrá su secuestro, por resolución fundada, librándose los oficios correspondientes.

He tenido experiencias muy dolorosas, que también han vivido otros colegas, en mayor o menor grado.

Una vez entré en el estudio de un colega aquí en Montevideo, y, antes de saludarnos, me advirtió en voz alta y clara, que todo lo que se dijera allí era escuchado porque habían instalado micrófonos clandestinamente por disposición judicial.

Otro día, un posible cliente me visitó en mi estudio y me pidió salir a conversar afuera, por temor a que escucharan –¡en mi propio estudio!- la conversación que íbamos a tener. Esta desconfianza hacia mi estudio, ¡hacia mi casa!, y hacia mi persona, por considerarme un sujeto vigilado, me llegó muy hondo.

Saber decir que no: es cuestión de civilización

La Historia nos demuestra que la Humanidad ha sabido desprenderse de *eficaces* medios probatorios que atentaban contra la dignidad de la persona. Basta pensar en la confesión, arrancada con violencia o aun espontánea, que por sí sola actualmente ya no es plena prueba.

También se han abandonado métodos como la ordalía, o la tortura para obtener no sólo la confesión, sino datos o delaciones consideradas válidas.

Los fines justificaban los medios en otras épocas, y –sin embargo- con el progreso y el reconocimiento de la dignidad humana, la civilización y la cultura, *han sabido decir que no* a ciertos medios.

Y hoy en día, a nadie se le ocurre volver a incorporar la tortura: está incorporado a nuestra cultura.

Tratándose de tercero, podrán dictarse las mismas medidas siempre que el Juez tenga motivos seriamente fundados, que se harán constar, para suponer que, de las mencionadas comunicaciones, pueda resultar la prueba de la participación en un delito (Artículo 28 de la Constitución de la República).

Es más, hoy en día, la prueba obtenida de esta forma se considera ilícita y no puede ser tenida en cuenta, así como la que de ella deriva⁹.

El derecho de defensa también ampara las comunicaciones con los abogados porque en ellas el imputado puede autoincriminarse.

No podemos permitir que este tipo de pruebas se incorpore a nuestra cultura pasando a formar parte de lo políticamente correcto¹⁰.

El *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en La Habana entre el 27 de agosto y el 7 de setiembre de 1990 aprobó los principios básicos sobre la función de los abogados. Destaca la importancia de las asociaciones de abogados y su función de velar por las normas y la ética profesionales y la de proteger a sus miembros de las persecuciones y restricciones o injerencias indebidas. Propicia el acceso a la asistencia letrada sin restricciones ni discriminaciones. Insta a los gobiernos y asociaciones de profesionales, para que adopten medidas para informar a la población acerca de sus derechos. Incluye salvaguardias especiales en asuntos penales.

En el capítulo garantías para el ejercicio de la profesión se establece que los gobiernos garantizarán que los abogados **a) puedan ejercer todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de**

⁹ Teoría del fruto del árbol envenenado.

¹⁰ Es más, en el caso de contadores y escribanos, por ejemplo, -ya que existe la salvedad legal y teórica con respecto a las comunicaciones con los abogados por el art. 5º L. 18.494 in fine- cabe invocar la objeción de conciencia para cumplir con la obligación de denunciar a sus clientes a la UIAF, tal como lo establece el art. 54 que protege la intimidad de la conciencia en el ámbito laboral, y por aplicación del art. 72, también en el ejercicio de la profesión liberal. En el caso de los abogados sabemos por caso de notoriedad, que esta disposición del art. 5º L. 18.494 no se cumplió y nada impide suponer que no se cumple.

cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

De modo coincidente, establece el instrumento que nos ocupa que: "los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo".

En Francia la jurisprudencia ha dicho que el principio de defensa, que tiene valor constitucional y que integra el "debido proceso" en el sentido del **art. 6º de la Convención Europea**, prohíbe toda interceptación y transcripción de la conversación de un cliente con su abogado

Y el art. 100-7 del Código del Proceso Penal francés reitera que ninguna interceptación puede tener lugar con respecto a una línea dependiente de un estudio de un abogado o de su domicilio sin que el presidente del Colegio de Abogados¹¹ sea informado por el juez de la instrucción. Lo mismo rige con respecto a diputados, senadores y magistrados, y su contravención acarrea siempre la nulidad de lo actuado.

La inmunidad y la prerrogativa procesal

El art. 8º Co. garantiza el principio de igualdad ante la ley penal de todas las personas. Sin embargo, el art. 9º reconoce que puede haber excepciones en función del Derecho Internacional y del Derecho interno.

Surgen dos categorías de excepciones.

- Inmunidades: sustracción al poder punitivo estatal
- Prerrogativas procesales: sustracción a la jurisdicción penal (*juicio político*)

Pueden ser absolutas o relativas, sustanciales y procesales.

¹¹ "Le bâtonnier".

En nuestro derecho interno son las siguientes.

- *Presidente Co. Arts.* 171, 112, 93
- *Senadores y Diputados* 93, 112, 113
- *Ministros P.E.*, 93 178, 179,
- *Ministros SCJ, TCA, CE, Intendentes y Ediles* 93, 296, sólo prerrogativa procesal.

No se trata de obtener una *Patente de Corso* para los abogados que degradaría el derecho fundamental y la imprescindible función de los letrados como colaboradores de la justicia, admitiéndola como cobijo para actuaciones ilícitas¹².

