

LORENA BACHMAIER WINTER
ANTONIO MARTÍNEZ SANTOS
(Dirs.)

**ASISTENCIA LETRADA,
CONFIDENCIALIDAD
ABOGADO-CLIENTE
Y PROCESO PENAL
EN LA SOCIEDAD DIGITAL**
Estudio de Derecho comparado

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN	11
ABREVIATURAS	19
CAPÍTULO 1. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA Y LA CONFIDENCIALIDAD ENTRE ABOGADO Y CLIENTE EN EL PROCESO PENAL: ANÁLISIS COMPARADO (<i>Lorena Bachmaier y Stephen Thaman</i>)	23
1. INTRODUCCIÓN	23
2. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN EL PROCESO PENAL	26
2.1. El reconocimiento del derecho a la asistencia letrada a nivel internacional	26
2.2. La progresiva armonización del derecho a la asistencia letrada en Europa.....	28
2.3. Designación de abogado de oficio y justicia gratuita.....	43
2.4. Representación obligatoria por parte de abogado y derecho de autodefensa	46
2.5. Derecho a la asistencia letrada en la fase de instrucción.....	48
2.5.1. ¿A partir de qué momento se garantiza el derecho a ser asistido por abogado?	48
2.5.2. Comunicación entre el abogado y el acusado que se encuentra en prisión preventiva.....	49
2.5.3. Derecho de acceso a abogado y asistencia letrada al detenido antes de ser interrogado	52

	Pág.
2.5.4. Derecho de acceso a abogado en el desarrollo de diligencias de investigación sin la presencia del sospechoso o acusado	55
a) En general	55
b) Asistencia durante el interrogatorio policial o judicial	56
c) Reconocimiento en rueda, careos y otras diligencias de investigación	57
2.6. La asistencia letrada durante el juicio y en los recursos	59
2.6.1. Alcance del derecho	59
2.6.2. Comunicación entre el abogado y el acusado durante el juicio	60
3. LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE: CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO PROFESIONAL	61
3.1. La posición del abogado defensor entre los deberes hacia la administración de justicia y la defensa de los intereses del cliente	61
3.2. Elementos fundamentales de la relación de confidencialidad abogado-cliente	64
3.3. El abogado ante las declaraciones falsas del acusado y el delito de perjurio	68
3.4. El abogado y las pruebas que incriminan a su cliente: alcance y límites de la confidencialidad	70
3.5. Deber de secreto del abogado y normativa específica en relación con delitos económicos, blanqueo de capitales y financiación del terrorismo	72
3.6. Implicación del abogado en el delito como excepción al derecho de confidencialidad abogado-cliente (“crime-fraud” exception)	74
3.7. Deber de confidencialidad y prevención de delitos o actos ilícitos futuros	76
3.8. Confidencialidad, deber de secreto y defensa de la persona jurídica	77
3.9. Responsabilidad por incumplimiento del deber de secreto profesional	79
4. INJERENCIA DEL ESTADO EN LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE	81
4.1. El abogado citado como testigo contra su cliente	81
4.2. Requerimiento dirigido al abogado para la entrega de documentos u otras pruebas materiales	82
4.3. Entrada y registro en despachos de abogados	84
4.4. Interceptación de comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente	93

	Pág.
4.4.1. Interceptación de comunicaciones postales.....	93
4.4.2. El recurso a informantes para escuchar conversaciones confidenciales.....	94
4.4.3. Protección de la relación de confidencialidad e interceptación de comunicaciones telefónicas, electrónicas y directas. Acceso a datos de tráfico y asociados	95
5. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA CON VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE	101
6. CONCLUSIONES	104
BIBLIOGRAFÍA.....	108

CAPÍTULO 2. PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON EL ABOGADO EN ALEMANIA

<i>(Bettina Weisser)</i>	113
1. INFORMACIÓN PREVIA SOBRE EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA.....	113
1.1. Alcance del derecho a la asistencia letrada	113
1.2. El derecho del abogado a estar presente y a participar efectivamente en las diligencias.....	114
1.3. Asistencia letrada preceptiva	116
1.4. Asistencia jurídica gratuita	119
2. CONFIDENCIALIDAD ABOGADO-CLIENTE.....	121
2.1. Deberes específicos hacia el cliente	122
2.2. Otros deberes profesionales del abogado de la defensa	124
2.3. Normas especiales en supuestos de terrorismo	125
3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA DURANTE LA FASE DE INVESTIGACIÓN	126
3.1. El derecho a la asistencia letrada antes del juicio, en general..	126
3.2. El derecho a la asistencia letrada en caso de prisión provisional	127
4. INTROMISIONES DEL ESTADO EN LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE	127
4.1. El abogado como testigo contra el cliente.....	127
4.2. Registros en los despachos de abogados	128
4.2.1. Requisitos procesales generales de los registros e incautaciones	128
4.2.2. Registros en despachos de abogados que no son sospechosos de estar implicados en el delito.....	129
4.2.3. Registros en el despacho de un abogado sospechoso de estar implicado en el delito.....	130

	Pág.
4.3. Intervención de las comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente	130
5. REGLAS DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA Y NULIDADES	131
6. COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE DURANTE EL JUICIO.....	132
7. CRÍTICAS Y REFORMA	132
BIBLIOGRAFÍA.....	134
CAPÍTULO 3. CONFIDENCIALIDAD EN LAS COMUNICACIONES CON LOS ABOGADOS EN ESPAÑA (<i>María Luisa Villamarín López</i>).....	137
1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL	137
1.1. La protección constitucional del derecho a la asistencia letrada...	137
1.2. Contenido esencial del derecho	139
1.2.1. El derecho a la asistencia gratuita como derecho-deber en el proceso penal	139
1.2.2. Contenido básico del derecho en el proceso penal.....	140
1.2.3. Derecho al abogado de confianza-abogado de oficio ...	140
1.2.4. Derecho al nombramiento de un abogado que le asista de forma gratuita	141
1.2.5. Derecho a la traducción e interpretación	142
1.3. Momento en que nace el derecho a la asistencia letrada.....	142
1.4. Limitaciones al reconocimiento del derecho fundamental a la asistencia letrada	143
2. LAS COMUNICACIONES ABOGADO - CLIENTE: EL RECONOCIMIENTO DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO	144
2.1. El reconocimiento del secreto profesional del abogado en la Constitución y en las normas procesales españolas	144
2.2. Contenido del secreto profesional del abogado.....	146
2.2.1. Alcance objetivo del secreto del abogado	147
2.2.2. Alcance subjetivo del secreto del abogado.....	148
2.2.3. Alcance temporal del deber de secreto del abogado ...	149
2.3. El deber de secreto: posibles limitaciones.....	149
2.3.1. El valor del consentimiento del cliente	149
2.3.2. El secreto profesional frente al cliente que quiera usar medios de defensa ilícitos	150
2.3.3. El deber de secreto y la prevención de delitos en general.....	150
2.3.4. El deber de secreto y la prevención de delitos de blanqueo de capitales	151

