



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

Ética profesional: extensión del deber de confidencialidad del
abogado corporativo

Autor: María Julieta Mattei

Legajo: 27278

Mentor: Hugo Omar Seleme

Buenos Aires, 30 de julio de 2021

Índice

- I. Secreto profesional y deber de confidencialidad en general
 - A. Implicancias
 - i. ¿En qué consiste el secreto profesional y el deber de confidencialidad del abogado?
 - ii. ¿Cuáles son las funciones del secreto profesional?
 - iii. Excepciones al deber de confidencialidad
 - B. Responsabilidad del abogado
 - i. Responsabilidad deontológica: Códigos de Ética Profesional
 - ii. Responsabilidad penal: Código Penal y Código Procesal Penal de la Nación

- II. Marco normativo

- III. Justificación del deber de confidencialidad
 - A. Argumentos y justificaciones pensadas para personas físicas
 - i. Promueve el cumplimiento voluntario del derecho;
 - ii. Posibilita que el abogado sea la primera barrera frente al incumplimiento;
 - iii. Dota al sistema judicial de eficiencia;
 - iv. Dota al sistema judicial de legitimidad;
 - v. Alivia las tensiones del rol profesional

- IV. Análisis del deber de confidencialidad abogado corporativo
 - A. Conceptos básicos
 - B. ¿Qué sucede con el privilegio y el deber del abogado corporativo?
 - i. Problemas del abogado corporativo
 - ii. Extensión de las justificaciones para personas jurídicas

- V. Mecanismos de solución (compliance)
 - A. Gobierno Corporativo
 - B. Controles Internos
 - C. Ley 27.401 de Responsabilidad de Personas Jurídicas

- VI. Conclusión

Resumen

El deber de confidencialidad es un principio básico de la ética legal y un deber casi absoluto en el que los abogados están obligados a mantener el secreto, excepto en situaciones extraordinarias. Se presentan ciertos inconvenientes como la tensión que se da entre el deber del abogado para con el cliente y el compromiso que se le exige con el ordenamiento jurídico. También, la falta de claridad en los códigos deontológicos, que no ofrecen la orientación adecuada a los abogados corporativos, quienes deben decidir cómo actuar frente a la compleja situación que se le presenta respecto a revelar o no la mala conducta de la empresa. Este deber se apoya en determinadas justificaciones cuando hablamos de un abogado y su cliente individual. Sin embargo, se debate el alcance de estos argumentos al encontrarse frente a una persona jurídica. El presente trabajo busca observar si esas mismas justificaciones pensadas para personas físicas se pueden trasladar a las personas jurídicas. De este modo, se propone una comprensión integral del secreto profesional y se señalan los problemas a los que se enfrenta el abogado corporativo. Se entiende que resulta necesario aumentar el empeño para mejorar esta situación y se proponen soluciones para fomentar a las corporaciones al cumplimiento de la ley y ser socialmente responsables en el marco del sistema adversario. Entre los mecanismos de solución, se propone: el desarrollo de un buen gobierno corporativo y controles internos.

El deber de confidencialidad y el secreto profesional de los abogados en el ejercicio de su profesión son cuestiones que devienen del Derecho Romano. En la actualidad, al referirnos al deber de confidencialidad del abogado hacemos alusión al deber del letrado de no revelar las confidencias de su cliente. La idea es generar una confianza absoluta entre el abogado y el cliente para que este pueda contar toda la verdad y el abogado, desarrollar su ejercicio profesional. Cabe destacar, que este deber es tanto (1) una obligación ética, que rige el comportamiento de un abogado en todos sus deberes profesionales, como un (2) privilegio probatorio. Haciendo referencia a este último, nace el privilegio abogado-cliente, lo que podría considerarse un obstáculo para averiguar la verdad a causa de que protege las comunicaciones de un cliente a su abogado de ser admitido como evidencia. De manera tal, que la mala conducta del cliente se mantiene en secreto a menos que se descubra el delito y se le pida al abogado que presente los documentos pertinentes o testifique. Por su parte, la obligación ética antes mencionada le atribuye al abogado el deber de promover la administración justa de justicia. En definitiva, el deber ético del abogado respecto a la confidencialidad protege más comunicaciones del cliente que el privilegio probatorio, debido a que este último sólo incluye comunicaciones relacionadas al asesoramiento legal, mientras que la obligación ética protege cualquier información vergonzosa o perjudicial. Adicionalmente, resulta importante remarcar que el deber de confidencialidad está arraigado al sistema adversario, en el que un buen asesoramiento legal es una parte esencial de un proceso judicial justo y efectivo. La Constitución Nacional, da sustancia al debido proceso (art. 18 CN¹) y a la equidad procesal (art. 16 CN²) donde surgen tanto el privilegio contra la autoincriminación como el derecho a un abogado. Dichas garantías constitucionales justifican el privilegio abogado-cliente y el deber ético como cuestiones fundamentales para un proceso judicial justo.

¹ Constitución de la nación Argentina. Artículo 18.- “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. [...]”

² Constitución de la nación Argentina. Artículo 16. - “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

El problema principal que se presenta respecto a este deber de confidencialidad es la tensión que ocurre entre el deber del abogado para con el cliente y el compromiso que le resulta exigible con el cumplimiento del ordenamiento jurídico. Es decir, el abogado cuenta con otras obligaciones éticas en juego que se enfrentan con la del deber del abogado hacia su cliente. Por un lado, los abogados como funcionarios de la corte deben promover la administración justa de justicia. Pero por el otro, si el abogado descubre la mala conducta del cliente, los intereses de su cliente y el sistema judicial entran en conflicto. En concordancia, mientras la valoración del deber de confidencialidad sea mayor, haciendo referencia a que se prohíbe la revelación no consentida aun existiendo amenaza de daño de bienes jurídicos importantes, mayor será el deber fiduciario del abogado y más débil el compromiso con el ordenamiento jurídico. Si bien esta cuestión es bastante analizada respecto a un abogado y su cliente individual, nos lleva a preguntarnos ¿qué sucede respecto al abogado corporativo?

Adentrándonos en este asunto, resulta pertinente explicar que un asesor corporativo es aquella persona que realiza un seguimiento continuo a una empresa o cliente corporativo, brindando asesoría, acompañamiento, apoyo y gestión personalizada una vez creado el vínculo comercial. Asimismo, se los considera guardianes de la conciencia corporativa. De todos modos, el asesor corporativo se enfrenta a problemas únicos. Cabe destacar, que sus clientes son personas jurídicas abstractas que con frecuencia ejercen un gran poder social y económico. Pero lo importante aquí es resaltar que el Código de Responsabilidad Profesional no ofrece la orientación adecuada a los abogados corporativos, quienes se enfrentan a determinar el alcance del deber de revelar la mala conducta del cliente. Por su parte, pareciera ser necesario que los abogados corporativos conozcan todos los hechos correspondientes de una determinada situación para poder asesorar a sus clientes de manera competente respecto a la legalidad de un curso de acción propuesto. Aunque en otro sentido, los funcionarios corporativos, o cualquier cliente, pueden no revelar todos los hechos necesarios a su abogado si no están seguros de que sus conversaciones son confidenciales. En tal caso, de no contar con la información pertinente, la recomendación del abogado podrá ser incompleta y hasta en casos, incorrecta. Por ende, sin contar con la garantía de confidencialidad, las corporaciones podrían negarse a buscar asesoría legal en un curso de acción contemplado, lo que produciría que los clientes corporativos actúen desconociendo si están o no actuando bajo conductas ilegales. Es por esto que parece de suma importancia mantener la confidencialidad del cliente para

alentar el cumplimiento corporativo de la ley y debe equilibrarse con la importancia de descubrir futuros delitos. Bajo esta misma problemática surge la interrogante en cuanto a la obligación de un abogado corporativo de revelar las irregularidades de los clientes. Esta idea de exhibir la mala conducta del cliente trajo propuestas para fomentar a las corporaciones al cumplimiento de la ley y ser socialmente responsables en el marco del sistema adversario. Entre los mecanismos de resolución propuestos, se tratará en mayor profundidad: el desarrollo de un buen gobierno corporativo y controles internos.

El objetivo del presente trabajo es analizar y debatir el alcance del deber de confidencialidad del abogado corporativo. Es decir, ¿qué sucede con el secreto profesional cuando el cliente es una corporación en lugar de una persona individual? Algo debatido es si se pueden extender las justificaciones del deber de confidencialidad pensadas para personas físicas, a las personas jurídicas. Además, enfatizar que resulta necesario sentar las bases para la futura regulación a fin de evitar situaciones complejas y disímiles.

Para ello, en el Capítulo I se explicará en detalle qué es el secreto profesional como principio general. Es decir, en qué consiste, cuáles son sus funciones, y las responsabilidades que acarrea para el abogado, tanto deontológicas como penales. Seguidamente, en el Capítulo II, se hará una breve compilación de la normativa vigente en la Argentina y en Estados Unidos, haciendo especial foco en los Código de Ética. Luego, el Capítulo III, se abocará principalmente al análisis de las justificaciones del deber de confidencialidad pensadas específicamente para personas físicas. Se analizarán las razones que defienden el deber de confidencialidad, estas son: (a) promueve el cumplimiento voluntario del derecho; (b) posibilita que el abogado sea la primera barrera frente al incumplimiento; (c) dota al sistema judicial de eficiencia; (d) dota al sistema judicial de legitimidad; (e) alivia las tensiones del rol profesional. Esto nos conduce al análisis del capítulo IV, en el que se intentará desarrollar cómo extender esas mismas justificaciones a las personas jurídicas. La idea es determinar el alcance y observar si el deber de confidencialidad debería tener la misma extensión en relación con las personas jurídicas o debería ser más restringido, analizando qué sucede en cada caso. Posteriormente, en el Capítulo V se expondrán los mecanismos para resolver estas cuestiones, desarrollando tanto la idea de fomentar un buen Gobierno Corporativo como controles internos en

las corporaciones. Por último, en el Capítulo VI se realizará una conclusión sobre lo expuesto a lo largo del trabajo.

I. Secreto profesional y deber de confidencialidad en general

La confidencialidad resulta ser un principio básico de la ética legal y un deber casi absoluto en el que los abogados están obligados a mantener el secreto, excepto en determinadas situaciones, referidas en los Códigos de Ética Profesional. A lo largo de esta sección se delinearán los aspectos generales del secreto profesional y el deber de confidencialidad del abogado.

A. Implicancias

i. ¿En qué consiste el secreto profesional y el deber de confidencialidad del abogado?

Los abogados se encuentran obligados a guardar todo secreto, confidencia o información que se dé a conocer en virtud de la relación profesional que lo une a su cliente, a esto se lo conoce como “secreto profesional”. Es un principio general de la abogacía, pilar del sistema deontológico, esencial para el correcto desempeño profesional, para la defensa de los derechos de los ciudadanos y para la correcta administración de Justicia. En el ejercicio de su profesión, el abogado, debe poder actuar de manera libre e independiente, sin estar sujeto a cualquier tipo de influencias o presiones, sean estas provenientes de los poderes públicos o privados. Es decir que deben ser libres “en toda la extensión de la palabra” (Azerrad, 2007, p.14).

Entonces, tal como establece Marcos Azerrad en su libro *Ética y secreto profesional del abogado*, entendemos al deber de confidencialidad como “la obligación de no divulgar información ni secretos obtenidos en el curso de la relación abogado-cliente” (2007, p.25). Es un beneficio que el abogado debe mantener a toda costa. El privilegio se encuentra fundado en: (1) la libertad de comunicación entre abogado y cliente y (2) en la obligación de asegurarle al cliente que sus secretos no serán vulnerados. Estas cuestiones se encuentran fuertemente ligadas a la garantía constitucional que se desprende de los artículos 18 y 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, en la que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Dicho de otro modo, el secreto profesional protege el derecho de defensa del justiciable.

En caso de que el abogado viole este deber se aplicarán consecuencias penales debido a la responsabilidad que este tiene por cometer alguna conducta inapropiada. En otras palabras, el profesional debe respetar el secreto ajeno y bajo ningún pretexto puede delatarlo, ya que estaría atentando contra la confianza que el cliente le depositó. Dicha obligación inicia al momento en que el cliente realiza una primera consulta al abogado y continúa vigente hasta una vez finalizada la relación laboral y prestados los servicios profesionales, incluso hasta después de la muerte. Es decir que perdura a través del tiempo. La obligación del secreto también existe para aquel que simplemente solicitó una consulta pero no llegó a ser cliente del abogado.

