

RESEÑA A: *INVESTIGACIÓN PENAL, SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO, EMPRESA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS*

BACHMAIER WINTER, L. (coord.),

Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 362.

Autor: Guillermo Schumann Barragán  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal  
de la Universidad Complutense de Madrid

1. El secreto profesional de los abogados es una institución compleja que puede examinarse desde distintos ángulos. Se entiende que la defensa técnica debe basarse en una *relación de confianza*, pues solo así el defendido revelará a su defensor aquellos datos necesarios para su defensa. Con este propósito, la mayoría de los distintos ordenamientos en el ámbito internacional imponen a los abogados una obligación de confidencialidad. Desde una *perspectiva material o sustantiva*, el secreto profesional constituye una *obligación legal* que tiene como objeto proteger la intimidad del cliente y reforzar esa confianza común. El incumplimiento de esta obligación por parte del abogado puede acarrear *consecuencias civiles* —la obligación de indemnizar los daños y los perjuicios derivados de la divulgación de la información—, *disciplinarias e incluso penales* —un delito de revelación de secretos (arts. 199 CP)—.

Para reforzar la protección de esta relación de confianza que requiere la asistencia letrada, los ordenamientos también suelen reconocer determinados *privilegios procesales* —*legal privileges*— asociados al secreto profesional del abogado. Estos privilegios suponen una

suerte de escudo de protección frente al Estado a través del que se preserva aquella relación en la esfera procesal. Desde una *perspectiva procesal*, el privilegio constituye una inmunidad frente a determinadas potestades judiciales asociadas al ejercicio de la función jurisdiccional. Normalmente los privilegios suelen dar a su titular el derecho a negarse a aportar una determinada información o una fuente de prueba. Por su naturaleza, la vulneración de los privilegios procesales tiene *consecuencias procesales*. Sus efectos se suelen reconducir a la institución de la *prueba prohibida* o a la *nulidad del acto procesal* en cuestión —*v.gr.*, una diligencia de investigación—

**2.** La obra colectiva que coordina la profesora Bachmaier Winter y que ahora se reseña aborda el privilegio procesal del abogado —*lawyer-cliente privilege*— en el marco del proceso penal. Y lo hace exhaustivamente desde una perspectiva multinivel, comparada y actual.

La obra es exhaustiva, pues examina en detalle los distintos momentos en los que —cuanto menos en abstracto— puede tener alguna eficacia este privilegio procesal en el proceso penal: *(i)* la entrada y el registro de los despachos de abogados como diligencia de investigación; *(ii)* la interceptación de las comunicaciones —personales, telefónicas o electrónicas— entre el abogado y su defendido; *(iii)* la interceptación de las comunicaciones entre el abogado y su defendido en el marco de la relación de sujeción especial que nace de la prisión provisional como medida cautelar personal; *(iv)* la obligación del abogado de declarar en fase de instrucción o de juicio oral; o *(v)* el requerimiento de que colabore con la investigación y aporte determinadas fuentes de prueba.

La obra adopta una perspectiva multinivel, por cuanto examina el privilegio procesal del abogado desde una dimensión europea y nacional; constitucional y de (mera) legalidad ordinaria. Se ha dicho ya que el *legal privilege* encuentra su fundamento en la protección de la relación de confianza necesaria para la defensa. Por ello, son el *derecho a la intimidad y a la defensa* los pilares sobre los que se apoya esta inmunidad frente al poder estatal. Identificado su fundamento, la obra examina el contenido y la eficacia del privilegio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS). Esta perspectiva multinivel, que es la propia de nuestro complejo sistema de protección de los derechos fundamentales, dota de especial interés —práctico y científico— al tema que se aborda. El operador jurídico se encuentra ante derechos fundamentales —a la intimidad y a la defensa— reconocidos en dis-

tintos textos normativos, con distinto nivel de protección y mecanismos de tutela. Todo ello influye irremediablemente en la eficacia del secreto profesional del abogado en la esfera procesal.