	Pág.
2.3.5. El deber de secreto y la obligación de información a la Agencia Tributaria.....	153
2.3.6. El deber de secreto de los abogados de empresa.....	153
2.4. La responsabilidad del abogado por incumplimiento de su obligación de secreto	155
3. LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE DURANTE LA FASE DE INSTRUCCIÓN	157
3.1. La asistencia letrada durante la fase de instrucción	157
3.2. Las comunicaciones del abogado con sus clientes en prisión ...	158
4. LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE DURANTE LA FASE DE JUICIO ORAL	159
5. EL CONTROL ESTATAL DE LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE	160
5.1. El abogado como testigo en contra de su cliente	160
5.2. Entrada y registro en los despachos de abogados	160
5.3. La intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente ...	163
6. VALIDEZ DE LAS PRUEBAS Y FUENTES DE PRUEBA OBTENIDAS. RÉGIMEN DE NULIDADES	167
7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	169
BIBLIOGRAFÍA.....	169

CAPÍTULO 4. LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE EN ESTADOS UNIDOS
(*Stephen C. Thaman*).....

1. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN EL PROCESO PENAL	173
1.1. Introducción: aspectos constitucionales y estructurales del derecho estadounidense en relación con el <i>attorney-client privilege</i>	173
1.2. El derecho a la asistencia letrada para quien carece de recursos...	176
1.3. El derecho de asistencia letrada durante la fase previa al juicio en el proceso penal	178
1.3.1. En general.....	178
1.3.2. Condiciones para la entrevista del abogado con clientes en prisión.....	179
1.3.3. El derecho de asistencia letrada durante los actos de investigación realizados con participación del encausado ..	180
a) Derecho a ser asistido por abogado durante los interrogatorios	180
b) Derecho a ser asistido por un abogado en las ruedas de reconocimiento.....	184

	Pág.
c) Derecho a ser asistido por un abogado en otras diligencias que afectan al acusado	185
1.4. El derecho a la asistencia letrada durante el juicio y en la apelación	185
1.4.1. Derecho a renunciar a la asistencia letrada y a defenderse por sí mismo.....	186
1.4.2. Derecho a comunicarse libremente con el abogado durante el juicio	187
2. EL PRIVILEGIO ABOGADO-CLIENTE (<i>ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE</i>).....	187
2.1. Parámetros básicos del <i>privilegio</i> abogado-cliente	187
2.1.1. Razones de política legislativa en las que se fundamenta	187
2.1.2. ¿Qué clase de comunicaciones están protegidas por el <i>privilegio</i> ?.....	188
a) ¿ <i>Privilegio</i> abogado-cliente para las personas jurídicas?	189
2.1.3. ¿Es el deber de confidencialidad más amplio que el <i>privilegio</i> ?.....	191
2.1.4. ¿Cuándo puede o debe el abogado revelar el contenido de las comunicaciones de su cliente?	191
a) Exhibición de pruebas (<i>discovery</i>) y <i>work product</i>	192
2.2. La excepción al privilegio en caso de delito o fraude (<i>crime-fraud exception</i>).....	194
2.3. Deberes del abogado de la defensa en relación con la búsqueda de la verdad: tratamiento del perjurio del cliente, manejo de pruebas incriminatorias	196
2.3.1. El problema del perjurio del acusado	196
2.3.2. Manejo de pruebas materiales de naturaleza incriminatoria	197
2.4. Efectos de la violación del deber de confidencialidad por parte del abogado: responsabilidad civil, penal y disciplinaria.....	198
3. INTROMISIÓN ESTATAL EN LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE	199
3.1. Imposición de la renuncia al privilegio abogado-cliente como parte de un acuerdo de conformidad	199
3.2. Citación del abogado para que testifique contra su cliente	199
3.3. Requerimientos para que el abogado aporte pruebas documentales o materiales	201
3.4. Registros de despachos de abogados.....	202

	Pág.
3.4.1. Requisitos especiales de la autorización judicial	202
3.4.2. Requisitos especiales cuando el objetivo del registro es el cliente	204
3.4.3. Requisitos especiales cuando el registro se practica en relación con la supuesta responsabilidad criminal del propio abogado	206
3.5. La intervención de comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente	207
3.5.1. Intervención de comunicaciones postales	207
3.5.2. Uso de informantes.....	208
3.5.3. Escuchas, micrófonos ocultos e intervención de comunicaciones electrónicas y metadatos.....	209
a) Normas en materia de escuchas	209
b) Normas sobre escuchas en relación con las conversaciones abogado-cliente	210
c) La normativa de la Agencia Federal de Prisiones en materia de escuchas en casos de terrorismo	214
d) Casos ante comisiones militares	215
4. REGLAS DE EXCLUSIÓN RELATIVAS A LAS VIOLACIONES DEL PRIVILEGIO ABOGADO-CLIENTE Y EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA	216
4.1. Exclusión de pruebas como consecuencia de la violación del derecho a la asistencia letrada de la <i>Sexta Enmienda</i>	216
4.2. Derecho a la no autoincriminación de la <i>Quinta Enmienda</i> , relaciones abogado-cliente y exclusión de prueba	218
4.3. Derecho a la confidencialidad y cuestiones derivadas de la <i>Cuarta Enmienda</i> : exclusión de prueba	219
4.4. Exclusión de pruebas como consecuencia de la violación del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente	220
5. CRÍTICAS Y REFORMA.....	222
BIBLIOGRAFÍA.....	224

CAPÍTULO 5. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON EL ABOGADO EN ITALIA

(<i>Massimo Ceresa-Gastaldo</i>).....	227
1. INVIOABILIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA	227
1.1. Autodefensa en juicio	228
1.2. Defensa técnica	229
1.2.1. Abogado de libre designación y abogado de oficio.....	230
1.3. Asistencia jurídica gratuita	232

	Pág.
2. CONFIDENCIALIDAD DE LA RELACIÓN PROFESIONAL ABOGADO-CLIENTE.....	233
2.1. El secreto profesional y el deber de confidencialidad del abogado	233
2.2. El deber de veracidad	234
2.2.1. Introducción de pruebas falsas en el proceso	234
2.2.2. Asistencia letrada: encubrimiento y deslealtad profesional.....	235
2.3. El derecho a no testificar	237
2.3.1. Incompatibilidad del abogado como testigo.....	238
2.3.2. Exención (y exclusión) del deber de denunciar	239
2.4. Secretos de Estado y restricciones a la libre designación de abogado	239
2.5. Privilegio profesional del abogado y privilegio personal.....	239
2.6. Violación del privilegio profesional	240
2.6.1. Consecuencias procesales	240
3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA DURANTE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR	241
3.1. Interrogatorios	242
3.2. La inaplicación de las garantías del derecho a la asistencia letrada en las «declaraciones espontáneas» del sospechoso ante la policía	243
3.3. Entrevista del abogado con su clientes en establecimientos penitenciarios	243
3.3.1. Aplazamiento de la entrevista entre el abogado y su defendido	244
4. INJERENCIA ESTATAL EN LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE	244
4.1. Entrada y registro e incautaciones en despachos de abogados.	245
4.2. Intervención de las conversaciones y comunicaciones de los letrados de la defensa, los investigadores privados y los peritos	246
5. REGLAS DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA Y NULIDAD.....	247
5.1. Exclusión derivada o indirecta	247
6. COMUNICACIÓN DEL ABOGADO CON SU CLIENTE DURANTE EL JUICIO	248
7. PERSPECTIVAS DE FUTURO	249
BIBLIOGRAFÍA.....	249