Para enfatizar la importancia del deber de guardar el secreto y del rol que cumple el abogado, resulta interesante destacar las relaciones que deben tener los abogados con sus clientes. Estas se encuentran detalladas en las Normas de Ética profesional del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. En su artículo 25 se describen de forma detallada las obligaciones que tiene el abogado para con el cliente. Este debe gestionar y defender los intereses de su cliente, quien cuenta con el derecho a los beneficios de todos los recursos y defensas que autoriza la ley, y a su vez espera que su abogado recurra a todos esos recursos y defensas. La misión del abogado debe efectuarse dentro de los límites de la ley, y debe obedecer a su conciencia y no a la de su cliente. Asimismo, el artículo 26 hace hincapié en la fidelidad del abogado hacia el cliente y en el secreto profesional como cuestiones que le impiden aceptar asuntos posteriores que afecten el interés del cliente, "con respecto a los cuales se le haya hecho alguna confidencia". Otra cuestión que cabe destacar es ver qué sucede si el cliente se comporta de manera incorrecta. Por su parte, el artículo 32 establece que el abogado debe encargarse de que sus clientes no violen las normas y vigilar que guarden respeto a todo aquel que intervenga en el asunto, sean estos funcionarios, magistrados, abogados, terceros, incluso a la contraparte. En caso de que el cliente no colabore, el abogado debe renunciar al patrocinio. Lo mismo sucede si el abogado descubre en el juicio una equivocación o un engaño que beneficie de manera injusta a su cliente. Lo primero que debe hacer es comunicárselo a su cliente para que lo corrija y desista al provecho que pueda llegar a obtener, pero en caso de que el cliente no esté conforme, el abogado deberá renunciar al patrocinio.

ii. ¿Cuáles son las funciones del secreto profesional?

El secreto profesional del abogado se puede entender conjuntamente como un deber, un derecho y como una obligación de guardarlo. “Encuentra su fundamento en el principio de la inviolabilidad de la persona humana, de su intimidad y en la vida privada” (Azerrad, 2007, p.42). El silencio profesional no se puede pasar por alto y expresa carácter moral, ético y legal. Así como se mencionó, el abogado debe comprometerse a no revelar la información ya que su quebrantamiento acarrea responsabilidad deontológica y penal. A través de la relación laboral, entre el cliente y el abogado se genera una relación de confianza, intimidad y lealtad, en la que el cliente posee la seguridad de que el abogado guardará sus confidencias. De aquí resulta que el secreto profesional es fundamental para lograr, entre el abogado y el cliente, esa plena libertad de expresión y comunicación entre ambos. Esto convierte al abogado en protector jurídico de los derechos y de la información de su cliente.

Este deber, es un derecho que posee alta jerarquía por emanar de la Constitución Nacional Argentina, principalmente en los artículos 18, 19 y 75 inciso 22. Por un lado, el artículo 18 establece que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...]” y que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. Además, explica que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”, como también son inviolables, el domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, pero se podrá proceder a su allanamiento y ocupación a través de una ley que indicará en qué casos y bajo qué justificativos se podrá realizar. Por el otro, este derecho se sustenta en el derecho a la intimidad expreso en el artículo 19 (también en el art. 1071 bis del Código Civil Argentino) en la que quedan reservadas a Dios, todas las acciones privadas que no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. Por último, el artículo 75 inciso 22 dispone que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, [...] tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.” Es decir, el artículo otorga de manera directa jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente, y además prevé que, mediante un procedimiento especial, otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también esa jerarquía constitucional. Se interpreta, a través de los artículos

mencionados, que se garantiza el derecho de defensa del ciudadano, se tutelan libertades, garantías individuales y derechos constitucionales. El derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales es un derecho fundamental y para hacerlo efectivo la Constitución reconoce y protege el derecho de defensa del ciudadano y la prohibición de obligación de declarar contra sí mismo, acompaña también, garantizando que los abogados puedan cumplir con su labor.

En cuanto al secreto profesional como deber, se entiende que el experto en derecho tiene el deber respecto de la obligación de mantener en reserva las confidencias a fin de tomar por adelantado las medidas necesarias para proteger los intereses de su defendido y de garantizar su derecho de defensa de forma eficaz y efectiva. Resulta importante destacar que el abogado, debido a su profesión, tiene la labor ética de velar por la justicia en búsqueda del interés común. Es por esto que, desde el momento en que conoce la información que le revela el cliente tiene el compromiso de no divulgarla. Caso contrario, afectaría tanto el interés personal del cliente como el de la sociedad en general.

El vínculo entre el secreto profesional y el deber de confidencialidad está dado por el hecho de que el abogado no puede develar los datos que obtiene de su cliente y bajo ningún pretexto puede traicionarlo. El abogado tiene una obligación legal y constitucional de guardarlo. Asimismo, el secreto profesional y el derecho de defensa están relacionados. Para que el abogado tenga suficientes recursos para preparar una defensa efectiva, resulta necesario que el cliente tenga plena confianza y seguridad en aquel y le deposite todos sus asuntos sin reserva alguna, en otras palabras, que se exponga frente al abogado con plena libertad y sin guardarse información. Para lograr esta cercanía, es tarea del letrado explicarle al cliente que existe la inviolabilidad del secreto y que todo lo que se converse entre ellos quedará resguardado. Es por deber, obligación y por sus valores éticos. A su vez, el abogado tiene el deber de fidelidad frente a su cliente. La violación de este principio es una causal de falta de ética jurídica. En esencia, el deber de sigilo es uno de los más importantes para el profesional a la hora de ejercer su ocupación, resultando necesario que preserve y custodie todo tipo de información, esto se vincula directamente con el deber de confidencialidad.

Acerca de la naturaleza del secreto profesional como derecho, se entiende que los abogados pueden hacer valer el secreto profesional ante los jueces, autoridades y ante terceros que intenten averiguar

los hechos que le fueron confiados en ejercicio de su profesión. Esto se encuentra fijado en artículo 10 del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal de Argentina, que señala que el abogado debe oponerse ante los jueces y negarse a responder preguntas que lo expongan a violar el secreto, salvo que el cliente así lo autorice o se tratare de su propia defensa. Por el contrario, en el caso de que viole dicho deber y exponga las confidencias de su cliente, tales declaraciones se considerarán nulas e inexistentes. Para cada caso en particular, es el abogado quien determina qué será lo más conveniente a los derechos e intereses de su defendido. Además, es esencial que el abogado genere un ambiente de confianza y muestre credibilidad no solo hacia sus clientes sino a la sociedad, visto que el secreto profesional trasciende el orden moral, el orden público y la dignidad de los seres humanos.

Entonces, concluimos que se entiende como derecho y deber, porque garantiza el derecho de defensa de un ciudadano. También, es un derecho para el profesional, permitiéndole ejercer su trabajo de forma libre. A su vez, ofrece un beneficio al cliente, protegiendo su secreto de posibles coacciones por parte de quienes intenten hacerle declarar la información reservada y que puedan perjudicarlo. Así entonces, el abogado puede resguardarse invocando el deber de confidencialidad y el secreto profesional. Por el contrario, el incumplimiento de este deber de secreto puede derivar en responsabilidad disciplinaria, civil o penal para el abogado. Y, la información que haya sido aportada vulnerando el secreto profesional carece de valor probatorio por el simple hecho de haber socavado el derecho a la defensa y a la intimidad del representado.

Por último, añadimos que es también una garantía, ya que el Estado impone un deber especial, a través del secreto profesional, con el fin de preservar su eficaz cumplimiento. Para lograr esto, resulta necesario contar con adecuada legislación y con el fomento de una cultura de respeto, principalmente para aquellas profesiones que tienen implicancia con la promoción de derechos y libertades públicas, como ocurre en la abogacía, pero también para el ejercicio de las profesiones en general.

En síntesis, el abogado tiene la obligación de guardar discreción sobre todos los datos obtenidos, hechos y circunstancias que le fueron confiadas por el cliente en virtud de la confianza, profesionalismo y lealtad que ha demostrado. Se establece una relación mutua de confianza a fin de

garantizar el ejercicio profesional sin restricción alguna, para que el protegido se sienta cómodo a la hora de exponer hechos, datos, documentos y toda información relevante a sus abogados, ya que sabrán que cuentan con plena seguridad de que toda esa data será guardada y protegida.

iii. Excepciones al deber de confidencialidad

El cumplimiento de esta obligación se encuentra relacionado a lo que establecen los Códigos de Ética Profesional de los abogados. Este respeto a las confidencias recibidas se extiende a los empleados del Estudio Jurídico y a cualquier persona que trabaje con él. Además, el deber de secreto profesional no posee límite temporal, es decir, que es un deber que perdura en el tiempo incluso aunque la prestación de los servicios al cliente haya finalizado. De todos modos, existen excepciones al deber de confidencialidad.

Primero y principal, resulta oportuno distinguir entre las tres situaciones que pueden acontecer para que el deber sea dejado de lado para permitir la revelación de la información. Comenzamos con la causal de excepción, aquí el deber de confidencialidad cede frente a otra consideración que posee más fuerza, pero esto no implica que desaparece sino que es dejado de lado en esa situación específica. Luego, la causal de extinción, en la que el deber directamente perece, de modo que ya no existe ninguna conducta del abogado que pueda quebrantarlo. Es decir, que las razones que se daban para guardar la información ya no están más. Por último, puede suceder que el deber no tenga lugar, directamente el deber no aparece porque no se dan todas las circunstancias necesarias para que el deber de confidencialidad aparezca (Seleme, s.f.).

Entonces, entendemos a las causales de excepción del deber de confidencialidad, cuando el deber cede frente a otra consideración que posee más fuerza que el deber de no revelar información confidencial. En este contexto, las razones a favor de mantener el secreto siguen existiendo pero fueron ponderadas y derrotadas por otras consideraciones en sentido contrario de mayor valor (razones en conflicto). Es decir, que surgen motivos para revelar la información con más carácter y robustez que los motivos que justifican el deber de guardar el secreto, por lo tanto, surge un permiso para revelar por la excepción. De todos modos, existen algunas restricciones. Antes de proceder a la revelación, el abogado, debe fijarse si existen otros cursos de acción que resulten menos graves que

delatar e intentarlos. De no existir otras alternativas y exponer la información sea la única opción existente, el abogado debe cerciorarse de que el monto de información revelado y el número de personas a las que se brinda acceso sea el mínimo. En tal sentido, debe revelar lo justo y necesario como para satisfacer aquellas razones o circunstancias que justificaron que el deber cediera. En síntesis, el abogado no puede quebrantar la confidencialidad en caso de haber un curso de acción alternativo, o si la cantidad de datos revelados y el número de personas expuestas supera el mínimo solicitado.

A continuación, algunas de las causales de excepción se pueden ver identificadas principalmente en: el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal de Argentina, en las Normas de Ética Profesional de la Provincia de Buenos Aires y en las Reglas Modelo a la “ABA”. Cabe destacar, que el problema reside en que se produce una colisión de deberes, por un lado, el abogado tiene el deber y la obligación de colaborar con la justicia, por el otro debe cumplir a la hora de guardar el secreto profesional. En caso de conflicto prevalece el secreto profesional porque garantiza el libre ejercicio de la abogacía y el derecho de defensa de los ciudadanos. No obstante, se dan dos excepciones al secreto profesional del abogado escritas en el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal de Argentina en su artículo 10 inciso (h), en el que señala que sólo queda exceptuado; (1) cuando el cliente lo autorice. Es decir, que permite revelar el secreto mediante consentimiento o autorización del representado. O, (2) si se tratare de su propia defensa. Esto es, cuando el abogado lo necesite para demostrar su inocencia y revelar los secretos sea la única vía, en cuyo caso debe asegurarse de divulgar lo necesario.

En la misma línea, las Normas de Ética Profesional del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires han aceptado otras situaciones que permiten dejar de lado el secreto profesional del abogado, a pesar de que las trata equivocadamente como causales de extinción, son excepciones (Seleme s.f.). Por ejemplo, en el artículo 12 incisos I y II, explica, al igual que el artículo 10 inciso h recién mencionado, que “la obligación del secreto profesional cede a las necesidades de la defensa personal del abogado, cuando es objeto de acusaciones por su cliente.” De todos modos, en esos casos podrá revelar solo lo que considere indispensable para su defensa. Otro ejemplo que agrega para levantar el secreto profesional es “cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer delito”, esto es, para impedir un delito. Aquí, “la reserva de la confidencia queda librada a

la conciencia del abogado, quien, en extremo ineludible, agotados otros medios, puede hacer las revelaciones necesarias para prevenir el acto delictuoso o proteger a las personas en peligro.” En otros términos, si el abogado, durante el ejercicio de su profesión, toma conocimiento de la intención de su cliente de producir un hecho ilícito, debe intentar persuadirlo y en caso de fallar debe delatarlo a las autoridades. Este artículo hace mención a la conciencia del abogado. Se puede interpretar que, en su fuero interno, el abogado es quien decide si vulnera o no el secreto profesional tomando en cuenta varios factores, principalmente el bienestar de su cliente. El abogado no solo debe cumplir con su deber de conciencia sino también con los postulados de la justicia, por ser auxiliar de esta, y con la sociedad, por ser un servidor del interés social.