La obra es ante todo actual, pues enmarca el estudio de una cuestión clásica a la luz de fenómenos que son propios de nuestro tiempo. Realidades como la digitalización —de la sociedad y la propia investigación criminal—, la consolidación de la figura del abogado *in-house* en la estructura empresarial, la intensificación de la lucha contra el blanqueo de capitales, la creación y la potenciación de los programas de *compliance* penal o las investigaciones internas irrumpen de lleno en el estudio. Los autores de la obra colectiva no ignoran estas realidades, sino que las abordan e integran en su análisis.

La obra tampoco renuncia a incorporar una perspectiva comparada. Además de la comparación vertical que es propia del sistema multinivel de tutela de los derechos fundamentales, en el libro encontramos un estudio de la protección de la confidencialidad del abogado en Suiza y Brasil. Como se verá, ambos ordenamientos son de especial interés para profundizar en el objeto del estudio.

Por último, debe señalarse que la obra presta particular atención al supuesto de que el propio abogado esté siendo investigado como coautor o cooperador necesario en el proceso penal. Desde luego, lo que no es aceptable es que el abogado lleve a cabo actividades delictivas bajo la protección —y, por tanto, inmunidad— que le otorga el privilegio procesal. Por ello, en estos casos el privilegio procesal se desactiva y cede frente a la investigación del hecho delictivo atribuido presuntamente al abogado. Este es un tema recurrente que también está presente a lo largo de la obra y que, por ello, forma parte del núcleo esencial del estudio que se aborda.

**3.** En relación con el contenido concreto de la obra, en primer lugar, Lorena Bachmaier examina el privilegio abogado-cliente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (capítulo 1). El *legal privilege* es reconocido por el CEDH y, aunque puede encontrar su fundamento en el derecho a la no autoincriminación o el derecho a la defensa letrada (art. 6 CEDH), el Tribunal suele anclarlo directamente en el derecho a la intimidad (art. 8 CEDH).

Fijado su fundamento, se analiza su eficacia en el marco de la *entrada y registro en del despacho del abogado* como diligencia de investigación. Conforme a la jurisprudencia del TEDH, se considera que el despacho del abogado está protegido por el artículo 8 CEDH. Y, por ello, que la autorización de la entrada se somete a los requisitos generales para la limitación de un derecho fundamental: la previsión

legal de la medida, la persecución de un fin legítimo y su justificación en una sociedad democrática. En especial, se explica en qué medida es necesaria una orden judicial que *ex ante* —y en algunos supuestos excepcionales *ex post*— autorice la entrada y marque los límites razonables de la diligencia, evitando abusos y registros totalmente desproporcionados. Ahora bien, una cosa es la autorización de la entrada y el registro del despacho y otra es la protección procesal que se otorga a la información que ahí puede encontrarse. La autorización del registro no supone por sí misma la anulación del privilegio procesal asociado al secreto profesional. Por ello, una vez autorizada, la atención debe centrarse en la *ejecución de la diligencia*. En especial, en las medidas que deben adoptarse para proteger aquella información o fuentes de prueba que realmente estén protegidas por el referido *legal privilege*. En relación con ello, el TEDH suele requerir que esté presente un tercero independiente cualificado que permita identificar qué material no puede ser incautado por estar protegido. También exige que se tomen determinadas precauciones en la investigación de los lugares y el manejo de los dispositivos en los que pudiera haber información protegida. En cuanto a ello, especial interés tiene el análisis que hace la profesora Bachmaier de la llamada *calidad de la ley* en la doctrina del TEDH. Conforme a esta exigencia, la ley que autoriza la medida de investigación debe cumplir con una serie de requisitos: ser accesible, clara y previsible. Estos se materializan en la necesaria concreción legal de los juicios de proporcionalidad de los que depende la licitud de la medida y las propias medidas para proteger la información confidencial. Se trata de una interesante proyección de la dimensión objetiva del artículo 8 del CEDH que —aunque típicamente es eficaz frente al legislador— puede ser la causa de la vulneración del derecho fundamental en un caso concreto. A idéntico examen se somete la eficacia del privilegio procesal en el marco de la interceptación de las comunicaciones personales, telefónicas o electrónicas entre el abogado y su defendido —detenido, en prisión provisional o en libertad—. En relación con la efectividad de la protección que es propia del privilegio en las diligencias examinadas, se concluye que su inobservancia se reconduce a las *reglas de exclusión de la prueba*.