	Pág.
CAPÍTULO 6. SECRETO PROFESIONAL Y CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON EL ABOGADO EN EL PROCESO PENAL EN POLONIA (<i>Maria Rogacka-Rzewnicka y Piotr Girdwoyń</i>).	253
1. MARCO GENERAL DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA	253
1.1. Letrado designado de oficio por el tribunal. Fase de investigación	257
1.2. Disposiciones en materia de asistencia letrada preceptiva	259
2. CONFIDENCIALIDAD ABOGADO-CLIENTE Y SECRETO PROFESIONAL	260
2.1. Requisitos generales	260
2.2. Posición autónoma del letrado	262
2.3. Ámbito de protección	263
2.4. Falta de previsiones especiales	264
2.5. Responsabilidad civil y disciplinaria	264
3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA DURANTE LA FASE DE INVESTIGACIÓN	265
3.1. Vistas y comparecencias	265
3.2. Contacto con el cliente en prisión provisional	265
3.2.1. Presencia de terceros	266
3.3. El derecho a la asistencia letrada en otras diligencias	266
4. INTROMISIÓN ESTATAL EN LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES ENTRE EL ABOGADO Y SU CLIENTE	267
4.1. Deber de confidencialidad. Prohibición de interrogar	267
4.2. Registros	269
4.2.1. Presupuestos formales	269
4.2.2. Presupuestos materiales	270
4.2.3. Práctica del registro	271
4.3. Intervención de las comunicaciones	271
4.3.1. Reglas generales	271
4.3.2. Medidas especiales	272
5. REGLAS DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA Y NULIDADES	272
5.1. Exclusiones probatorias	272
5.2. Ilegalidad de las escuchas telefónicas	273
5.3. Vulneración del derecho a un proceso justo	274
6. COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE DURANTE EL JUICIO	274
7. CRÍTICAS Y REFORMA	275
BIBLIOGRAFÍA	275

	Pág.
CAPÍTULO 7. CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON EL ABOGADO EN EL PROCESO PENAL DE PORTUGAL <i>(Vânia Costa Ramos, Carlos Pinto de Abreu, João Valente Cordeiro)</i>	277
1. NOCIONES PREVIAS ACERCA DEL DERECHO A LA ASIS- TENCIA LETRADA.....	278
1.1. Marco general del derecho a la asistencia letrada en Portugal ...	278
1.2. Derecho a la asistencia letrada de los testigos	279
1.3. Derecho a la asistencia letrada del sospechoso (<i>suspeito</i>) y del investigado (<i>arguido</i>)	280
1.4. Derecho a la asistencia letrada de personas sin recursos y nombramiento de abogado de oficio	282
1.5. Disposiciones sobre la asistencia letrada preceptiva.....	283
2. RELACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD ABOGADO-CLIENTE..	285
2.1. Confidencialidad abogado-cliente, lealtad y obligaciones le- gales del letrado de la defensa.....	285
2.2. El conflicto entre los deberes del abogado y la búsqueda de la verdad	286
2.3. Excepciones al secreto profesional abogado-cliente	288
2.3.1. Dispensa del secreto abogado-cliente (<i>dispensa de si-</i> <i>gilo</i>)	288
2.3.2. Quiebra del secreto abogado-cliente (<i>quebra de sigilo</i>)...	289
2.4. Consecuencias de la violación del secreto profesional por par- te del letrado	290
3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA DURANTE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR	291
3.1. Reunión del abogado con el cliente privado de libertad	291
3.1.1. Derecho del abogado a reunirse con el detenido antes de cualquier interrogatorio	291
3.1.2. El derecho a la asistencia letrada en Portugal como un derecho absoluto, no susceptible de excepciones.....	293
3.2. El derecho a la asistencia letrada durante los actos de inves- tigación realizados con la participación del encausado (Inte- rogatorios, careos, reconstrucciones de hechos, diligencias de identificación).....	294
3.2.1. El contenido del derecho a la asistencia letrada du- rante los interrogatorios y otras diligencias de investi- gación	296
4. INTROMISIÓN ESTATAL EN LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE EN LOS ASUNTOS PENALES.....	296
4.1. El abogado como testigo contra su cliente	296

	Pág.
4.2. Registros en despachos de abogados e intervención de comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente	298
4.2.1. Normas generales sobre registros e incautación de documentos en despachos de abogados	298
4.2.2. Registro e incautación de correspondencia y comunicaciones almacenadas, e intervención de conversaciones de abogados	302
5. REGLAS DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA Y NULIDADES	303
5.1. Reglas de exclusión de prueba y doctrina de los frutos del árbol envenenado: marco jurídico general	303
5.2. Material incautado ilícitamente durante el registro de un despacho de abogados e interceptación de comunicaciones confidenciales entre el abogado y su cliente. Reglas de exclusión	307
5.3. Vulneración grave del derecho a la asistencia letrada	308
6. COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE DURANTE EL JUICIO	308
7. CRÍTICAS Y REFORMA	309
BIBLIOGRAFÍA	312

CAPÍTULO 8. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA RELACIÓN ENTRE ABOGADO Y CLIENTE EN LOS PROCESOS PENALES EN EL REINO UNIDO (*Richard Stone, Veronica Lynn*)

1. INTRODUCCIÓN	315
2. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN LOS PROCESOS PENALES	317
3. <i>PRIVILEGIO</i> PROFESIONAL DEL ABOGADO	319
3.1. Significado, fundamento legal y alcance del privilegio profesional del abogado	319
3.2. Deberes y obligaciones del letrado de la defensa	321
3.3. Normas especiales relativas al derecho a no declarar como testigo	323
4. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA DURANTE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR	324
4.1. Reunión entre el abogado y los clientes privados de libertad: condiciones y limitaciones	325
4.2. El acceso a la asistencia letrada en casos de terrorismo	328
5. INJERENCIA ESTATAL EN LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE	330
5.1. El abogado como testigo	330
5.2. Registros en despachos de abogados	330