Conjuntamente, el artículo 11 expresa firmemente que “el abogado debe guardar rigurosamente el secreto profesional”. En el segundo inciso, especifica que “la obligación de no revelar el secreto es absoluta. El abogado no debe admitir que se le exima de ella por ninguna autoridad o persona, ni por los mismos confidentes. Ella da al abogado el derecho ante los jueces, de oponer el secreto profesional y de negarse a contestar las preguntas que lo expongan a violarlo.” Este artículo parece ir en sentido contrario a los recientemente mencionados, que permiten la divulgación en determinadas situaciones, por motivar que la idea de guardar el secreto es absoluta.

Por último, mencionamos la Regla 1.6 inciso (b) de las Reglas Modelo de la ABA que enumera un listado de excepciones. El abogado podrá revelar siempre que lo crea necesario para: (1) prevenir muerte o daño físico sustancial; (2) prevenir que el cliente cometa un crimen o fraude; (3) prevenir, mitigar o rectificar un daño sustancial a los intereses financieros o a la propiedad de otra persona; (4) asegurar el asesoramiento legal acerca de la obediencia del abogado a estas reglas; (5) establecer un reclamo o defensa del propio abogado en una controversia entre el abogado y el cliente; (6) cumplir con una ley o una orden judicial; o (7) detectar y resolver conflictos de intereses que surjan del cambio de empleo del abogado o de cambios en la composición o propiedad del estudio jurídico; pero solamente si la información divulgada no afecta el privilegio abogado-cliente o daña de cualquier modo al cliente.

B. Responsabilidad del abogado

De modo contrario, en este punto, se expondrá cuando hay responsabilidad del abogado como consecuencia de quebrantar el deber de secreto profesional. Para ello, se analizarán tanto los Códigos de Ética Profesional como el Código Penal y el Código Procesal Penal, que señalan también las posibles sanciones.

En resumidas cuentas, si el abogado viola el deber de secreto se ven quebrantados varios principios, como el de inviolabilidad e intangibilidad del secreto confiado, el juramento de fidelidad y lealtad. También, vulnera la privacidad y la dignidad de la persona humana y derechos humanos básicos consagrados en la Constitución, el derecho a la libertad y a la vida privada. “La exigencia de la preservación del secreto profesional y el deber de confidencialidad es una exigencia de la moral, la ética y el orden público, porque de lo contrario se afectaría la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio (arg. arts. 18, y 75, inc. 22, C.N.)” (Azerrad, 2007, p.101). Es por esto que se sanciona la violación de este principio tanto en materia deontológica como penal. Vale aclarar, que el objeto de la violación del secreto profesional no implica solamente difundir las confidencias que hace el cliente con su abogado, sino que incluye también, todos los hechos, circunstancias, sentimientos propios o ajenos, documentos de la contraparte, de colegas y terceros que se hayan producido durante el ejercicio de su profesión.

(i) Responsabilidad deontológica: Códigos de Ética Profesional

La responsabilidad deontológica se desencadena a partir del incumplimiento de las normas que se encuentran reguladas en los Códigos Deontológicos. Por ejemplo, en este caso en particular, estaremos ante una conducta contraria a una norma de este tipo, cuando el abogado haga publicidad y revele “directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional” (Azerrad, 2007, p.283). Estos Códigos, a su vez, reglamentan el ejercicio de la profesión y contienen las respectivas sanciones. Así, el abogado tiene la obligación jurídica de actuar de forma tal que no infrinja las conductas establecidas en los Códigos de Ética Profesional impuestas como correctas.

Resulta importante comenzar definiendo el concepto de “deontología”, este “se refiere a los deberes que cada persona tiene consigo misma y con los demás”. Esta disciplina analiza “ el conjunto de

deberes morales, éticos y jurídicos con que debe ejercerse una profesión liberal determinada” (Del Castillo, 2014, p.5). Establece como principios rectores de la conducta del abogado, los valores: justicia, equidad, bien común, lealtad, seguridad jurídica, entre otros. Se ocupa de estudiar los deberes y las obligaciones del profesional del derecho. Por su parte, el abogado debe comprometerse con determinados principios imprescindibles como: independencia y libertad; principio de dignidad e integridad; y de información y secreto (Arguello Miño, 2011).

Insistiendo, el profesional, tiene que tener en cuenta los deberes éticos que tienen frente a sus clientes y a la sociedad. En efecto, tienen la obligación moral y el deber ético de mantener la confidencialidad de los asuntos de privacidad del cliente, lo que se fundamenta en la defensa de la intimidad del mismo y transgredirlo hace que sea un atentado contra la vida privada del cliente y contra su derecho a la intimidad, como también pueden estar en peligro derechos fundamentales de terceros. Por lo tanto, tienen el deber de defender los intereses legítimos de privacidad del individuo, y además prometer no transgredir el derecho a la intimidad tanto del cliente como de su familia, que son quienes brindan información confidencial. Vulnerar este deber implica quebrar la confianza que se produce a través de la relación abogado-cliente y ocasionar un menoscabo al honor, intimidad e imagen del representado.

Para concluir, entendemos que existe para el abogado, la responsabilidad jurídica y la ética. La primera, se identifica como exigencia externa al profesional. La segunda, se manifiesta en el fuero interno del abogado y consiste principalmente en su moral, es independiente de la responsabilidad jurídica. Mientras que, respecto al campo jurídico, este supone una prolongación del ético. De todas formas, ambos tipos de responsabilidad se complementan. Es decir, que encuentran aspectos en común, se produce un proceso de encuentro entre el juicio ético y la pauta jurídica, lo que lleva a tomar una decisión ética acertada (Arguello Miño, 2011).

Por su parte, es relevante la Ley N° 5.177, que regula el ejercicio de la Profesión de Abogado y Procurador (y la reglamentación general aprobada por el Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires) enumera en su artículo 25 las causas por las que quedan sujetos a las sanciones disciplinarias los abogados matriculados en el Colegio de Abogados, y entre ellas, hace mención en el inciso 6 a los “Retardos o negligencias frecuentes o ineptitud manifiesta y

omisiones en el cumplimiento de las obligaciones y deberes profesionales.” Y, en su inciso 7 refiere a la “Violación a las normas de ética profesional establecidas en el Código respectivo, sancionado por el Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia.” Adicionalmente, el artículo 58, inciso 6, dispone como obligación de los abogados “Guardar secreto profesional respecto de los hechos que ha conocido con motivo del asunto que se le hubiere encomendado o consultado, con las salvedades establecidas por la Ley.” En caso de omitir el cumplimiento de esta obligación, establece en el artículo 28 las sanciones disciplinarias, esta son: “1. Advertencia individual o en presencia del Consejo Directivo, según la importancia de la falta; 2. Multa, hasta un importe equivalente a cien (100) jus arancelario; 3. Suspensión en la matrícula profesional, hasta dos (2) años y 4. Exclusión de la matrícula profesional.”

(ii) Responsabilidad penal: Código Penal y Código Procesal Penal de la Nación Argentina

De igual modo, va a existir responsabilidad penal para el abogado cuando viole el deber de confidencialidad, es decir, en el momento en que el abogado divulga la información, pero, sin una justa causa que justifique ese accionar ilícito, y que, como consecuencia de ello se pueda generar un perjuicio para su cliente.

En nuestro sistema penal argentino, la violación de secretos en general está regulada en el Código Penal de la Nación Argentina, en el Libro Segundo “De los delitos”, Título V “Delitos contra la libertad”, Capítulo III “Violación de Secretos y de la Privacidad”, a través de los artículos 153/157 bis. Destacamos el artículo 156 que hace referencia a la violación del secreto profesional estableciendo que “será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.” Se interpreta entonces, que el Código Penal tipifica como delito la revelación del secreto, refiriéndose a la acción de comunicarlo y ponerlo en conocimiento de un tercero, sin justa causa y que esa información se haya obtenido por la actividad propia de su ejercicio profesional, es decir, que lo conoce a causa de su actividad. Cabe aclarar que, la condición secreta depende del interés legítimo que alguien pueda tener en que aquél conocimiento no se revele ni divulgue. El delito se verá consumado con la revelación y tiene que crear la posibilidad de

ocasionar un perjuicio potencial material o moral para ser punible. Entendiéndose que puede tratarse de un daño de cualquier índole: físico, moral, la posibilidad de lesionar el honor, la fama, el patrimonio, o, a cualquier bien jurídico de la persona misma cuyo secreto se revela o de un tercero. En suma, la confidencialidad es de carácter obligatorio y transgredirla puede ser punible. La ley exige que exista la posibilidad de producir un daño, que sea temido, potencial, cuya existencia o inexistencia deberá ser apreciada en cada caso. La idea de la ley penal, al proteger la afectación del bien jurídico, es custodiar y preservar el orden o interés social y proteger la libertad del individuo y su intimidad (Creus, Buompadre p.395-400).

Por su parte, el Código Procesal Penal de la Nación, en su Libro II: Instrucción, Título III “Medios de prueba”, Capítulo IV “Testigos”, establece en su artículo 244 el deber de abstención: “Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: [...] los abogados, procuradores y escribanos [...]”. Se pone de resalto en este artículo el segundo párrafo, en el que establece que, entre otros, el abogado, “no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado, salvo las mencionadas en primer término. Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, el juez procederá, sin más, a interrogarlo.” Se introduce así, a través de la ley procesal, la “justa causa” del recientemente mencionado artículo 156 del Código Penal. En otras palabras, el artículo 244 del Código Procesal Penal establece el supuesto en el que el cliente decide liberar al abogado del secreto, pero éste quiere conservar la confidencialidad de los mismos, se entiende que no podrá hacerlo porque queda obligado a declarar bajo juramento legal.

Para el caso en que el abogado se rehúse a declarar, este podrá ser capaz de incurrir en el delito tipificado en el artículo 243 del Código Penal, que señala que "Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo [...] se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva [...]" Además, tal negativa puede resultar en arresto por hasta dos días, según lo dispuesto en el artículo 247, en su segundo párrafo del Código Procesal: “Si después de comparecer el testigo, se negare a declarar, se dispondrá su arresto hasta por dos días, al término de los cuales, cuando persista en la negativa, se iniciará contra él causa criminal.”

En definitiva, por un lado el Código Penal tipifica que nadie puede violar el secreto profesional sin justa causa, es decir, permite revelar pero debe existir una causa que lo justifique. Por otro lado, el Código Procesal le permite al cliente decidir si quiere continuar guardando o no el secreto profesional que depositó en su abogado. Si el cliente decide relevar a su abogado de la obligación de guardar secreto, este deberá decidir entre: obedecerlo y revelar la información o, no hacerlo y quedar sometido a proceso por negarse a hacerlo. Pero, a la vez, dispone que el abogado no puede negarse a testificar cuando sea liberado del deber de guardar el secreto profesional por el cliente, entonces al darse la “justa causa” del art. 156 del Código Penal, el abogado no cometerá el delito de violación de secretos. Se identifica la “justa causa” del artículo, con la voluntad del cliente, quien si desea puede obligarlo a declarar testimonialmente en una causa de su interés (Munilla Lacasa).

Se entiende a la justa causa como el requisito que exime de responsabilidad penal a su autor y por ende legitima la revelación del secreto profesional. Existen tres causas de justificación que excluyen la culpabilidad: El art. 34, inc. 3 del Código Penal expresa que no es punible, (1) “el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”; (2) legítima defensa del art. 34, inc. 6 del Código Penal "El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”; y (3) ejercicio de un derecho, por ejemplo legítimo cobro de honorarios profesionales (Creus, Buompadre, p.398).

II. Marco normativo

Continuando con una comprensión más detallada acerca del secreto profesional y el deber de confidencialidad resulta pertinente plasmar la normativa disciplinaria, citando las normas y artículos relevantes que regulan el tema de interés. Esto es indispensable para comprender que el deber de confidencialidad surge de las normas que determinan una sanción para la conducta desleal de violar la confianza del cliente. Como se menciona, dentro de estas normas se encuentran las disciplinarias, contenidas en los Códigos de Ética Profesional. Por su parte, tanto las normas, como la jurisprudencia y la doctrina intentaron establecer los límites del deber de confidencialidad. El propósito de estas regulaciones es evitar que el abogado revele información confidencial y aplicar

un castigo a quien lo hiciere (Seleme, s.f.). Además, tal como se vio en el apartado anterior, se ve reflejada la importancia de la confidencialidad ya que también es regulado por normas penales, procesales y civiles. Adicionalmente, resulta útil traer a colación las Model Rules de la American Bar Association (“ABA”), puesto que se trata de normativas muy distintas a las locales.

Respecto a la normativa vigente Argentina, los Códigos de Ética regulan la materia, y se dictaron en el ámbito de los Colegios de Abogados. Comenzando por el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, este señala, en el Capítulo 3, artículo 10, inciso (h), que es un deber inherente al ejercicio de la abogacía que el abogado respete de manera estricta el secreto profesional, pero le permite revelarlo cuando así lo autorice su cliente.