Por último, se examina la relación que existe entre el secreto profesional del abogado y su derecho a que no declare como testigo en el proceso penal; así como la relación del primero con la normativa europea de prevención del blanqueo de capitales —Directiva 2018/1673—. Esta última es una cuestión de especial interés, por cuanto permite profundizar en la interacción y la presunción de protección equivalente (art. 53 CDFUE) que existe entre el CEDH y la CDFUE.

4. A continuación, Jesús González profundiza en el privilegio del abogado en la doctrina del TC (capítulo 2). Primero se reflexiona en torno al fundamento último del privilegio, llegándose a la conclusión de que este se encuentra en el derecho a la asistencia letrada (art. 24.2 CE). Y es que su función principal es la protección de la confianza sobre la que debe desarrollarse la relación abogado-defendido, pues «sin confianza no hay defensa posible».

El análisis particular que lleva a cabo el profesor González García sobre la protección procesal del secreto profesional del abogado pivota alrededor de una cuestión general mucho más amplia que es expuesta brillantemente: la relación que existe entre el TC y la jurisdicción ordinaria en la tutela de los derechos fundamentales. En nuestro *sistema difuso de tutela de los derechos fundamentales*, son los jueces y tribunales aquellos que tienen atribuida de forma ordinaria su protección. Dependiendo del desempeño de su función, es posible que en ocasiones exista un «desplazamiento del centro de gravedad» de la producción jurisprudencial. Si la jurisdicción ordinaria tutela de forma efectiva los derechos —por la correcta aplicación e interpretación de la Constitución o porque la ley aumenta el nivel de protección que deriva *ex constitutione*—, el TC pierde protagonismo en la producción de jurisprudencia. Este desplazamiento del centro de gravedad del TC al TS es claro en el caso del privilegio procesal asociado al secreto profesional del abogado y se comprueba en el estudio de su eficacia en diligencias de investigación específicas.

En relación con la protección constitucional de los despachos de abogados, se constata que existe prácticamente un silencio legal en el ordenamiento español. No existe ninguna norma con rango de ley —y debe recordarse que el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) no lo es— que establezca un régimen específico de protección. Esto ha llevado al TS, sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, a desarrollar y consolidar jurisprudencialmente la protección del despacho de los abogados. El «amparo ordinario» otorgado por la jurisdicción ordinaria hace innecesaria —como algo objetivamente bueno— la ulterior tutela del TC. El centro de gravedad se ha desplazado al TS y, con ello, indirectamente al TEDH —a cuya jurisprudencia se remite el primero—. A idéntica conclusión se llega en relación con el secreto de las comunicaciones —personales, telefónicas o electrónicas— entre el defendido y el abogado. El deber de confidencialidad que se impone a los abogados (art. 542.3 LOPJ) se protege legalmente a través de preceptos como los artículos 118 LECrim o 51.2 LOGP. La vulneración de la protección legal del privilegio procesal tiene como consecuencia que el juez deba destruir las grabaciones de las conver-

saciones y, de esta manera, excluir toda su eficacia probatoria. Pocas son también las resoluciones del TC que aborden directamente la cuestión sobre la base del artículo 18 CE.