	Pág.
5.2.1. Material protegido	330
5.2.2. Material privilegiado	331
5.2.3. Material excluido.....	333
5.2.4. Material sometido a «procedimiento especial» (<i>special procedure material</i>)	333
5.2.5. Órdenes de entrega (<i>orders for production</i>)	334
5.2.6. Acceso a material protegido conforme a la normativa PACE	334
5.3. Acceso a los archivos de abogados en casos de terrorismo.....	336
5.4. Incautación y selección de documentos (<i>seize and sift</i>)	337
5.4.1. La regulación del artículo 50 de la CJPA de 2001	337
5.4.2. Material excluido y sometido a procedimiento especial	338
5.4.3. Retención del material incautado	339
5.5. Entrada en lugar cerrado para instalar dispositivos de escucha (<i>bug and burple</i>): Police Act de 1997	339
5.5.1. Autorizaciones	340
5.5.2. Supervisión por un comisionado (<i>commissioners</i>).....	341
5.6. Técnicas de vigilancia encubierta (<i>covert surveillance</i>)	342
5.7. Intervención de comunicaciones	343
6. REGLAS DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA	345
7. COMUNICACIONES ENTRE EL ABOGADO Y SU CLIENTE DURANTE EL JUICIO	348
8. CRÍTICAS Y REFORMA	348
BIBLIOGRAFÍA.....	349
CAPÍTULO 9. LA CONFIDENCIALIDAD DE LA RELACIÓN ENTRE ABOGADO Y CLIENTE EN EL PROCESO PENAL SUIZO	
<i>(Veronica Lynn, Wolfgang Wohlers)</i>	
1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN EL PROCESO PENAL SUIZO.....	351
2. PRIVILEGIO PROFESIONAL DEL ABOGADO	355
2.1. Importancia, fundamento legal y alcance del privilegio profesional	355
2.2. Deberes y función del letrado de la defensa.....	358
2.2.1. Diferencias de parecer entre el letrado de la defensa y su cliente.....	360
2.2.2. Declaraciones falsas del cliente o de los testigos de la defensa.....	361
2.2.3. Pruebas incriminatorias o relevantes, confesiones y mensajes secretos	362
2.3. Reglas especiales relativas al derecho a negarse a testificar	363

	Pág.
2.4. El letrado de la defensa como sospechoso	364
2.5. Violación del privilegio profesional del abogado.....	364
3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA DURANTE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR	365
3.1. Condiciones para las reuniones del letrado de la defensa y el «abogado de primera hora» con sus clientes privados de libertad.....	365
3.2. Derechos de participación del letrado defensor	367
4. INTROMISIÓN ESTATAL EN LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE	369
4.1. Derecho a negarse a testificar.....	369
4.2. Entrada y registro en despachos de abogados	370
4.3. Intervención de las comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente	373
5. REGLAS DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA Y NULIDADES	374
5.1. Exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente durante el registro del despacho de abogados.....	374
5.2. Exclusión de las comunicaciones confidenciales intervenidas de forma ilegal.....	375
5.3. Consecuencias de la violación de la confidencialidad por parte del estado.....	376
6. COMUNICACIONES CONFIDENCIALES DURANTE EL JUICIO ORAL	377
7. CRÍTICAS Y REFORMA.....	377
BIBLIOGRAFÍA.....	379

PRESENTACIÓN

Este libro tiene su origen en el *General Report* preparado para el Congreso Mundial de la *International Academy of Comparative Law*, celebrado en Fukuoka, Japón, los días 22 a 28 de julio de 2018. Los *rapporteurs* generales en aquel congreso (los profesores Lorena Bachmaier y Stephen C. Thaman) tenían claro que los interesantes resultados presentados en el informe general, gracias a la excelente calidad de los informes nacionales que les habían sido remitidos, debían ampliarse y publicarse junto con algunos de los capítulos nacionales en un volumen colectivo. Ese libro se publicó en 2020 bajo el título *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications in criminal proceedings. A Comparative View* [Bachmaier/Thaman/Lynn (eds.)]¹.

A la vista del interés suscitado por ese libro, se consideró la posibilidad de trabajar en una nueva versión publicada íntegramente en español, con la convicción de que la difusión en el ámbito jurídico de habla española era también importante: una cultura jurídica verdaderamente global debe saber expresarse en varias lenguas universales.

Aunque naturalmente el estudio de Derecho comparado abarca sistemas jurídicos más allá de las tradiciones jurídicas occidentales —Derecho continental-europeo y Derecho angloamericano— se decidió, por razones prácticas, seleccionar para este libro las contribuciones referidas a esas dos tradiciones. Agradecemos a todos los autores su confianza y su disposición a colaborar en este volumen. Especial agradecimiento debemos al profesor Stephen Thaman, con el que siempre es un placer trabajar y del que tanto hemos aprendido. Nuestro reconocimiento también a

¹ Ese volumen fue publicado por la editorial Springer, a la que agradecemos el permiso para publicar y reutilizar parte de los capítulos en esta versión actualizada en español.

las entidades que han hecho posible con su financiación la publicación de este trabajo de investigación².

Los capítulos que componen este libro coinciden solo en parte con los que se contenían en el libro publicado en inglés. Todos ellos han sido revisados y actualizados antes de ser traducidos al español. Aunque la traducción de los nueve capítulos que se incluyen en este volumen se ha realizado fundamentalmente por los coordinadores de esta obra, hemos contado en varios capítulos con la colaboración de la licenciada Evelyn Vega Barrera, a quien deseamos agradecer aquí su trabajo.

Debemos aclarar que hemos optado por una traducción libre, en el sentido de partir siempre de la mejor comprensión y exposición del texto original, sin necesidad de ajustarse a cada palabra literalmente. No ha sido tarea sencilla, pero consideramos que el esfuerzo adicional redundaría en una mayor calidad del texto español. En ese empeño hemos tenido que enfrentarnos a cuestiones complejas como decidir si se mantenían los términos en el idioma original (debido a su difícil equivalencia en castellano), traducirlos literalmente (lo que podía dar lugar a confusiones al tratarse de instituciones o significados diferentes), o «adaptarlos» al lenguaje jurídico español³.

En cada caso nos hemos inclinado por la traducción que mejor reflejara el concepto. De ahí que el lector encontrará unas veces el término sin traducir, y en otros capítulos traducido al castellano. El concepto de interpretación es consustancial a toda traducción; y toda traducción implica un proceso de «decodificación» para adaptar el término original al contexto donde se ha de insertar el término traducido⁴. Esta dificultad se ha presentado especialmente en relación con un concepto nuclear de este estudio: la noción de *lawyer-client privilege*, que tiene en el sistema norteamericano un alcance diferente al de otros países, y no coincidente con el que le atribuyen otros ordenamientos jurídicos de *common law* como Inglaterra y Gales. Además, carece de preciso equivalente, por ejemplo, en el sistema español, donde es habitual hacer referencia al secreto profesional para englobar toda información o comunicación que se obtiene en el ejercicio de la profesión de abogado, sin distinguir entre las informaciones concretas sobre la defensa en un asunto penal y otros tipos de asesoramiento. En muchos capítulos se ha utilizado el concepto

² La publicación de esta obra ha sido posible gracias a la financiación recibida del Proyecto FEI-EU 19/11 y el Proyecto E-Transcrim (PID2019-107766RB-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

³ Como señala S. SARCEVIC, *New Approach to Legal Translation*, The Hague-London, Kluwer Law Intl., 1997, pp. 24-36, a lo largo de la historia de la traducción jurídica, el debate entre hacer primar en la traducción la letra o el espíritu del texto a traducir, ha sido continuo (pp. 36-37).