En lo que respecta al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, añadimos que fue creado por la Ley de Colegiación Legal Obligatoria 23.187, sancionada en el año 1985. Esta ley establece los requisitos para el ejercicio de la profesión en la Capital Federal. En otras palabras, en dicha legislación se encuentra el modo de actuar del abogado a la hora de ejercer su profesión y establece derechos y deberes. Impone, en el artículo 6 inciso (f), como deber específico del abogado, “observar con fidelidad el secreto profesional, salvo autorización fehaciente del interesado”. A su vez, el artículo 7 inciso (c) establece como derecho específico el de guardar el secreto profesional. Es importante destacar, que es fundamental hacer efectiva la aplicación de esta ley para garantizar la protección de la libertad y dignidad del abogado, de modo que si este es libre e independiente podrá asegurar el debido proceso legal y el acceso de los ciudadanos a la justicia, en igualdad de condiciones y oportunidades.

Paralelamente, las Normas de Ética Profesional del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en vigencia desde el 1 de agosto de 1954, ordena en su sección primera, las normas generales para el ejercicio de la profesión. Entre estas, el artículo 11 pone de manifiesto el secreto profesional, determinando que el abogado debe guardarlo de manera rigurosa. Asimismo, en su segundo inciso, refuerza esta idea dictaminando que; “La obligación de guardar secreto es absoluta. El abogado no debe admitir que se le exima de ella por ninguna autoridad o persona, ni por los mismos confidentes.” El abogado tiene el derecho ante los jueces, de oponer el secreto profesional y de no contestar las preguntas que lo expongan a violarlo. Además, el artículo establece la extensión y el

alcance del secreto. En cuanto a su extensión, el secreto profesional abarca tanto las conversaciones con el cliente, como las mantenidas con el abogado de la parte contraria. También, guarda todos los documentos, hechos y conversaciones con terceros que conozca a través de su labor profesional (inc. I), y agrega que debe existir consentimiento previo del confidente respecto a los asuntos relativos a un secreto confiado con motivo de su profesión (inc. III).

Luego, la ya mencionada Ley 5.177, establece las bases para el ejercicio y reglamentación para ejercer la profesión de abogado y procurador en el territorio de la Provincia de Buenos Aires. Primero, cabe destacar que en el artículo 27, inc. b, del reglamento aprobado por decreto 2885/01, se impone al Colegio de Abogados de la Provincia la obligación de dictar Normas de Ética para los abogados, lo que confirma la relevancia que se le adjudica a estos códigos. Por otra parte, en el artículo 58 enumera las obligaciones de los abogados y procuradores, ordenando en el inciso sexto, la obligación de “Guardar secreto profesional respecto de los hechos que ha conocido con motivo del asunto que se le hubiere encomendado o consultado, con las salvedades establecidas por la Ley.”

Por último, pero no menos importante, están las Normas de Ética Profesional del Abogado de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA). Del mismo modo, entre sus reglas se refiere al secreto profesional, más precisamente en la norma nro. 16, donde prevé que el secreto es un deber y un derecho del abogado. “Es hacia los clientes un deber de cuyo cumplimiento ni ellos mismos pueden eximirle: es un derecho del abogado hacia los jueces, pues no podría escuchar expresiones confidenciales si supiese que podía ser obligado a revelarlas.” A su vez, expresa que en caso de que llamen al abogado a declarar como testigo, este debe concurrir y obrar con absoluta independencia de criterio, pero puede negarse a contestar las preguntas que considere a su juicio, capaces de violar el secreto profesional. Por consiguiente, el secreto profesional implica un derecho y una obligación, debe defender y proteger las confidencias realizadas de un cliente a su abogado.

Ahora bien, examinando estas normas en conjunto con las establecidas en el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación (vistos en el apartado anterior), se observa un severo conflicto de intereses, ya que no logran conciliarse unas normas con otras. Por un lado, se encuentra el interés social que busca la verdad en juicio y por ende protege la administración de justicia. Por el otro, el

interés social que implica preservar el secreto, lo que fortalece la libertad individual y la intimidad de las personas. A esto se añade, que se puede vulnerar la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN) en caso de que se amenace al abogado a declarar bajo juramento para que revele las confidencias. De más está decir, que esta garantía es fundamental y constituye la base, soporte y parte esencial del andamiaje legal (Munilla Lacasa s.f.).

Como se advierte, la protección al secreto profesional y por ende al deber de confidencialidad puede proceder de una norma legal, de una regla ética de la profesión o puede no existir. De todos modos, en palabras de Caldés Lizana, sin importar cuál sea el sistema aplicable, en la profesión de abogado, el secreto profesional es de su esencia. Es la fe, los destinos de la vida, la libertad, el honor, los bienes, el futuro de una persona o familia que el cliente deposita en el abogado, quien debe actuar con conciencia, honorabilidad, decoro y dignidad. El secreto pertenece solo al que le consulta, es sagrado y no puede traicionarlo (como se cita en Azerrad, 2007). Así mismo, se expresa en el primer artículo de las Normas de Ética Profesional. En este se describe la esencia del deber profesional y la conducta del abogado, quien debe servir a la justicia y colaborar con su administración. Debe proceder con probidad, lealtad y dignidad. También, debe consagrarse plenamente a los intereses de su cliente y poner todo su empeño en lograr la mejor defensa posible, siempre sujeto a lo que prescriben las normas morales. Su buena conducta supone un buen concepto público de la vida privada del abogado. Recapitulando, guardar un secreto es un derecho humano básico y esencial y es distinguido en pactos y convenciones internacionales. Así, el secreto profesional y el deber de confidencialidad son reconocidos en la abogacía de todo el mundo con la diferencia de que en algunos lugares se exige una guarda más estricta que en otros.

Para comprender un poco más sobre las diferentes legislaciones aplicables se estudiarán las Model Rules of Professional Conduct (MRPC) de la American Bar Association (ABA), normativa aplicada en Estados Unidos que cuenta con mayor detalle. La ABA estableció un conjunto de reglas modelo de conducta ética y de disciplina profesional para los miembros de la profesión legal en los Estados Unidos. Como su nombre lo indica, sirven de modelo, esto quiere decir que no son vinculantes, es una mera recomendación con influencia en muchas jurisdicciones y deja espacio para adaptaciones específicas de cada estado. Como menciona la ABA, la misión que tienen es servir a sus miembros, a la profesión y al público por igual, defendiendo la libertad e impartiendo justicia como

representante nacional de la profesión jurídica.³ En tal sentido, los abogados deben actuar de manera profesional, esto implica obedecer la ley, evitar conflictos de interés, anteponer los intereses del cliente por sobre los propios, etc. En caso de no cumplir con estos deberes existirá responsabilidad profesional. Como venimos viendo, una falta es la divulgación de información confidencial en la que los abogados no pueden exponer dicha información en perjuicio de sus clientes a menos que la ley establezca lo contrario.

Para ilustrar, el Código de Responsabilidad Profesional de la ABA (creado por la American Bar Association de EE.UU en 1969 y haciéndose efectivo a los miembros a partir del 1º de enero de 1970), regulaba la conducta ética legal y estaba estructurado en nueve cánones o disposiciones de conducta profesional, cada canon o regla contaba con consideraciones éticas y reglas disciplinarias, siendo sólo estas últimas de carácter obligatorio. El código era una guía orientativa sobre distintos asuntos, entre ellos la confidencialidad del cliente. Se basó en los Cánones de Ética Profesional de la ABA de 1908, que a su vez fueron tomados de los Cánones de 1887 del Colegio de Abogados de Alabama.

Resulta adecuado destacar que, en el Canon 7 del CPR (Code of Professional Responsibility), tanto en la consideración ética 'EC 7-1' como en la regla disciplinaria 'DR - 7 - 102', establece que el abogado debe representar a su cliente dentro de los límites de la ley. También, en la 'DR - 7 - 102 (7)' establece que el abogado no puede aconsejar o asistir a su cliente en una conducta que sabe que es ilegal o fraudulenta (ABA-CPR, p.48 - 54). A su vez, en cuanto al Canon 4 del CPR, en el que el abogado debe preservar las confidencias y secretos de su cliente, a través de la regla disciplinaria 'DR - 4-101 (A)' define los conceptos de 'confidencia', como la información que se protege por el privilegio abogado-cliente, bajo la ley aplicable; y 'secreto' como " toda otra información obtenida en la relación profesional que el cliente ha solicitado se mantenga inviolable o cuya revelación sería molesta o probablemente perjudicial a éste." La regla continúa disponiendo, en el punto (b), que el abogado no podrá revelar las confidencias o secretos de su cliente, ni usarlos en su perjuicio o para obtener una ventaja propia o para un tercero, a menos que haya consentimiento expreso del cliente. Luego, enumera los casos en que el abogado tiene permitido revelar y en su último párrafo, extiende

³ "The American Bar Association *Our mission is to serve equally our members, our profession and the public by defending liberty and delivering justice as the national representative of the legal profession.*"

https://www.americanbar.org/about_the_aba/

el deber de mantener el secreto a los empleados y demás personas que trabajen con el abogado, excepto en aquellos casos enumerados en los que se permite revelar la información a través de un empleado.

El CPR fue criticado por ser complejo y deficiente, por lo que fue actualizado y reemplazado por las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la ABA (MRPC) en 1983, presentadas anteriormente. Reiterando lo antes dicho, estas reglas sirvieron como modelo para la legislación de cada estado, entrando en vigencia sólo cuando los estados deciden adoptarlas. Están destinadas a servir como marco nacional a la hora de implementar estándares de conducta profesional. A través de estas normas se obtiene información acerca de la ética profesional de los abogados, orientan a la hora de resolver casos, por ejemplo, de acciones disciplinarias, de negligencia de abogados, qué sanciones se aplican etc (MRPC, 2021 Edition). De la relación cliente-abogado nos detenemos en la Regla 1.6 de MRPC que detalla sobre la confidencialidad de la información, se entiende que viene en reemplazo a la DR 4-101. Esta regla de conducta encuentra el fundamento del secreto profesional en "la necesidad de la libertad de expresión y comunicación que debe existir entre el abogado defensor y su cliente" (Azerrad, 2007, p.42). Establece que el abogado no debe divulgar información obtenida a través de la representación de su cliente a menos que: (1) el cliente preste consentimiento informado; (2) la divulgación de la información esté autorizada implícitamente por ser necesaria para representar a su cliente; o (3) esté permitida por el párrafo (b). Éste último, permite divulgar la información relacionada con la representación de su cliente que crea razonablemente necesaria, ya sea para: (1) evitar una muerte razonablemente cierta o un grave daño corporal; (2) evitar que su cliente cometa un crimen que con certeza razonable ocasionará un daño sustancial a los intereses económicos de terceros y para el cual se haya usado o se estén usando los servicios del abogado; (3) prevenir, mitigar o rectificar un daño sustancial a los intereses económicos de otra persona que hayan sido o puedan ser resultado de un acto criminal o fraudulento de su cliente, para el cual se haya valido de los servicios profesionales del abogado; (4) para obtener consejo legal sobre el cumplimiento del abogado a estas Reglas; (5) para establecer una reclamo o defensa a su favor en una controversia con su cliente, o contestar acusaciones en cualquier procedimiento concerniente a la representación de su cliente; (6) para cumplir con alguna ley u orden judicial; o (7) para detectar o resolver conflictos de intereses que surjan porque el abogado cambió de empleo o por cambios en el estudio jurídico, pero únicamente si la información

divulgada no afecta el privilegio abogado cliente o perjudica a su cliente. Por último, el apartado final, establece que el profesional deberá hacer esfuerzos razonables para impedir la divulgación o el acceso no autorizado a información relacionada con la representación de su cliente. Esto implica, que la autorización para divulgar debe ser estricta y restrictivamente interpretada (Reglas Modelo de Conducta Profesional, 2018, Puerto Rico, p.16).

Para concluir, se destaca que de una forma u otra, tanto Argentina como Estados Unidos, se ocupan de que el abogado tome los recaudos necesarios para proteger el deber de confidencialidad que merece el cliente, a través de la ética y el orden jurídico. Además, al amparar el secreto profesional se protege a su vez a la profesión, porque da derecho a un juicio justo para el justiciable. Todos protegen la conducta ética del abogado reglamentando los límites existentes, pero en todo momento está presente la conciencia del profesional como punto central de la actuación. Por último, acentuamos que resulta obligatoria la existencia de Colegios Profesionales fuertes y unidos para defender: la ética del ejercicio profesional, garantizar la dignidad, el honor de la profesión y los derechos de la sociedad. Recordando que el objetivo es siempre el bien común, lograr una sociedad más justa, equitativa y solidaria.