La conclusión de Jesús González es clara: la cuestión ha llegado de forma limitada al TC, siendo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el principal «protagonista» en la creación de jurisprudencia sobre la protección procesal del secreto profesional del abogado. El origen de ello puede estar, como se acaba de apuntar, en el hecho de que el legislador ordinario ha aumentado a través de la ley ordinaria el nivel de protección que deriva *ex constitutione* de los artículos 18 o 24 CE o (simplemente) porque el TS tutela de forma eficaz los derechos fundamentales en juego. Ambos casos explican el papel, más bien residual, del TC en la consolidación de la protección procesal del secreto profesional del abogado.

**5.** Posteriormente Álvarez de Neyra aborda la protección procesal de la relación abogado-cliente en la doctrina del TS (capítulo 3). En primer lugar, examina las manifestaciones procesales del deber de confidencialidad del abogado (art. 542.3 LOPJ): la dispensa del deber de denunciar (art. 263 LECrim) y la dispensa del deber de declarar (art. 707 en relación con el art. 416.2 LECrim). Después profundiza en la concreción de la protección procesal del secreto profesional en la jurisprudencia del TS. En especial, en el marco de la intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas entre el abogado y su defendido —en libertad o en prisión provisional—. Específicamente se examinan el reconocimiento legal de la confidencialidad (arts. 118.4 LECrim y 51.2 LOGP) y las medidas disponibles para hacerla efectiva —*v.gr.*, la destrucción de los registros electrónicos o las grabaciones indebidamente realizadas [arts. 118.4 y 588 bis k) LECrim]—. Especial atención se presta a la eficacia del privilegio durante la ejecución de una entrada y registro en el despacho del abogado y el registro de los equipos informáticos. En ambos casos se identifican los derechos fundamentales afectados, la regulación legal de las diligencias y los requisitos para su adopción —en especial, el contenido que debe tener la resolución judicial habilitante—. De interés en este punto son también las medidas disponibles para realizar el registro de los equipos informáticos y su relación con la preservación del secreto profesional del abogado: el clonado o volcado de los datos o la realización de una copia selectiva o parcial.

**6.** Antonio Martínez Santos aborda la protección de la confidencialidad de los abogados que llevan a cabo investigaciones internas dentro de una persona jurídica (capítulo 4). En relación con ello, se



empieza destacando las diferencias que existen entre las investigaciones internas realizadas en el marco de un programa de *compliance* penal (art. 31 *bis* CP) y de aquellas que se llevan a cabo con fines de defensa —*i.e.*, aquellas relacionadas con el diseño de la defensa en un proceso penal eminente o actual—. Las diferencias conceptuales que existen entre ambas —*prevención* o *defensa*— se proyectan en las funciones que tiene atribuidas el tercero que lleva a cabo la investigación —un abogado en ejercicio, en los casos que se examinan—; y con ello, en la protección de la confidencialidad. En la medida en que es la relación de confianza entre el defensor y el defendido el elemento que justifica el privilegio procesal, debe determinarse respecto de cada tipo de investigación si el letrado está actuando dentro de las funciones de asesoramiento y defensa legal.

En relación con las investigaciones internas realizadas en el marco de un programa de *compliance* penal, se plantea la duda de si el letrado está realmente realizando alguna de las funciones que le son institucionalmente atribuidas a su profesión. Sobre la base del artículo 22 de la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y el artículo 39 del EGAE, se llega a la conclusión de que cuando la investigación se lleva a cabo por un abogado en ejercicio, este está determinando la posición jurídica de su cliente frente al Derecho. Y, por tanto, que está llevando a cabo una actividad de asesoramiento legal propia de su profesión. Esto justificaría la protección procesal de la información confidencial a la que tiene acceso el abogado durante la investigación. Menores dudas plantea la protección de la información que obra en poder de los abogados que llevan a cabo investigaciones internas con fines de defensa. En estos casos es evidente la conexión que existe entre la investigación interna y la defensa de la posición jurídica de la persona (jurídica) ante los tribunales. Por ello, en estos casos el *legal privilege* debe considerarse plenamente operativo.