⁴ Vid. V. GROSSWALD CURRAN, «Comparative Law and Language», en M. REINMANN y R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford U.P., 2006, pp. 675-707, esp. p. 677.

confidencialidad abogado-cliente en sentido equivalente a secreto profesional, salvo en aquellos ordenamientos jurídicos en los que se diferencia expresamente su significado. Confiamos en que, en este como en otros casos, hayamos logrado reflejar con claridad el significado de las instituciones estudiadas⁵.

En fin, subrayemos que se trata de un estudio de Derecho comparado y no un tratado sobre el derecho a la asistencia letrada y la confidencialidad abogado-cliente a nivel mundial; y que ese estudio comparado se basa fundamentalmente en las aportaciones de los autores que analizan los sistemas nacionales. De ahí que no se incluyan en el capítulo comparado inicial referencias bibliográficas demasiado extensas, y que los coordinadores no hayan determinado la bibliografía seleccionada por cada autor para desarrollar su análisis a nivel nacional.

En un trabajo de Derecho comparado nunca es fácil encontrar el perfecto equilibrio entre lo que se considera relevante para la propia comparación y aquello en lo que personalmente se desearía profundizar más para no caer en error de intentar asimilar la institución jurídica extranjera a lo que podría ser su equivalente en el sistema jurídico propio. Pero, al igual que sucede con las lenguas, el comparatista, al adentrarse en un ordenamiento jurídico extranjero, tratará de «traducir» esas normas o instituciones extranjeras para entender su significado: traduce el sentido jurídico de esa institución para comprender su funcionamiento y así hacer posible la comunicación entre sistemas. Y en ese proceso, no solo aprende una lengua-sistema nuevo, sino que ahonda en la comprensión del propio⁶. Esperemos que esta obra sea un punto de partida útil para ese viaje hacia una mejor comprensión de lo conocido, y a través de ello, avanzar en una mayor protección de los derechos humanos en este mundo global.

Febrero de 2021.

Lorena BACHMAIER WINTER
Antonio MARTÍNEZ SANTOS

⁵ En relación con la utilización del masculino genérico (p. ej., en términos como abogado o sospechoso), se han seguido aquí las pautas de la Real Academia Española de la Lengua, sobre lenguaje inclusivo y perspectiva de género, evitando, así, desdoblamientos innecesarios. El informe está accesible en https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf.

⁶ V. GROSSWALD, 2006: 699: «If comparative law is the translator of the law of others and otherness, but translation is not the making equivalent of foreign languages, only a lantern that makes visible how every mode of meaning signifies».

INTRODUCCIÓN

Lorena BACHMAIER WINTER
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
lorenab@ucm.es

La garantía efectiva de los derechos subjetivos depende, en muchas ocasiones, de la verdadera protección de otros derechos conceptualmente distintos, pero con los que se encuentran en relación necesaria. El derecho de asistencia letrada en el proceso penal no sería posible sin la garantía de la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, pues para ejercer el derecho de defensa es preciso que el encausado tenga total confianza en la discreción de su letrado. Sin la protección del secreto profesional, el cliente, ante el temor de que cierta información transmitida en privado pudiera ser revelada o accesible a la fiscalía o a terceros, no compartiría esa información con su abogado, aun si fuera necesaria para que este pudiera asesorar o defender adecuadamente al acusado ante los tribunales. Al mismo tiempo la comunicación fluida entre abogado y cliente convierten al propio abogado y sus archivos en una fuente de pruebas de un valor inapreciable para la investigación y la acusación penal. Por ello es absolutamente indispensable que la relación de confidencialidad, como elemento consustancial al derecho de defensa y a la asistencia letrada, se vea adecuadamente salvaguardada.

Esa relevancia del derecho de confidencialidad abogado-cliente, no solo para la protección de los derechos individuales de cualquier ciudadano que se enfrenta a un proceso penal sino para la propia configuración de un Estado de Derecho, explica que goce de amplio reconocimiento internacional. Ello podría inducir a pensar que en rigor no es preciso un

debate jurídico acerca del derecho de acceso a la asistencia letrada y a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. Y, no obstante, como demuestra el presente estudio, la garantía de la confidencialidad entre el imputado y su abogado no solo no es homogénea en el Derecho comparado, sino que en muchos países sigue ofreciendo deficiencias muy notables.

Además de las divergencias que pueden observarse en la regulación e implementación de ese derecho en las leyes nacionales de los diversos países que se estudian en este volumen, conviene advertir otro hecho: la presencia de factores que, al incidir en las formas de criminalidad y en su investigación, reclaman un nuevo sistema de protección del secreto profesional. Dentro de estos nuevos desafíos, dos requieren especial atención en el ámbito de la protección del llamado privilegio abogado-cliente. Primero, el impacto del mundo digital y las medidas de investigación tecnológica más intrusivas en la privacidad de los ciudadanos. Y segundo, estrechamente vinculado a lo anterior, el creciente carácter transnacional de la criminalidad y, por tanto también, de los procesos y las investigaciones penales. Ambos elementos hacen que hoy sea más necesario que nunca abordar el análisis de la relación privilegiada entre abogado y cliente desde una perspectiva que supere las coordenadas nacionales y adopte la metodología propia del Derecho comparado.

Por lo que se refiere al impacto de la digitalización y la prueba electrónica, por ejemplo, muy pocos sistemas jurídicos establecen normas acerca de cómo realizar los registros de ordenadores de manera que se evite la revelación involuntaria de comunicaciones confidenciales entre el abogado y su cliente. Resulta significativo notar que la mayoría de los países no tienen previsto un procedimiento adecuado de cribado y filtrado de archivos electrónicos que garantice el respeto de esa relación confidencial.

A su vez, la digitalización ha provocado también una creciente «transnacionalización» del proceso penal, con la consecuencia de que la prueba transfronteriza cada vez juega un papel más importante. Ya no basta con prever y regular las garantías procesales a nivel nacional, porque los datos y comunicaciones almacenadas electrónicamente no solo no están vinculadas necesariamente a una jurisdicción territorial concreta, sino que además pueden ser accesibles remotamente desde una jurisdicción extranjera, e incluso ser utilizados como prueba ante tribunales que carecen de conexión alguna con el lugar donde esas comunicaciones tuvieron lugar o fueron archivadas. Naturalmente, esto tiene efectos en la protección del secreto profesional, que ya no puede articularse únicamente desde la perspectiva nacional en un mundo donde los tradicionales límites y escenarios territoriales se van desdibujando para dar paso a un espacio virtual sin fronteras netamente definidas. En ese espacio global y no compartimentado, no será posible articular garantías procesales

que resulten efectivas desde una visión nacional, si no se trabaja desde el Derecho comparado hacia una mayor armonización de la protección de los derechos fundamentales y hacia una mejor comprensión de las particularidades jurídicas nacionales.