III. Justificación del deber de confidencialidad

En la presente sección, analizaremos las justificaciones del deber de confidencialidad pensadas específicamente para personas físicas para luego pasar a desarrollar cómo extender esas mismas justificaciones a las personas jurídicas. Está claro que este deber de guardar el secreto se impone a toda persona que lo recibe en razón de su profesión. Como cuestión principal resulta importante remarcar la idea que expone Eduardo Rodríguez Piñeres “cuando un particular revela los secretos de otro comete una grave falta contra el honor, esta adquiere mayor magnitud cuando es cometida por aquel que solo en razón de su profesión ha obtenido una confidencia o ha sorprendido los secretos de sus clientes” (1980, p. 14). Para el abogado, mantener las confidencias de sus clientes es uno de los preceptos éticos con mayor importancia, es uno de los deberes más reconocidos en el ejercicio de la profesión y el que a su vez plantea mayores dificultades respecto a su interpretación. Es por un lado, central al rol del abogado para que pueda cumplir su función con el cliente (asesorar, representar y defender). Mientras que, por el otro, es polémico porque puede entrar en

pugna con otras exigencias morales, implicando que no pueda honrarlas al mismo tiempo (Seleme, s.f.). En este contexto, el deber de confidencialidad proporciona justificaciones para no denunciar al cliente. Además, se basa en los valores de lealtad y confianza. Resulta fundamental que los clientes confíen en sus abogados quienes también se interesan en buscar y merecer esa confianza. A lo largo de este análisis, se observa que el principal problema que plantea la confidencialidad entre abogado-cliente no es su existencia sino sus límites, que se ven tensionados y para aminorar estos dilemas, es preciso definir los contornos del deber de confidencialidad.

A. Argumentos y justificaciones pensadas para personas físicas

Antes de comenzar con el estudio en cuestión, es apropiado acentuar el importante lugar que ocupa, respecto a la confidencialidad, el derecho a la intimidad y la dignidad humana. Con la simple existencia del ser humano nace el derecho a la privacidad e intimidad de las personas, son derechos naturales e intransmisibles. La exigencia de no divulgar los secretos del cliente forma parte de la privacidad, dignidad de la persona humana y de los Derechos Humanos básicos consagrados constitucionalmente. De hecho, se reconoce internacionalmente la relevancia y el valor del secreto profesional, principalmente porque trata de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano, quien le confía bienes tan valiosos como la vida, el honor, la privacidad e intimidad, las libertades y garantías que están incorporadas en las constituciones democráticas.

Ahora bien, para justificar el deber de confidencialidad hay que observar la ley de la evidencia. Aquí, se destaca uno de los principios probatorios más antiguos del sistema estadounidense, conocido como el privilegio-abogado cliente⁴. Establece que al solicitar asesoramiento legal, las comunicaciones realizadas en un ambiente de confianza por el cliente se encuentran protegidas de la divulgación, salvo que se renuncie a la protección. Este privilegio dispone que las confidencias no pueden utilizarse como evidencia y solamente cubre la información que fue comunicada al abogado por su cliente. Mientras que, el deber de confidencialidad emerge de las normas que disponen un castigo a las conductas que infringen la confianza y la credibilidad que se le debe al cliente. Este protege todo tipo de información que surja de la representación, lo que el cliente conoce y lo que no conoce, no distingue si fue revelada por el cliente o encontrada por el abogado. La intención es

⁴ En inglés, "Attorney Client Privilege"

impedir que el abogado revele información. Por consiguiente, el privilegio sugiere el deber, de ahí que el argumento del privilegio va a ser el argumento más importante para el deber (Luban 1988).

Históricamente, el privilegio comenzó siendo para el abogado, para no verse obligado a comprometer su integridad, pero luego esa teoría fue reemplazada y el privilegio pasó a ser un privilegio para el cliente. La justificación general ofrecida es que sin el privilegio, no se generaría el libre flujo de información entre abogado y cliente, que resulta necesario para que el abogado presente un caso razonable. Se identifica que el deber del abogado de no divulgar las confidencias del cliente encuentra razones que lo justifican. En otras palabras, existen argumentos que defienden el deber de confidencialidad. Así como expresa Bielsa, el fundamento del secreto profesional lo constituye “el orden público en general, la defensa del cliente y el decoro profesional” (1960 p.247). Si se obliga al abogado a declarar la información que obtuvo a modo de confesión a través de su cliente, no solo se estaría quebrando la confianza entre ambos, sino que también estaría socavando el honor y la intimidad del mismo. Sin dejar de lado el hecho de que si el cliente sabe que el abogado no debe guardar el secreto, será más factible que éste se guarde información relevante, y así el abogado no va a contar con lo necesario para cumplir con un adecuado deber de defensa. En la misma línea, al referirse al fundamento del secreto, Vázquez Arzaguet y Mighetti argumentan que "La confidencialidad, [...] que se impone a aquellos que manejan conocimientos de datos ajenos, transcurre por el secreto al derecho a la intimidad [...] y por él se goza de la posibilidad de excluir, de evitar la intromisión de cualquier tercero en 'lo privado, en lo reservado', [...]". Sostienen también, que aquel que tenga conocimiento de los secretos de otro, tiene la obligación legal de respetarlos y no divulgarlos, a menos que cuenten con autorización del titular del secreto (como se cita en Azerrad, 2007 p.113).

De todas formas, se explicarán los argumentos que presenta Hugo Seleme en su escrito sobre el Deber de Confidencialidad, quien enumera y distingue cinco justificaciones a este deber. Estas son: (i) promueve el cumplimiento voluntario del derecho; (ii) posibilita que el abogado sea la primera barrera frente al incumplimiento; (iii) dota al sistema judicial de eficiencia; (iv) dota al sistema judicial de legitimidad; y (v) alivia las tensiones del rol profesional.

Comenzando, el primero de estos fundamentos dispone que el deber de confidencialidad promueve el cumplimiento voluntario del derecho. Helena Carrera Bascuñan adhiere a esta idea y en otras palabras expresa que, como medida esencial a su seguridad y tranquilidad, hay que proteger a las personas físicas o jurídicas, “a fin de que puedan contar con profesionales idóneos cuando necesiten asesores jurídicos sea para sus consultas, para proceder legalmente y sin peligros en sus actos y contratos de la vida diaria, o para sus defensas ante la justicia [...] o ante entidades privadas en todos sus actos o negocios” (como se cita en Aguila Muñoz, 2015, p.26). Entonces, para explicar esta justificación, suele ocurrir que los clientes desean cumplir con el derecho, pero muchas veces esta tarea resulta difícil debido a que las normas suelen ser complejas, utilizan vocabulario técnico, son cambiantes y dinámicas. Por lo tanto, el sistema jurídico puede resultar engorroso y hace que quienes quieran cumplir dichas normas no sepan identificar los cursos de acción que estas señalan. Entendemos que el principal obstáculo para el cumplimiento de las normas legales es la falta de conocimiento técnico, y los abogados son quienes tienen la sabiduría para contribuir al cumplimiento voluntario del derecho. Para esto, resulta necesario que el cliente transmita toda la información que sabe a su abogado defensor. Pero, sin la protección del deber de confidencialidad, el cliente guardaría información comprometedoras por miedo a que salga a la luz. Por ende, el deber de confidencialidad, elimina ese obstáculo y permite que la información entre ambos fluya, debido a que se sentirá protegido por este deber (Seleme, s.f.).

Paralelamente, la justificación estándar del privilegio de McCormick también se basa en que los reclamos y disputas se pueden manejar de manera más justa y rápida por expertos quienes actúan de manera efectiva si son plenamente informados de los hechos que las partes presentan. Para lograr esa divulgación completa entre el cliente y el abogado, es necesario que el cliente sepa que lo que le confía al abogado no será divulgado. Aunque el privilegio pertenece al cliente, su política está destinada al beneficio de la justicia (Luban, 1988).

A continuación, otra razón que justifica este deber de confidencialidad es que posibilita que el abogado sea la primera barrera frente al incumplimiento. Este punto difiere del anterior, ya que estamos frente al caso en que el cliente no tiene intenciones de cumplir con el derecho. Gracias al deber de confidencialidad, se produce un ambiente de confianza y tranquilidad para el cliente, permitiendo, no solo que el abogado reciba toda la información necesaria para llevar adelante el

caso, sino que también puede tomar conocimiento sobre cualquier deseo que el cliente tenga de transgredir la ley. Por el contrario, si el cliente creyera que el abogado puede delatar la información, tendría motivos suficientes para no revelar sus ideas. Entonces, al no encontrarse amparado por el deber, si desea comunicarse con un profesional, sentirá que se está auto incriminando, puesto que no hay nada que proteja sus dichos, que en este caso, expresan su deseo de incumplir con la ley y en consecuencia optaría por callar. Por eso, el deber permite que el abogado actúe como primer impedimento frente al comportamiento indebido. De ser este el caso, el abogado puede detenerlo solicitando que se abstenga de realizar esa conducta inapropiada o indicando otra ruta de acción. Por último, si el abogado no logra desviar el accionar ilegal, debe renunciar y en algunos casos puede revelar la información para impedir dicha actitud. Queda claro, que el abogado debe cumplir su rol como auxiliar de la justicia y a su vez promover los intereses del cliente, funciones que le son posibles cumplir gracias al deber de confidencialidad. Pero, en este caso en particular, el deber de confidencialidad le permite al abogado satisfacer fehacientemente su papel como auxiliar de la justicia, en otras palabras, se compromete más con el interés público y el respeto de la ley (Seleme).

El siguiente argumento, señala que el deber dota al sistema judicial de eficiencia. Hace referencia a la eficacia del sistema adversarial como instrumento para llegar a la verdad. Como indica Seleme (s.f.), se basa en tres premisas: (1) el sistema judicial eficiente es el que sanciona a los culpables; (2) el carácter adversarial posibilita obtener la verdad y; (3) el deber de confidencialidad es necesario para mantener el sistema adversarial, que como presupone, posibilita la obtención de la verdad, de ahí que, al alcanzar la verdad se estaría sancionando a los culpables y por esa razón, el sistema judicial sería eficiente.

En principio, se coincide con la idea de que un sistema judicial eficiente es el que sanciona a los culpables. Ahora, pasando a la segunda de estas premisas, que apunta que el sistema adversarial promueve la obtención de la verdad, Luban (1988) indica dos razones que se encuentran detrás de esta idea. El primer argumento equipara al sistema adversarial con la estructura del método científico, que hasta ahora es el mejor para alcanzar la verdad. Quiere decir, que se formula una teoría acerca de los hechos y se trata de refutar. De todos modos, ofrece una crítica a esta hipótesis porque para él falla. Seguramente, la ciencia progresa especulando y luego tratando de rechazar esas conjeturas, pero no progresa adelantando teorías que son falsas y luego usando reglas de

procedimiento para excluir esa evidencia probatoria. Esto sería como desacreditar al testigo fidedigno u ocultar los hechos por medio del privilegio abogado-cliente. En tal sentido, los abogados adversarios tienen la obligación de presentar los hechos del caso de la mejor manera posible, que favorezcan a sus clientes y sean coherentes con la posición de estos. En definitiva, deben realizar una presentación orientada a su favor, a fin de lograr evitar la introducción de pruebas desfavorables, debilitar la credibilidad de la contraparte, colocar los hechos contraproducentes en un contexto en el que se debilite su importancia, e intentar inducir conclusiones a favor de su cliente. Entonces, supone que las orientaciones opuestas se cancelan, dejando que salga a la luz la verdad del caso. Aún así, no hay ninguna razón para pensar que esto sucederá y los hechos pueden simplemente acumularse y solo generar confusión.

La segunda razón, proporcionada por Fuller y Randall, que sostiene que el sistema adversarial es el más adecuado para descubrir la verdad, defiende que es psicológicamente más razonable ya que su formato previene que aparezcan tensiones y sesgos. Esto es así, primero, porque en caso de que la indagación la realice una sola persona, se lo coloca en la compleja tarea de tener que elaborar dos posturas incompatibles de la manera más convincente posible (Seleme). Mientras que esa dificultad no se presenta en el sistema adversarial, porque dicha tarea es realizada por dos sujetos independientes. Segundo, como sucede en el sistema inquisitivo, si es el juez quien debe formular una teoría inicial del caso y luego resulta ser incorrecta, puede pasar que soportar esa vergüenza de tener que abandonarla lo lleve a sentirse atraído por mantener esa conjetura inicial, sin darle lugar a otra. "That would turn a fair trial into a mere "public confirmation for what the tribunal considers it has already established in private" [eso convertiría a un juicio justo en una mera "confirmación pública de lo que el tribunal considera que ya ha establecido en privado"] (Luban, 1988, pág.72). Adicionalmente, este argumento es inconsistente porque, así como es mentalmente impensable la labor del juez en el sistema inquisitivo, cuando se refiere a pensar dos posturas antagónicas, también lo será para los abogados en el sistema adversarial, porque estos se colocan en el lugar de la parte contraria para visualizar cuáles serán sus posibles argumentos y resolver cómo atacarlos. Y, respecto a los sesgos que se originan cuando el juez elabora su hipótesis y se rehúsa a abandonarla, también se van a originar en el sistema adversarial, cuando se le solicita al abogado que debe hacer valer los intereses de su cliente del modo más fuerte posible, ya que puede hacer que ciertos actos queden ocultos (Seleme).

Si bien Luban demuestra que estos argumentos fracasan, lo que está intentando ilustrar es que existen otros sistemas y el sistema adversarial no es precisamente superior a aquellos a la hora de buscar la verdad. Esto no quiere decir que crea que este no es eficiente, de hecho supone que es un sistema tan bueno como sus rivales, simplemente hace referencia a que no hay un sistema mejor que otro (Luban, 1988). De todos modos, lo importante para este argumento a favor del deber de confidencialidad es que el carácter adversarial posibilite la obtención de la verdad.