La **Carta Internacional de los Derechos de la Defensa elaborada por la Unión Internacional de Abogados** establece: "La inmunidad del Abogado tiene como presupuesto y como límites la salvaguarda de los derechos de los justiciables". En el artículo 13, apartado c) aclara: "*Ningún abogado deberá ser víctima o amenazado con sanciones penales, civiles, administrativas, económicas o de otro tipo por haber aconsejado o representado a un cliente o defendido su causa... un abogado goza de inmunidad civil y penal por las declaraciones que haga de buena fe en sus informes, escritos u orales o en el ejercicio de su profesión ante una jurisdicción, un tribunal u otra autoridad judicial o administrativa*".

¿Cómo puede llevarse a la práctica?

Se ha intentado hacerlo a través de los Colegios Profesionales. Pero, según la experiencia, aún existiendo colegas diligentes, dispuestos a jugar su profesión, su bienestar y su tranquilidad en defensa de los matriculados, no se garantiza plenamente la independencia y la dignidad del abogado.

¹² GARCIA ARAN, Mercedes "*Sin Permiso*", in: <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=3214>

La solución deberá, entonces, arbitrarse por ley, para que todo no quede supeditado a la buena voluntad, el compromiso, el arrojo o valentía de nadie.

No es inédito en nuestra legislación el hecho de que un profesional universitario no pueda ser procesado sin una instancia previa prevista por ley. En concreto, la ley 9.763, en su artículo 3º establece que: *“El médico que intervenga en un aborto o en sus complicaciones deberá dar cuenta del hecho, dentro de las cuarenta y ocho horas, sin revelación de nombres, al Ministerio de Salud Pública. El Juez no podrá llegar al procesamiento de un médico por razón del delito de aborto sin solicitar, previamente, informe al Ministerio de Salud Pública, quien se expedirá luego de oír al médico referido.”*

La crisis de la soberanía nacional.

La soberanía puede ser quitada, como resulta cuando hay imposiciones de medidas desde afuera, pero también la soberanía puede ser dada, y en este caso, el acto de donación, de entrega, es precisamente un acto soberano que no desmerece al Estado. Esto sucede con los pactos internacionales, por ejemplo.

La cuerda se rompe por su sector más débil... A pesar de que los Estados realizan ingentes esfuerzos por mejorar la colaboración judicial y policial con sus pares, aun estamos muy lejos de que sea adecuada para la persecución del crimen organizado.

Tratados bilaterales y Convenciones multilaterales de cooperación judicial han proliferado en los últimos tiempos, pero no parecen ser lo suficientemente ágiles. La velocidad de la tecnología, así como la imaginación del crimen, van por delante de las engorrosas negociaciones a nivel internacional en las que se intercambian o ceden trozos de soberanía.

En realidad, la impresión que da es que, como es más fácil suprimir garantías individuales, se prefiere reducir estas, antes que ceder ámbitos de soberanía. El Estado prefiere lo que entiende por

autoprotegerse, antes que proteger los derechos fundamentales de sus habitantes.

Como dice FERRAJOLI, sin embargo, lo que no se quiere ver es que *“lo que ha entrado en una crisis irreversible, mucho antes aun que el atributo de la soberanía, es precisamente su objeto: el Estado nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función debe ser revisadas a la luz de sus actuales transformaciones de hecho y de derecho en las relaciones internacionales”*¹³.

Una criminalidad internacional debe ser enfrentada con instrumentos internacionales primero, y si éstos fracasan una vez puestos todos los medios, recién habrá lugar a plantearse las restricciones de los derechos y garantías individuales.

Hay mecanismos muy interesantes en la teoría –incluso plasmados en textos internacionales o comunitarios- que no se han puesto aun en práctica, con el pretexto de la soberanía nacional. En Europa, por ejemplo, las “jurisdicciones volantes”, aun no funcionan. En muchos países aun no se permite la persecución “en caliente” por parte de la Policía. Y se prefiere acudir a sistemas de pedidos de colaboración judicial, incluso a través de exhortos por una vía administrativa aun excesivamente compleja y jerarquizada.

Según dice FERRAJOLI, *“la ciencia jurídica internacionalista, después de tres siglos de derecho internacional pacticio, no ha puesto al día aun sus categorías y padece cierta inseguridad sobre sí misma, casi un complejo de inferioridad científica y jurídica que la lleva a devaluar la nueva dimensión normativa del derecho internacional y a identificarla con la efectividad de las relaciones de fuerza entre Estados”*¹⁴.

En efecto, no hay que ver tanto la pérdida o afectación de la soberanía por el enfrentamiento de fuerzas entre Estados, sino por el socavamiento que de esta produce la criminalidad organizada. Un país sin economía, sin seguridad interna, sin credibilidad en sus

¹³ FERRAJOLI, Luigi “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág. 148.

¹⁴ Ibidem, pág. 146.

instituciones y actores privados, en el mundo de hoy, no solo no es soberano, sino que prácticamente no existe en una comunidad global, aun cuando tenga mucho armamento.

Ya no hay que conformarse con un *pactum associationis*, sino que hay que pensar en un *pactum subiectionis*¹⁵ que suponen la creación de órganos y normas internacionales, a ejemplo de lo sucedido con el Tratado de Roma: jurisdicción internacional y tipos internacionales. Esto no supone ser menos soberanos, sino precisamente, ejercer la soberanía.

También redundará en mayores garantías para los justiciables que tendrán un código único sustancial y procesal y no una multiplicidad de jurisdicciones posibles, con normativas diferentes y procedimientos interminables de extradición.

En efecto, desde la Carta de la ONU en 1944 y la Declaración Universal de derechos del hombre de 1948, “*la soberanía externa del Estado –en principio- deja de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos*”¹⁶.

Salto, 11-12 de junio de 2010.

¹⁵Ibidem, pág. 145.

¹⁶Ibidem. Pág. 144.