Un ejemplo sencillo permite ilustrar alguno de los problemas a enfrentar. Supongamos que en el país A, las comunicaciones telefónicas o electrónicas entre el abogado defensor y el acusado no se pueden intervenir (como sucede en los Países Bajos), pero las autoridades holandesas solicitan la intervención de las conversaciones del sospechoso en el país B (por ejemplo, España). El Estado requerido realizará la interceptación de comunicaciones de acuerdo con su propia ley, sin aplicar así un filtro preciso que permita segregar las conversaciones protegidas. Las conversaciones grabadas, incluidas las que afectan la relación confidencial abogado-cliente, terminarán finalmente bajo el control del Estado solicitante, pues no existe un mecanismo que determine ni cómo realizar ese filtrado ni si antes de remitir las grabaciones ha de comprobarse que no hay conversaciones que afecten al secreto profesional. Este es solo un ejemplo para mostrar que, en el actual escenario dominado por la transnacionalidad y la digitalización de la información, es insuficiente confiar la tutela de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente solo a las jurisdicciones nacionales, pues la transferencia de los datos obtenidos puede terminar no solamente por restringir las garantías sino incluso por hacer que desaparezcan.

Frente a lo anterior podría argumentarse que la quiebra de las garantías en la obtención de pruebas se neutralizará a nivel nacional mediante la aplicación de las reglas de exclusión de la prueba ilícita. Sin embargo, como se verá a lo largo de los capítulos del libro, eso no es exacto, pues la mayoría de los sistemas jurídicos no cuentan con una regulación coherente y exhaustiva acerca de la admisibilidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, o sobre las comprobaciones a realizar en caso de que la prueba se haya obtenido en el extranjero. No existen normas que regulen los procesos penales transnacionales, ni tampoco, en gran medida, normas sobre la ley aplicable (*lex fori* o *lex loci*) o sobre conflictos de leyes¹.

La divergencia y superposición de normas, principios y prácticas aumenta la complejidad de la justicia transnacional y genera una gran incertidumbre que repercute negativamente en la protección de los derechos fundamentales, en la eficacia de la cooperación judicial internacional y en la admisibilidad de las pruebas en el juicio. Estos factores, cada vez más presentes en todo proceso penal, exigen abordar la normativa sobre el derecho a la confidencialidad abogado-cliente desde

¹ Vid. L. BACHMAIER, «Transnational criminal proceedings, witness evidence and confrontation: lessons from the ECtHR's case law», *Utrecht Law Rev.*, Special issue, September 2013, vol. 9-4, pp. 126-148, en <http://www.utrechtlawreview.org/> urn:nbn:nl:ui:10-1-112937.

un punto de vista supranacional, lo cual a su vez requiere un análisis comparativo. Aunque la dimensión transnacional de la protección del secreto profesional no es el objeto directo de este estudio, sí explica por qué es necesario un conocimiento profundo de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Este estudio sería, así, el paso previo imprescindible para abordar una posible regulación supranacional de la confidencialidad abogado-cliente.

Un tercer desafío en relación con la protección de la confidencialidad entre abogado y cliente se encuentra en la situación en la que se encuentran los abogados internos de empresa, cuando asumen la implementación de los programas de cumplimiento y el desarrollo de las investigaciones internas, donde prevalece la lealtad hacia la empresa investigada y la protección de la denuncia internas y del *whistleblower*, que puede contraponerse a su obligación de declarar como testigo en un proceso penal y de denunciar posibles delitos. El alcance de la protección de la confidencialidad abogado-cliente en los procesos de responsabilidad penal de las personas jurídicas aún no está plenamente definido.

En aquellos países que han regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han planteado dos cuestiones de particular relevancia. Por un lado, si habría de otorgarse al abogado interno el mismo nivel de protección que a los abogados externos. Y, por otro lado, si el derecho a mantener la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente debería aplicarse también a los *in-house lawyers* que actúan en el desarrollo de las investigaciones internas. A pesar de los esfuerzos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd contra la Comisión Europea*², al dictaminar que la falta de independencia del abogado interno impide reconocer el derecho de confidencialidad abogado-cliente en procesos penales posteriores, sus argumentos siguen siendo objeto de debate. Así, un país no miembro de la Unión Europea, como es Suiza, ha abordado esta cuestión de forma pragmática, que al mismo tiempo confiere seguridad jurídica: los abogados internos de la empresa no pueden actuar como abogados de la defensa en un proceso penal dirigido contra la persona jurídica para la cual trabajan. Habrá que plantearse si esta solución o la adoptada por otros países —externalizar las investigaciones internas en ejecución de los programas de *compliance*— resultan adecuadas.

Finalmente, un cuarto reto a abordar en esta materia lo encontramos en la aparente contradicción a la que se enfrenta el derecho fundamental de confidencialidad abogado-cliente. Me refiero a que, si bien cada día se es más consciente de la importancia de proteger este derecho, al mismo tiempo se han aprobado una serie de normas para la lucha contra el blanqueo de capitales y la prevención de la financiación del terrorismo

² TJUE C-550/07 P, Sentencia (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd v. European Commission*, paras. 40-41.

que apuntan en sentido contrario. Esto sucede al reducir las garantías del secreto profesional y permitir su infracción o al establecer que el abogado está obligado a denunciar determinadas actividades sospechosas a la policía o a la unidad de inteligencia financiera. A lo anterior se une que, en muchos países, las autoridades policiales están presionando para limitar el alcance de la confidencialidad abogado-cliente, por entender que obstaculiza seriamente las investigaciones de delitos de evasión fiscal y delincuencia organizada, especialmente en aquellos ordenamientos donde la garantía del secreto profesional se extiende a todos los documentos que se hallan en poder del abogado y tienen relación con el ejercicio de su profesión (y no únicamente aquellos relacionados con la defensa en un asunto penal concreto).

Es preciso prestar la atención necesaria a estos nuevos retos a los que se enfrentan los abogados en las comunicaciones con sus clientes, pero sin perder de vista la importancia de los problemas que podríamos denominar «tradicionales». Por ejemplo, entre otros: las dificultades que surgen a la hora de entrevistarse confidencialmente con el cliente en centros de detención; la actuación de los colegios de abogados en la imposición de sanciones disciplinarias por la quiebra del secreto profesional; o el alcance de la excepción al secreto profesional cuando se considera que el propio abogado está implicado en la comisión del delito investigado.