Pasando a la última de las premisas propuestas, que establece que el deber de confidencialidad es necesario para mantener el sistema adversarial, dicho de otro modo, sin el deber de confidencialidad el sistema adversarial no funcionaría. De esta forma, el abogado, quien debe cumplir con su deber de defensa hacia los intereses de su cliente (tarea que impone el sistema adversarial), requiere contar con la mayor cantidad de información posible que proviene principalmente de este último. Por ende, sin la protección que ofrece el deber, el representado guardaría información y su defensa se vería afectada. En cambio, en caso de disponer del deber de confidencialidad, se genera el espacio adecuado y las condiciones para que se puedan dar esas confesiones sin arriesgarse a que sean reveladas.

Por su parte, Jeremy Bentham realiza una crítica a este argumento que justifica el deber de confidencialidad. Acepta las premisas: (1) el sistema judicial eficiente es el que sanciona culpables y la (3) el deber de confidencialidad permite que el abogado defienda los intereses de su cliente. Pero, disiente con la idea de que el sistema adversarial resulte útil para alcanzar la verdad. Ofrece un argumento en contra de la justificación. Bentham ataca el privilegio abogado-cliente por beneficiar a los culpables. Para llegar a esto se pregunta ¿qué ocurre si se elimina el privilegio? En esta circunstancia, el único que se perjudica sin el privilegio es el culpable, porque de no contar con este, se puede obligar a su abogado a testificar y revelar la información o, puede suceder que el cliente directamente decida no confiar la información. De esta manera, la defensa de sus intereses se verá perjudicada. Ambas opciones contribuyen a su condena y aumentan la eficiencia del sistema. De todos modos, “since by the hypothesis the defendant is guilty, no injustice results in either situation” [dado que por hipótesis el acusado es culpable, ninguna injusticia resulta en ninguna situación] (Luban, 1988, p.189). Mientras que, en contraste, el que es inocente no tendrá nada que

perder en caso de no contar con la confidencialidad. Eliminar el deber no lo perjudica, porque al ser inocente interpreta que no tiene nada que ocultar. “The privilege can do a guilty defendant no legitimate good, and abolishing it can do an innocent defendant no illegitimate harm; therefore it serves no purpose and should not exist” [El privilegio no puede hacer ningún bien legítimo a un acusado culpable, y abolirlo no puede hacerle ningún daño ilegítimo a un acusado inocente; por lo tanto, no sirve para nada y no debería existir.](Luban, 1988, p.190). A fin de cuentas, si concedemos el deber de confidencialidad, el que se vería beneficiado sería el culpable y respecto al inocente, el deber no tendría valor.

Por su parte, Wigmore y Freedman refutan el argumento de Bentham dando un paso más y observando qué sucede con el inocente. Quedó claro que Bentham, por su parte, asume que el deber para el inocente no tiene valor, ya que no tendrá ninguna razón para ocultar hechos vitales a su abogado. Pero, aquí está suponiendo que la parte inocente es consciente de su inocencia. Wigmore distingue que, sea inocente o culpable, cada parte puede tener hechos a favor o en contra. Por eso, la parte inocente, entendiéndose como la parte que tiene legalmente el derecho, puede llegar a ser reticente en comunicar todos los hechos a su abogado si no puede hacer uso del privilegio. Por su parte, Freedman añade que esto puede ser así incluso en casos penales. Es decir, los hechos que un cliente cree que son condenatorios pueden, en realidad, ser exculpatórios. Ejemplifica esto a través del supuesto en que una mujer mata a su esposo en defensa propia y al no conocer la ley, asume que es culpable sin saber que en realidad es inocente (Luban, 1988). Por ende, se puede ser inocente, pero al ignorar la ley asumís que sos culpable. En esta situación, incluso contando con el privilegio, puede ocurrir que no se den a conocer todos los hechos al abogado. “Según este argumento, lo que Bentham ignoraba era que la confidencialidad beneficia al inocente que piensa que es culpable, así como al verdadero culpable” (Fischel, 1998, pág.24). Con la confidencialidad, la parte que se cree culpable revelaría toda la información y estaría al tanto de que no es realmente culpable. Entonces, contrario a lo que defiende Bentham, no resulta claro que prohibir el deber afecte a culpables y aumente la eficiencia del sistema judicial (Seleme).

Luban, aporta que Bentham podría refutar que esos casos son la excepción y no la regla. Por lo general, si un acusado oculta hechos culpables a su abogado, estos suelen ser tan condenatorios como lo cree el acusado. Así, si no hay privilegio y se genera un efecto paralizador en la

divulgación del cliente al abogado, no se habrá hecho ningún daño a la justicia. De forma tal que, en el sentido de incrementar el número total de sentencias correctas, el razonamiento de Bentham puede ser contundente. Más delincuentes serán llevados ante la justicia, a riesgo de algunas condenas injustas (Luban, 1988).

El filósofo Kenneth Kipnis ofrece otra réplica al argumento de Bentham. Incorpora que si se suprime el deber de confidencialidad, los clientes que son culpables no expondrían la realidad de los hechos, por lo que los abogados no alcanzarían a la verdad y no se llegaría a veredictos correctos. El dilema aquí es que se pasa por alto que, en realidad, el cliente culpable se pierde de recibir la mejor defensa posible por no estar dispuesto a revelar lo ocurrido. En estas condiciones, el hecho de no obtener una celosa defensa tiende a maximizar los veredictos correctos. De igual manera esto también puede afectar a clientes inocentes. A fin de cuentas, esta sería una manera injusta de alcanzar condenas acertadas porque los abogados de los acusados culpables no van a poder preparar una buena defensa (Luban, 1988).

Añadimos la postura de Daniel Fischel, que al igual que Wigmore y Freedman y a diferencia de Bentham, analiza qué sucede respecto al inocente. Para Fischel, el deber de confidencialidad también perjudica al inocente dado que le quita valor a lo que el abogado expone a favor de él. Fischel concuerda que con la supresión del deber el que se perjudica es el culpable. Pero contempla que, “el privilegio, en realidad, daña a los inocentes. El daño ocurre porque el privilegio dificulta que los inocentes comuniquen creíblemente que no tienen nada que esconder” (Fischel, 1988, p. 23).

El siguiente fundamento a favor del deber de confidencialidad sostiene que dota al sistema judicial de legitimidad. Esta justificación da gran importancia a los derechos humanos con los que se compromete nuestro sistema de justicia. Hace hincapié en preservar los intereses vitales de las personas, tal como establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En primer lugar, el sistema judicial valora: condenar culpables, absolver inocentes y ver el modo en que se llega a los resultados. Algunos modos de obtener resultados resultan ilegítimos por más de que se alcance el resultado acertado. Por ejemplo, que los afectados no puedan hacerse oír para

defender sus intereses, o la obtención de una confesión por medio de la tortura (Seleme). A saber, Freedman no está de acuerdo en conseguir veredictos correctos a costa de condenar inocentes o de forzar a los culpables. A través de este argumento se justifica el privilegio por el beneficio que obtiene el cliente, prestando real preocupación por los derechos y principalmente por la dignidad humana. Como se mencionó, el deber existe para facilitar la comunicación entre abogado-cliente, pero aquí se basa en la dignidad humana. De ahí que resulta primordial, como requisitos fundamentales para no violar la dignidad de una persona acusada: (1) concederle un abogado defensor y (2) no obligarlo a declarar contra sí mismo.

Para entender el primero de estos requisitos, según el argumento de Alan Donagan sobre la dignidad humana, si una persona es acusada de delito y niega su culpa, se asume la buena fe hasta que se demuestre lo contrario. Esto implica asumir que tiene una historia que contar por lo que se le permite presentar una defensa. Como explicamos antes, defenderse no es tarea fácil, las leyes son complicadas y algunas engorrosas, por lo que resulta necesario proporcionarle al acusado un abogado para presentar su caso. El abogado defensor es la voz de su cliente y relata los hechos de la forma en que lo haría su defendido si conociera la ley y tuviera las herramientas para hacerlo adecuadamente. Es la dignidad humana la que requiere que el acusado tenga un defensor (Luban, 1988). Entonces, en el supuesto de aceptar el deber de confidencialidad, además de garantizar el flujo de información entre abogado y cliente, este va a permitir y darle lugar al defendido para expresar sus opiniones e intereses a fin de que sean contemplados en su proceso de elaboración. Este planteo resulta adecuado porque implica que se trata al cliente como un agente moral con opinión propia y se respeta su dignidad humana. Por el contrario, sin el deber, podría ocurrir que, por un lado, el abogado no cuente con información suficiente para hacer valer las opiniones e intereses de su cliente, ya que este último no las expondría. Por el otro, podría suceder que si informa los hechos del caso a su abogado corra el riesgo de autoincriminarse. Aquí, entra en juego el segundo de los requisitos mencionados para no violar la dignidad humana: no obligarlo a declarar contra sí mismo. En este supuesto se coloca al acusado en la disyuntiva de elegir entre; (1) derecho a un abogado o (2) el derecho a no autoinculparse. Por lo tanto, colocarlo en esa situación es evitar que disfrute de ambos derechos.

En ese caso, Seleme identifica que el cliente puede optar por: (1) guardar silencio; (2) mentir, en ambos casos, confiando en que será posible presentar una buena defensa (algo poco probable) o; (3) revelar toda la información, pero arriesgándose a que el abogado exponga todo frente al tribunal. De una forma u otra, en cualquiera de los tres supuestos se ve afectada la dignidad del cliente. Esto es, en las primeras dos opciones en la medida en que se lo silencia y no se lo trata como un agente moral con opinión y en el último, porque se lo estaría obligando a declarar contra sí mismo. En conclusión, la dignidad del individuo como agente moral se ve afectada, porque por un lado el individuo desea evadir la condena y por el otro se lo coloca en la situación de auxiliar del Estado, en el que actúa como testigo generando prueba que se puede usar en su contra.

Recapitulando, Luban (1988) hace una importante referencia a la dignidad de las personas humanas. Para que ésta no se vea afectada resulta necesario que las partes expresen sus opiniones e ideas. Es decir, proporcionarle el espacio que merece y tratar al cliente de manera digna y honrada. Esto implica que se reconoce al otro, mientras que, de modo contrario, no otorgarle ese lugar supone despreciarlo y tratarlo como insignificante. En tal caso, a través del deber de confidencialidad se produce ese espacio en el que el cliente se siente cómodo para hablar y revelar sus creencias. Por el contrario, anular el deber imposibilita la comunicación libre entre abogado-cliente, vulnerando así la dignidad de este último y comprometiendo la legitimidad del proceso judicial. Por ende, este es un argumento a favor de brindar el privilegio, que se basa en la dignidad humana, en el que se requiere que los acusados tengan el derecho a un abogado defensor y el derecho a no declarar contra sí mismos. Y, es desconsiderado ponerlos en la situación de tener que elegir entre un derecho u otro (Luban, 1988). En conclusión, obligar al abogado a guardar silencio es un derecho legal basado en la moral y el Estado debe conceder al acusado ese derecho, tanto como el derecho a no autoinculparse. Por su parte, Carrera Bascuñan se suscribe a esta justificación del deber y sostiene que hay que “Amparar los deberes morales en las actuaciones profesionales y en las relaciones humanas, en cuanto al respeto y mantenimiento de la lealtad, sin la cual nadie podría confiar a nadie” (como se cita en Aguila Muñoz, 2015, p.26).

Por último, pero no menos importante, se justifica el deber de confidencialidad porque alivia las tensiones del rol profesional. Este argumento hace énfasis, principalmente, en el beneficio que brinda sobre los abogados. Dado el caso en que el deber se suprime, el abogado estaría frente a una

situación nociva porque sería quien solicita y a la vez quien revela los secretos de su cliente. Esto es que, por un lado, a la hora de recolectar la información de un caso, el abogado entabla una agradable y cordial relación con el cliente fundada en la confianza, para lograr que éste se sienta cómodo y brinde la información relevante que resulta primordial para que el profesional pueda cumplir con su rol. Y, por el otro, los terminaría revelando, porque al no haber confidencialidad, se entiende que puede revelar esa información ante el tribunal. Dicho de otro modo, el abogado lo debe defender brindando sus servicios e investigando el caso, pero aquello que descubra deberá revelarlo frente al tribunal, lo que produce, en palabras de Wigmore, un sentimiento de contradicción para el abogado, generando un estado moral insano (como se cita en Seleme). Paralelamente, Carrera Bascañan, también señala la importancia de asegurar la libertad y tranquilidad de los abogados que resultan indispensables “para que puedan asesorar o patrocinar a sus clientes a conciencia y con pleno conocimiento de causa, sin peligro de comprometer los secretos que conozcan en razón de su ministerio” (como se cita en Aguila Muñoz, 2015, p.26).