El profesor Martínez Santos también estudia en qué medida la condición externa o interna del abogado que lleva a cabo la investigación puede influir en la protección de la confidencialidad. En relación con ello, se llega a la conclusión de que en nuestro ordenamiento no existen diferencias reales entre unos y otros. A efectos legales, en la medida en que sean abogados en ejercicio y lleven a cabo las funciones institucionales que les son propias, los abogados internos (*in-house*) y externos están sometidos al mismo régimen estatutario, deontológico, y a los mismos derechos y obligaciones.

7. En estrecha conexión con el capítulo anterior, Veronica Lynn examina la protección procesal de la confidencialidad del abogado en

las investigaciones internas en Suiza (capítulo 5). En el ordenamiento de aquel país existe una responsabilidad subsidiaria de las personas jurídicas que se activa cuando no es posible identificar la persona física que actúa en su estructura y es autora de los hechos presuntamente delictivos (art. 102.1 CP). Esto hace que las investigaciones internas tengan un interés especial en la práctica. Ahora bien, a diferencia de España, en Suiza sí existe una diferencia entre los abogados internos (*in-house*) y los externos. Los primeros no pueden colegiarse, pues se considera que no se está en condiciones de ejercer la abogacía de forma independiente. Esto supone que el secreto profesional se imponga como obligación y proteja únicamente a los abogados externos. En relación con la protección de la confidencialidad, se considera que entra dentro de su ámbito tanto el asesoramiento jurídico como su defensa ante los tribunales. Llegados a este punto, la cuestión se centra nuevamente en determinar si la investigación interna realizada por el abogado externo está dentro de ese ámbito institucionalmente atribuido. En la práctica, se señala que conforme a la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo federal suizo, las investigaciones internas exceden claramente de aquello que puede considerarse asesoramiento legal. Y, por ello, no se reconoce el carácter confidencial de la información a la que accede.

En último lugar, Veronica Lynn analiza cómo se manifiesta la protección del secreto profesional del abogado en los procedimientos administrativos y penales, así como el «transvase» de información confidencial que puede existir entre uno y otro. En concreto, se centra en la dispensa del deber del abogado de cooperar en materia de prevención del blanqueo de capitales, el derecho a que no declare como testigo en un proceso penal y el derecho a negarse a entregar fuentes de prueba —derecho que se protege procesalmente a través de una interesante prohibición de incautación de las fuentes de prueba protegidas (*Beschlagnahmeverbot*)—.

**8.** Por último, Gomez de Vasconcellos examina el derecho a la defensa técnica y el secreto profesional en el proceso penal brasileño (capítulo 6). De especial interés para el análisis comparativo es la interacción que existe entre el contenido y los límites del derecho a la defensa letrada en la Constitución brasileña y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2). En cuanto a la protección procesal del secreto profesional —contemplada en el Estatuto de la Abogacía Brasileña (Ley 8.906/1994)—, se examina su ámbito de protección y los supuestos en los que no es operativo. Especial atención se presta a las consecuencias procesales que tiene la inobservancia del privilegio procesal: la nulidad de los actos procesales en cuestión y la exclusión del valor probatorio de la información obtenida.



9. En definitiva, el libro colectivo es una oportunidad excepcional para introducirse y profundizar en el estudio de la protección procesal del secreto profesional del abogado. Se trata, como se ha dicho, de una cuestión de indudable interés científico y práctico. La visión de los autores desde perspectivas distintas —pero en todo momento coordinada— permite alcanzar una visión completa de la protección procesal del secreto profesional. Solo así puede aprehenderse una institución compleja en la que se entremezclan cuestiones materiales y procesales, constitucionales y de (mera) legalidad ordinaria en nuestro sistema multinivel de tutela de los derechos fundamentales.