En los distintos capítulos de este volumen, primero se aborda cuál es la posición del abogado en el sistema de justicia. Hay algunos ordenamientos jurídicos donde todavía se mantienen residuos de una concepción, imperante en el pasado, según la cual el abogado ha de cooperar con la administración de justicia: su función también sería la de una especie de «actor colaborador de la justicia» en la búsqueda de la verdad. No obstante, la mayoría de los sistemas han abandonado esa idea y defienden la posición del abogado como profesional del todo independiente. De manera que, en situaciones en que las obligaciones del abogado con su cliente puedan entrar en conflicto con su rol dentro del sistema de justicia, suelen dar clara prioridad a la defensa de los intereses del cliente, siempre que ello no implique convertirse en cómplice del acusado. Aun así, los límites no están claramente definidos, y no siempre es fácil encontrar pautas comunes en los distintos ordenamientos estudiados respecto a qué debe hacer el abogado ante declaraciones falsas de su cliente, o si el abogado puede incluso incitar a su cliente a mentir.

A continuación, para valorar el significado, alcance e implementación del derecho a comunicarse de manera confidencial con el abogado defensor, se analiza el derecho de acceso a la asistencia letrada, y también en qué etapa procesal y con relación a qué tipos de delitos se garantiza. Esto explica que buena parte del estudio comparativo inicial, así como de los capítulos que abordan la confidencialidad abogado-cliente a ni-

vel nacional, traten con cierto detalle el derecho a la asistencia letrada. Solo una vez clarificado el contexto en el cual pueden comunicarse el abogado y su defendido es posible examinar con rigor el alcance real y la efectividad del derecho a la confidencialidad.

Como se comprobará en el capítulo inicial, el derecho de acceso a la asistencia letrada ha experimentado una importante armonización dentro de la Unión Europea desde la adopción de la Directiva de la UE 2013/48, de 22 de octubre.

Pese a todo, siguen existiendo notables diferencias en cuanto a la regulación del derecho de renuncia a la asistencia letrada o a los supuestos en los que esa asistencia se impone como preceptiva, así como las circunstancias en las que se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Más allá del panorama europeo, hay una gran diversidad respecto al momento a partir del cual se garantiza el acceso a la asistencia letrada y a comunicarse reservadamente con el abogado. Por ejemplo, en los Estados Unidos el derecho constitucional a ser asistido por un abogado se reconoce únicamente a partir de que el sospechoso haya sido acusado. Y en China se garantiza la asistencia al detenido, pero no necesariamente durante el desarrollo del interrogatorio policial.

Dependiendo de la fase en la que se encuentre el proceso penal, varían tanto el acceso a la asistencia letrada como las condiciones en las que se producen las comunicaciones abogado-cliente. Por lo que se refiere a la salvaguarda de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente en procesos penales, el estudio de los ordenamientos jurídicos incluidos en este libro revela que aún existen muchos aspectos controvertidos. Ello sucede en particular en cuanto al alcance de la protección frente a injerencias del Estado que afectan al secreto profesional: intentos para obligar a los abogados a testificar sobre las comunicaciones mantenidas con su cliente, requerirles para que entreguen pruebas documentales obtenidas de su defendido, o bien órdenes de entrada y registro en despachos de abogados o interceptación de las conversaciones con sus clientes, ya sea mediante escuchas telefónicas o dispositivos de escucha tanto en domicilios como en centros penitenciarios o de detención, además del acceso —remoto o directo— a ordenadores.

Todas estas cuestiones se han abordado desde una metodología de Derecho comparado, sobre la base de un amplio cuestionario, si bien en este volumen hemos preferido renunciar al rígido formato pregunta/respuesta con el fin no solo de hacer la lectura más amena, sino también de que cada capítulo se centre en aquellos temas que tengan mayor relevancia desde la correspondiente perspectiva nacional.

La estructura del libro incluye en primer lugar un largo capítulo que contiene un análisis comparativo del derecho de asistencia letrada y la protección de la confidencialidad abogado-cliente. Siguen ocho capítulos que, cada uno desde la perspectiva de una ley nacional, examinan esa

misma temática con mayor detalle (aunque el capítulo inicial analiza un mayor número de sistemas nacionales). Todos los capítulos han sido escritos por académicos y profesionales altamente cualificados. A ellos deseo expresar nuestro agradecimiento por su colaboración y su esfuerzo en este proyecto.

Los capítulos nacionales publicados en este volumen se centran, principalmente, en sistemas de la tradición jurídica angloamericana y de la continental-europea, lo cual permite percibir el proceso de gradual convergencia entre el *common law* y el *civil law* en determinadas áreas, así como el proceso de aproximación respecto a la comprensión de los derechos humanos bajo la influencia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y supranacionales.

Es importante hacer notar que, desde el punto de vista del Derecho comparado, el análisis de la garantía de la relación de confidencialidad abogado-cliente no busca definir si estamos ante un trasplante³, una traducción⁴ o un «irritante» legal⁵, por seguir algunas de las metáforas al uso más conocidas. Esas metáforas no parecen demasiado útiles en relación concretamente con el derecho fundamental a comunicarse de forma confidencial con el abogado defensor, pues se trata este de un derecho tan íntima e intrínsecamente vinculado al derecho a la defensa y al derecho a la asistencia letrada, que una importación o transferencia de un sistema a otro no resulta visible. Sin embargo, lo que sí resulta perceptible es la creciente extensión del derecho de acceso a la asistencia letrada y también la convicción de que su infracción debe tener como consecuencia la nulidad de lo actuado. No obstante lo anterior, en lo que concierne a la protección del secreto profesional y la relación abogado-cliente en el proceso penal, quedan amplias zonas de incertidumbre y también de influencias recíprocas entre sistemas. Así sucede, por ejemplo, en relación con la protección del *work product*, o el rol de los abogados internos en relación con los *compliance programmes*. Pero si estas influencias pueden denominarse trasplantes legales o deben etiquetarse como implantes o elementos «irritantes», probablemente no es muy relevante en este contexto.

Retornando al comienzo de estas páginas, el presente estudio de Derecho comparado no va dirigido a definir las relaciones entre ordenamientos jurídicos, sino a identificar cuál es el grado, y las modalidades,

³ A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2.^a ed., Athens-London, The University of Georgia Press, 1993, pp. 8 y ss.

⁴ Metáfora utilizada por M. LANGER, «From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure», *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2004, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707261.

⁵ Expresión que utiliza G. TEUBNER, «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences», *The Modern Law Rev.*, núm. 11, 1998, pp. 11-32, para criticar las disfunciones que pueden generar los trasplantes legales.

de protección de la confidencialidad abogado-cliente en el proceso procesal penal del siglo XXI, con una especial atención a las consecuencias de la digitalización y la internacionalización del proceso. Su objetivo es contribuir a una mejor comprensión de esa relación de confidencialidad, que es esencial para que, en un futuro sembrado de incertidumbres sobre el rumbo de la evolución social y jurídica, el derecho de defensa en el ámbito de la justicia penal se mantenga e incluso se vea reforzado. Un camino que, en un mundo creciente e inevitablemente globalizado, ha de recorrerse de la mano del Derecho comparado.