IV. Análisis del deber de confidencialidad del abogado corporativo

En esta sección se estudiará qué sucede con el deber de confidencialidad del abogado en el caso que represente a personas jurídicas, se intentará extender esos mismos argumentos al contexto corporativo. A priori, pareciera que las razones a favor de la confidencialidad pensadas para personas individuales no se transfieren bien al contexto organizacional.

A. Conceptos básicos

En primer lugar resulta importante delinear a qué nos referimos cuando hablamos del contexto organizacional y del abogado corporativo. El contexto organizacional se refiere a una organización grande o burocrática en la que las tareas se separan y las responsabilidades se encuentran divididas. Es decir que, aquí, la autonomía en la toma de decisiones, el rasgo moral característico de las personas físicas, no existe (Luban, 1988). Por su parte, los abogados corporativos son profesionales del derecho que suministran asesoría corporativa y judicial en todos los ciclos de vida de una empresa. Gracias a estos, que actúan con conocimientos legales, los empresarios sienten seguridad al realizar operaciones. Toda empresa necesita en determinado momento un asesor legal que lleve

adelante determinados asuntos. Por ejemplo, el abogado corporativo debe revisar, redactar y negociar los contratos comerciales de la empresa. Tiene la obligación de analizar, planificar y visualizar todas las oportunidades y riesgos que se le presenten a esta. No solo da asesoramiento jurídico y resuelve disputas sino que también debe garantizar el cumplimiento de las regulaciones y leyes. El abogado corporativo representa a la corporación, por ende, los asuntos del cliente son su conflicto, debe defender sus derechos y libertades procurando buscar la prevalencia de la justicia en todo momento (Hernández, Vázquez, Saldíña, 2016). Burke (1981) añade que los abogados juegan un papel vital en las decisiones operativas cotidianas de la administración y a menudo se sientan en los consejos de administración de sus clientes. El asesor corporativo puede ser uno de los pocos funcionarios corporativos que escucha a los grupos internos y externos de la compañía. Hoy en día, una corporación difícilmente pueda hacer un movimiento sin consultar al asesor legal.

Nuestro Código Civil establece en su artículo 31 que “las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible [...]”. Y, se refiere en su artículo 32 a las personas jurídicas como “Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas”. En su artículo 33 detalla que puede tratarse de personas jurídicas de carácter público: el Estado, las Provincias, Municipios, entidades autárquicas y la Iglesia; o privado: asociaciones, fundaciones y sociedades civiles y comerciales o entidades que tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Luban (1988), por su parte, explica que la persona jurídica es una organización si se cumplen dos condiciones: (1) si el grupo de control, es decir, quienes toman las decisiones ejecutivas, y los empleados, quienes llevan a cabo las tareas del grupo de control, son distintos unos de otros; y (2) si el grupo de control es más chico en relación con el número total de personas que trabajan para la organización. Si no se dan esos requisitos, se trata de una persona física a los efectos de saber si obtiene o no el privilegio derivado de la dignidad humana de las personas físicas. Y, respecto a las organizaciones pequeñas o medianas, va a depender de si se encuentra burocráticamente organizada o no, de no estarlo también se tomará como persona física (p.217).

Las corporaciones se forman para permitir que grupos de personas se involucren en actividades comerciales colectivas. Estas limitan la responsabilidad de sus accionistas, poseen su propia

propiedad, continúan funcionando incluso después de la muerte de sus fundadores o propietarios, celebran contratos que no involucran a los accionistas como tales, entre otras cosas. Lo fundamental en las corporaciones es que se distinguen de cualquier grupo de personas con las que uno pueda identificarlas. Esto es, que la corporación no son sus accionistas, ni sus funcionarios, ni gerentes o empleados. El hecho de considerar a la corporación como una persona jurídica separada, no solo colabora con su continuidad, sino que mejora su confiabilidad a largo plazo y también su viabilidad comercial (Luban, 1988). Además, cuenta con sus propios privilegios y responsabilidades distintas de los de sus miembros.

Resulta que a los abogados corporativos se les exige ciertos deberes de colaboración que chocan con sus obligaciones deontológicas. Por ejemplo, las corporaciones deben asegurar de comportarse en el mejor interés de la sociedad. Para esto, los abogados corporativos se encuentran en la posición como para concientizar a las corporaciones sobre sus responsabilidades sociales, como también para garantizar el cumplimiento de la ley. Pero, por otro lado, incluir intereses sociales más amplios en el asesoramiento a un cliente corporativo, puede poner al abogado corporativo en una posición de abogar por un curso de acción que sea perjudicial para los intereses de la corporación pero beneficioso para el interés público. Según Burke (1981), hay corporaciones grandes, sean públicas o privadas, que son tan importantes que van más allá del mundo empresarial y llegan a la comunidad en general. Por estas cuestiones cabe preguntarse si tanto los abogados corporativos, como las corporaciones merecen el deber de confidencialidad. Según Vives (2019), “las tendencias legislativas y jurisprudenciales se encaminan a la supresión del secreto profesional de los abogados internos en pro de la colaboración del abogado con las autoridades, pese a que no siempre exista un fundamento claro para ellos” (p.12.).

Para entender los problemas que se le presentan al abogado corporativo respecto al deber de confidencialidad, se hará especial mención a los Códigos de la ABA. El Código de Responsabilidad Profesional ya impone el deber de revelar la mala conducta del cliente. De todos modos, ese mandato debe ser más preciso y claro para que la obligación de exponer el mal comportamiento tenga algún significado, especialmente para la orientación del asesor corporativo.

Reiteramos que el Código ABA establece que el abogado puede dar a conocer la intención de su

cliente de cometer un delito (debe hacerlo). Mientras que las Reglas Modelo permiten que el abogado revele información relacionada con la representación de un cliente para evitar que cometa un acto delictivo. Para estos casos, el abogado cree que probablemente resultará en una muerte inminente o en daños corporales sustanciales. Como se observa, los estándares actuales permiten la divulgación preventiva sólo de delitos, pero no permiten la denuncia de actos que ponen en peligro la vida pero que no son criminales. Esta regla del Código que requiere la divulgación, es por un lado, demasiado amplia, ya que exige que el abogado divulgue si sabe que el cliente va a cometer un delito y por el otro demasiado estrecha, porque no permite revelar en casos preventivos que ponen en riesgo la vida pero no son criminales (Luban, 1988).

Resulta preciso destacar la Regla Modelo 1.13. Esta regla dispone que cuando el cliente es una empresa o una organización, el abogado puede revelar información confidencial si conoce que alguien dentro de la organización está obrando o planea obrar de manera ilegal. Antes, debe considerar que ese acto ilegal pueda razonablemente imputarse a la organización, y que probablemente resulte en un daño sustancial a la misma, el abogado tiene que haber remitido el asunto a una autoridad superior en la organización, pero esta ha tomado otras medidas que resultaron ineficaces. Recién ahí, puede revelar la información relacionada con la representación, ya sea que la Regla 1.6 permita o no dicha divulgación, pero solo sí, y en la medida en que el abogado lo crea razonablemente necesario para evitar daños sustanciales a la organización. Para permitir la revelación, no es necesario el daño patrimonial a terceros ni que los servicios del abogado hayan sido utilizados para cometer el delito. Recordemos que la regla modelo 1.6 de la ABA permite revelar información relacionada con la representación de un cliente; para evitar que el cliente cometa un delito o fraude que resulte en un daño sustancial a los intereses financieros o la propiedad de otra persona y para esto, el cliente ha utilizado o está utilizando los servicios del abogado (apartado b, inc.2); para prevenir, mitigar o rectificar un daño sustancial a los intereses financieros o la propiedad de otra persona por la comisión de un delito o fraude ya consumado por parte del cliente, para el cual ha utilizado los servicios del abogado (inc.3). El mismo ordenamiento aplica una versión restringida (1.6) cuando se trata de personas físicas y se inclina por una versión amplia (1.13) cuando el cliente es una persona jurídica. Es así, porque por ejemplo, en el contexto organizacional, que opta por una versión más amplia, el deber de confidencialidad tiene un peso

menor y cede más fácil porque no todos los argumentos que cimientan el deber de confidencialidad para personas físicas, se pueden transferir al caso de personas jurídicas (Seleme).

B. ¿Qué sucede con el privilegio y el deber del abogado corporativo?

Recordemos, que la justificación estándar de la confidencialidad establecía que, sin el deber, se producía un efecto paralizador en las comunicaciones entre el cliente y el abogado. Esta premisa no parece funcionar en el contexto organizacional. Es más, se puede dar el caso en que, incluso con el deber, los clientes mientan a sus abogados. Lo que sucede con las organizaciones es que no tienen otra opción que precisar toda la información legalmente relevante al abogado general, por lo que no debería efectuarse el efecto paralizador. En otras palabras, entregan todos sus conocimientos porque deben hacerlo y lo necesitan, el abogado debe tener acceso al material y a los negocios corporativos normales. Por lo que resulta fundamental que se produzca ese flujo de información.

Es útil verlo a través del argumento de Bentham, en el que el privilegio beneficia al culpable, al que tiene algo que esconder. En el caso en que la organización se esté comportando de acuerdo a la ley, se infiere que no tendrá nada que temer porque no tendrá nada que ocultar. Y, de modo contrario, si no se comporta adecuadamente, la idea de que el abogado pueda revelar es justo lo que necesitan. Una diferencia clave a destacar, es que, en la situación organizativa, la relación abogado-cliente es continua. Por lo que tener a alguien que pueda revelar podría disuadir las irregularidades organizativas. Mientras que, en los casos de defensa penal, analizados antes, la relación abogado-cliente comienza después de ocurrido el hecho.

Cabe destacar, que el privilegio abogado-cliente, es un beneficio que se otorga a personas que tal vez no hayan hecho nada para merecerlo y como vimos en el apartado anterior, se otorga por razones especiales. En este segmento, se analizará si estas razones se aplican o no a las personas jurídicas. David Luban nos adelanta que la respuesta no es buena. Para esto hay que ver cómo se transfieren los argumentos al contexto organizacional.

i. Problemas del abogado corporativo

Se presentan ante los asesores corporativos, una serie de problemáticas a resolver. El gran desafío es solucionar la complicada relación entre la entidad corporativa abstracta, el empleado individual y el abogado. Podríamos decir, que partiendo de esa problemática general surgen todos los obstáculos que vamos a examinar en este punto y en el siguiente.

Uno de los primeros problemas a resolver para el abogado corporativo, es ver quién personifica la organización. Reiterando, la corporación no son sus accionistas, ni sus funcionarios, ni gerentes o empleados. A diferencia de otros abogados, donde su lealtad se debe a un cliente rápidamente comprobable, el cliente del abogado corporativo es la entidad abstracta en sí misma. Puede suceder, que el abogado asuma que la entidad abstracta se identifica con el grupo de control de la organización (funcionarios, gerentes o junta directiva) pero, esto no es una buena suposición porque puede darse el caso de peleas internas. Entonces, se concluye que el grupo de control nunca es el cliente, a lo sumo lo personifica. Por ende, el abogado corporativo, debe su lealtad a la entidad y actúa como guardián de la conciencia corporativa (Burke, 1981).

El Código de Responsabilidad Profesional de la ABA, en sus consideraciones éticas (EC 5-18) determina que el abogado debe su lealtad a la entidad y no a los accionistas, directores, funcionarios, empleados, representantes u otra persona relacionada con la entidad. También, establece que el abogado debe mantener sus intereses primordiales y su juicio profesional al asesorar a la entidad, es decir, que no debe dejarse influenciar por los deseos personales de ninguna persona u organización. Por último, se refiere al caso en que algún empleado, accionista o persona relacionada a la entidad solicite al abogado para que lo represente a título individual, en estos casos, el abogado podrá representarlo solo si está convencido de que no hay conflicto de intereses. En este supuesto, el código deja a discreción del abogado individual la identificación de su cliente y para determinar sus responsabilidades, debe equilibrar los intereses en disputa de la mejor manera posible para determinar qué es lo conveniente para la empresa.

Estas precisiones, nos llevan a preguntarnos ¿a quién le debe el deber de confidencialidad el abogado de la organización? Para resolver esta interrogante, los tribunales adoptaron dos enfoques. El primero de ellos llamado “prueba del grupo de control”, en el que el cliente es personificado sólo

por los miembros del grupo de control, son los únicos empleados privilegiados. El segundo enfoque, llamado “prueba de la materia” en el que se privilegian las revelaciones de cualquier empleado a los abogados corporativos siempre que: (a) el empleado realice la comunicación bajo la dirección de sus superiores en la corporación y (b) el tema que se trate en la comunicación y sobre el cual la corporación solicita el asesoramiento del abogado, sea acerca del desempeño, por parte del empleado, de los deberes de su empleo (Luban 1988). Más adelante, mediante el caso Upjohn, se apreciará cómo se rechaza el enfoque de la prueba del grupo de control, dando lugar a un razonamiento parecido al de la prueba de la materia.