CAPÍTULO 1

EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA Y LA CONFIDENCIALIDAD ENTRE ABOGADO Y CLIENTE EN EL PROCESO PENAL: ANÁLISIS COMPARADO

Lorena BACHMAIER WINTER
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad Complutense Madrid
L.Bachmaier@der.ucm.es

Stephen C. THAMAN
Prof. emeritus
Saint Louis University (Estados Unidos)
stephen.thaman@slu.edu

1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, el proceso penal se orientaba más a lograr una condena frente a un sujeto acusado, recurriendo con frecuencia a prácticas que le llevaran a confesar el delito y a admitir su culpabilidad, que a garantizar la protección de los derechos humanos. El acusado se enfrentaba ante una poderosa acusación o un juez de instrucción solo e indefenso, a veces con la única ayuda de un guerrero que le representara en los juicios decididos mediante duelo. Estos *champions*, que representaban a aquellos acusados que eran demasiado débiles o ancianos para representarse a sí mismos, podrían quizás considerarse precursores de los abogados en la «batalla» del proceso penal¹.

¹ THAMAN, 2010: 303-304; BACHMAIER WINTER, 2008: 11 y ss.; VOGLER, 2005: 20 y ss.

En los sistemas inquisitoriales del continente europeo y muchos de Asia aparecía regulado el recurso a la tortura para obtener la confesión del acusado; y el abogado, en aquellos procesos en los que estaba prevista su participación, prácticamente no intervenía hasta que había concluido la fase de instrucción. También en el sistema adversarial de Gran Bretaña, el acusado se enfrentaba en el juicio a su acusador sin la ayuda de un abogado, viéndose obligado a declarar, bien admitiendo su culpa y mostrando arrepentimiento o alegando alguna razón que pudiera actuar como atenuante y mitigar la pena, para convencer al jurado que no lo condenara a la pena de muerte². Hay que tener presente que la asistencia letrada en el Reino Unido solo se reconoció en procesos para delitos graves castigados con pena de muerte a partir del siglo XVIII, aproximadamente al tiempo que los tribunales ingleses comenzaron a reconocer también el derecho a guardar silencio³.

Hoy en día, el proceso penal en muchos ordenamientos jurídicos busca obtener la confesión del acusado a través de mecanismos más o menos coercitivos, como la prisión preventiva, sistemas de justicia negociada, decretos u órdenes penales y otros métodos cuyo objetivo es hacer que el acusado renuncie a su derecho a ser juzgado en un juicio oral y público. Si el juicio oral hasta hace poco se consideraba la fase primordial del proceso, la tendencia camina si no a su eliminación, al menos sí a que casi llegue a constituir una excepción.

En ese contexto, el derecho a la asistencia letrada reconocido ya como un derecho fundamental en el constitucionalismo del siglo XX, así como en los convenios internacionales, adquiere una relevancia fundamental para garantizar la presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio y no declararse culpable. Podría decirse que entre el enorme poder del Estado y el individuo sospechoso de un delito solo se interpone el abogado, quien ha de representar eficazmente tanto al cliente culpable como al inocente. Para esa defensa, el sujeto enfrentado a un proceso penal necesita poder confiar en su abogado y tener la seguridad de que lo que le comunique se mantendrá bajo secreto profesional y sin injerencias de terceros.

Se ha afirmado que la confidencialidad entre abogado y su cliente en el proceso penal debe tratarse como el secreto de confesión y que al ser una relación tan crucial para la Administración de Justicia, el deber de confidencialidad de un abogado dura para siempre. En una sentencia de 1981, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró:

«The attorney-client privilege is the oldest of the privileges for confidential communications known to the common law. Its purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their

² LANGBEIN, 2003: 11-40.

³ *Ibid.*: 106-174.

clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice»⁴.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido que el secreto profesional es la base de la relación de confianza entre abogado y cliente⁵ y: «Este privilegio fomenta la comunicación abierta y honesta entre el cliente y su abogado [...] y la comunicación confidencial con el abogado está protegida por el Convenio como una garantía esencial del derecho de defensa. De hecho, si un abogado no pudiera consultar con su cliente y recibir instrucciones confidenciales de él sin ser escuchados, esa asistencia perdería gran parte de su utilidad»⁶.

Y en la sentencia *Viola v. Italia* el TEDH afirmó que: «El derecho del imputado a comunicarse con su abogado sin ser escuchado por terceros es uno de los requisitos básicos del proceso equitativo en una sociedad democrática y se deriva del art. 6.3.c) del Convenio»⁷.

Este capítulo tiene como objetivo ofrecer una visión de Derecho comparado del derecho de acceso a la asistencia letrada como paso previo para abordar el estudio de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente en el ámbito del proceso penal⁸. Si bien muchos de los principios generales del deber de confidencialidad también son aplicables *mutatis mutandis* a la confidencialidad abogado-cliente en procesos civiles y administrativos, el análisis se centra en la regulación, garantías y aplicación en el proceso penal. Se estudiará en primer lugar el alcance del derecho de acceso a la asistencia letrada, en qué etapa procesal y en relación con qué tipo de delitos se garantiza.

Antes de analizar la protección del derecho a la asistencia letrada y su contenido a nivel nacional, se abordarán los principios reconocidos

⁴ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981). Acerca del *lawyer-client privilege* en los Estados Unidos, *vid.* la extensa y completa obra de EPSTEIN, 2017: 5 y ss., en la cual a lo largo de sus dos volúmenes la autora analiza todos y cada uno de los aspectos del *attorney-client privilege* en ese ordenamiento jurídico.

⁵ *André and Another v. Francia*, Appl. núm. 18603/03, de 24 de julio de 2008, para. 41; *Xavier da Silveira v. Francia*, Appl. núm. 43757/05, de 21 de enero de 2010, para 36.

⁶ *Castravet v. Moldavia*, Appl. núm. 23393/05, de 13 de junio de 2007, paras. 49-50. En igual sentido, *Sakhnovskiy v. Rusia*, Appl. núm. 21272/03, de 2 de noviembre de 2010, paras. 102 y 104; *Foxley v. Reino Unido*, Appl. núm. 33274/96, de 20 de junio de 2000.

⁷ *Marcello Viola v. Italia*, Appl. núm. 45106/04, de 5 de octubre de 2006. Si un abogado no pudiera reunirse con su cliente de forma reservada y recibir información e instrucciones del mismo con absoluta confidencialidad, su asistencia perdería mucho de su sentido y utilidad. En igual sentido *S. v. Suiza*, Appl. núms. 12629/87 y 13965/88, de 2 de noviembre de 1991; o *Brennan v. Reino Unido*, Appl. núm. 39846/98, de 16 de octubre de 2001.

⁸ Este capítulo comparado toma como punto de partida el contenido del informe general preparado para el XXth *Congress of the International Academy of Comparative Law*, celebrado en Fukuoka, Japón, los días 22 a 28 de julio de 2018. El presente capítulo es el resultado de reelaborar, ampliar, reestructurar y actualizar ese primer informe.