Como último problema, se contempla que el Código de Responsabilidad Profesional no ofrece mucha orientación a los abogados corporativos a la hora de determinar el alcance del deber de revelar la mala conducta del cliente. Esto requiere una pronta solución y es necesario que se definan los límites de manera urgente.

ii. Extensión de las justificaciones para personas jurídicas

Las primeras razones analizadas a favor del deber en relación a las personas físicas fueron: el cumplimiento voluntario del derecho y que el abogado actúe como primera barrera frente al incumplimiento. Respecto al cliente corporativo, este debe recibir asesoramiento legal competente para asegurar una conducta corporativa adecuada. La garantía de confidencialidad se vuelve importante para ayudar a las corporaciones a cumplir y obedecer la ley, si esto es lo que desea la empresa. Entonces, para esto, el abogado corporativo debe poder conocer todos los hechos de una situación para asesorar a su cliente de la manera correspondiente y acorde a lo que establece la ley. De lo contrario, si sus clientes no contaran con la seguridad de que sus conversaciones se mantendrán confidenciales, los funcionarios corporativos (como también los clientes individuales) pueden reservar información y no revelar todos los hechos necesarios para que el abogado evalúe la situación. Por ende, el consejo del abogado estará incompleto y en ocasiones incorrecto. Sin la garantía de la confidencialidad las corporaciones podrían negarse a buscar asesoramiento legal lo que puede llevarlos a cometer conductas ilegales por estar desinformados respecto a lo que establece la ley. Entonces, mantener la confidencialidad del cliente para alentar el cumplimiento de la ley debe equilibrarse con la importancia de descubrir delitos completos (Burke, 1981). Con este

planteo pareciera que los fundamentos definidos para la persona física, pueden extenderse al contexto corporativo.

De todos modos, a través del caso *Upjohn Co. v. United States* entendemos que esto es un error. Si bien, en el caso mencionado se considera que en el contexto empresarial el privilegio “promueve intereses públicos más amplios, como el cumplimiento de la ley y la administración de justicia” y al haber una amplia y compleja cantidad de regulaciones las empresas recurren a los abogados para obedecer la ley (Fischel, 1998, pág.27), en realidad esto no es así, sino todo lo contrario. El deber de confidencialidad sobre el cumplimiento de la ley puede: (1) no tener ningún efecto o (2) disminuirlo, pero nunca aumentará el cumplimiento de la ley.

Por ejemplo, el deber no tendrá ningún efecto sobre el nivel del cumplimiento de la ley, en los casos en que un cliente contrata a un asesor legal para cumplir con la ley, ya que no se verá sujeto a ninguna sanción. Entonces, la confidencialidad no tiene efectos. En estos casos, el cliente busca un asesor jurídico por la complejidad que presentan las leyes, por ende, mientras más complejas sean, mayor será la demanda de servicios jurídicos. Por otro lado, las reglas de confidencialidad disminuyen el nivel de cumplimiento de la ley cuando crea incertidumbre en el cliente, y este no sabe si hay o no una sanción para una determinada conducta, generando que el cliente decida no realizar esa actividad en vez de sufrir una posible sanción. Si el asesoramiento es confidencial, el abogado podría hacer que ese cliente cambie su decisión y lleve a cabo la actividad que acarrea una sanción. Esto podría ser así, porque al explicarle y darle información precisa acerca de la probabilidad de que la conducta sea sancionada o no, puede llevar a que el cliente concluya que la ganancia que le produce esa actividad es mayor que la sanción. Además, puede ocurrir que el profesional asesore al cliente sobre cómo minimizar la probabilidad de detección, lo que disminuye la probabilidad de que la conducta sea sancionada (Fischel, 1998). Aquí, se podría incorporar la justificación que señala que con el deber, el abogado puede actuar como una primera barrera ante el incumplimiento. Así como el cliente corporativo se entera que una conducta ilegal le trae mejores beneficios, también podría ocurrir que se entere que tal conducta no le conviene porque acarrea sanciones y por eso omitirla. En este caso, estaría cumpliendo con la ley y el abogado funcionaría como barrera ante el incumplimiento por lo que, el argumento podría trasladarse al contexto organizacional. De todos modos, no parece tener fuerza suficiente como para justificar el deber.

Por último, y haciendo referencia a lo que sucede en el caso Upjohn, las reglas de confidencialidad también pueden reducir el cumplimiento de la ley a través de la reducción de las sanciones que se esperan de una infracción que ya ocurrió.

Resumiendo los hechos del caso, Upjohn, una compañía farmacéutica, descubre, a través de los contadores, que una de las empresas subsidiarias había realizado pagos cuestionables a funcionarios de gobiernos extranjeros para asegurarse los negocios con ese gobierno. El abogado general de Upjohn inició una investigación interna sobre esos pagos, enviando un cuestionario confidencial a los gerentes extranjeros y entrevistándolos, así como también a otros empleados de la compañía. La empresa notifica al gobierno y revela sus pagos cuestionables a la SEC y al Servicio de Impuestos Internos (IRS). En respuesta, el IRS comienza su propia investigación y solicita como prueba los cuestionarios realizados y las notas de las entrevistas del abogado general. A continuación, Upjohn argumentó que estos documentos eran confidenciales debido al privilegio del abogado-cliente y la doctrina del producto del trabajo y se negó a entregar los documentos, por lo que el gobierno presentó una petición para tratar de obtenerlos. El tribunal determinó que Upjohn había renunciado al privilegio abogado-cliente. Si bien Upjohn no había renunciado a este, aplicaron la “prueba del grupo de control” y concluyeron que el privilegio no se aplicaba a las comunicaciones realizadas por esos empleados porque no eran quienes tomaban las decisiones ejecutivas. Upjohn apela a la Corte Suprema, quienes debían resolver si el privilegio y la doctrina del producto del trabajo se aplicaban o no a la empresa. En conclusión, todos los miembros de la Corte estuvieron de acuerdo en que se aplicaba a las corporaciones, tanto el privilegio abogado-cliente, como la doctrina del producto del trabajo. Ya que interpretar el privilegio de manera estricta en el contexto corporativo dificultaría demasiado a los abogados poder brindar un asesoramiento adecuado y asegurarse de que su empresa cumpla con la ley. Al hacerlo, rechazaron la prueba del “grupo de control”, por ser los empleados, y no los miembros del grupo de control, quienes tienen la información para dar. Por último, el caso también originó las advertencias de Upjohn, donde los abogados deben advertir a los empleados que el privilegio pertenece a la empresa y no al empleado individual. La Corte se esfuerza por mostrar que el privilegio sirve a la justicia más que su abolición.

Como enseña Fischel (1998), la Corte comete el error de igualar el incentivo a investigar, con el

incentivo a cumplir la ley. En el supuesto de contar con la confidencialidad, se crea un incentivo para investigar, porque el cliente puede ocultar la información desfavorable que descubra, pero sin esta, las investigaciones serían menos exhaustivas. De todas formas, esto no implica que se viole menos la ley, de hecho, lo que sucede es lo contrario. En concreto, se ignora que el verdadero propósito de Upjohn era reducir la sanción esperada por una infracción conocida. De todos modos, si no hubieran contado con el privilegio, la compañía se hubiera enterado igual de los pagos y la divulgación se hubiera producido. Al igual que si Upjohn hubiera decidido no investigar más, corría el riesgo de que ocurra una investigación gubernamental e igualmente obtener una pena. Por estas razones, la empresa concluyó que era mejor revelar la investigación sin divulgar sus resultados, lo que daría lugar a penalidades más bajas. Lo que surge es que se invocó el privilegio como táctica de litigio, porque ocultaban algo. La Corte, al confirmar el derecho a la confidencialidad termina permitiendo que la compañía reduzca el castigo esperado por su infracción (Fischel, 1998). Asimismo, Luban (1988) indica que la conclusión a la que se llega a través de los argumentos de la Corte sobre el cumplimiento voluntario y la capacidad de descubrimiento, es que la corporación no quedaría en desventaja en caso de abandonarse el privilegio. A decir verdad, solo una corporación que desea reservar su opción de incumplimiento o demorar el descubrimiento podría beneficiarse del privilegio. Por lo tanto, a través de esta explicación, podemos inferir que las dos primeras justificaciones analizadas a favor del deber de confidencialidad no se transfieren al mundo corporativo. Debido a que, con el privilegio lo que ocurre es todo lo contrario, es más fácil para la empresa incumplir con la ley y demorar el descubrimiento.

Pasando a la justificación que se basa en que el deber dota al sistema judicial de eficiencia, recordamos que, para el caso de las personas físicas, el deber de confidencialidad está arraigado al sistema adversarial. Si bien este sistema es criticado como método para administrar justicia y llegar a la verdad, persiste como la base de nuestro sistema. Observándolo desde el punto de vista de los abogados corporativos, puede ser que estos desarrollen funciones que no se relacionan con el sistema adversarial, como por ejemplo, funciones de carácter consultivo, de asesoría o planificación de decisiones futuras, y no tanto de carácter contencioso (Vives, 2019). Aunque, que un abogado corporativo no participe en lo contencioso no implica que esté aislado de él, ya que puede haber otros abogados en el equipo que sirvan en el modo tradicional o incluso que desempeñe ambas funciones. Esta doble identidad dificulta identificar cuál es el rol del asesor corporativo para con el

cliente (Burke, 1981).

Reiterando lo antedicho en el apartado III, para las personas físicas, el deber está vinculado al derecho a un abogado, para que el cliente tenga un juicio justo. En cambio, en un contexto en el que no hay litigios, el derecho a un abogado no es tan fuerte como en los casos en los que hay un juicio. También, el deber para personas físicas se vincula con el derecho a no autoinculparse. Pero, a diferencia de los individuos, las corporaciones no tienen privilegios contra la autoincriminación. Como se explicó, la corporación es una ficción jurídica, lo que lo diferencia de la personalidad humana. Esta diferencia fue reconocida por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1973, dictaminó que no se aplica el privilegio contra la autoincriminación a las corporaciones. Así pues, la misma ley registra que el argumento de la base moral que fundamenta el derecho contra la autoincriminación desaparece en el contexto empresarial (Luban, 1988). Por otra parte, debido a que la asesoría legal se presenta en un contexto sin litigios, debilitar el deber de confidencialidad perjudica los derechos del debido proceso del cliente corporativo. La idea a la que apunta es que el deber resulta necesario para poder proteger el debido proceso y los derechos.

Si bien es discutido el rol del abogado corporativo en la empresa, resulta necesario determinar el alcance de su deber de confidencialidad en relación con su papel tradicional como asesor. Es interesante apuntar que los abogados corporativos aumentan su mala imagen pública por el abuso de poder de las grandes corporaciones. De todos modos, están interesados en reducir esa imagen despreciable y restablecer la confianza del público para mejorar las relaciones públicas, tienen los mismos intereses personales en ser personas honestas y morales que cualquier otra persona. Como señala Burke (1981), el punto de vista de la confidencialidad absoluta del cliente obliga a los abogados a asumir un papel amoral incompatible con su naturaleza humana como seres morales. Si bien estas opiniones no requieren que un abogado traicione a su cliente y revele comunicaciones confidenciales, sí lo alienta a que se retire de la representación. Otra cuestión que apoya el mantenimiento de la confianza del cliente, es el honor de un abogado como persona con valores morales. Se insta que es una traición a la confianza y un incumplimiento del deber fiduciario de lealtad revelar información confidencial. Además, de que mancha el honor y la confiabilidad del abogado. Considero que, tras estas cuestiones, podría entrar en debate el argumento a favor del deber que sostiene que alivia las tensiones del rol profesional. En principio, parece trasladarse esa

justificación al abogado corporativo, porque contar con la confidencialidad le permite mantener esa relación de confianza y fidelidad que, como persona con valores morales, no quiere destruir. Aunque, se podría alegar que si el cliente utilizó la relación profesional para cometer un fraude, la relación abogado-cliente también se ve traicionada, por lo que no merecería beneficiarse de la protección de sus confidencias cuando su abogado descubre el fraude.

Ahora bien, lo que ayuda a la decisión de un abogado sobre si divulgar la mala conducta corporativa son más bien consideraciones pragmáticas. Por ejemplo, el aumento de la responsabilidad personal por ayudar e incitar a llevar a cabo un plan presuntamente ilegal, hace que los abogados se cuestionen si ayudar al cliente corporativo. Además, pueden entrar en conflicto la presión de agencias gubernamentales como la SEC, para obtener ayuda en los esfuerzos de ejecución, con las reglas disciplinarias del colegio de abogados. El asunto, es que para un abogado externo, revelar la mala conducta de los clientes corporativos puede implicar perder una parte sustancial del negocio de la firma de abogados. Esto parece peor para los abogados internos, ya que violar la confidencialidad significaría inevitablemente la pérdida del sustento. En consecuencia, si bien son consideraciones pecuniarias, la decisión de un abogado puede reducirse a decidir entre: revelar información y no trabajar o mantener la confidencialidad y conservar su empleo. En la mayoría de los casos, dada la legalidad discutible de la mayoría de las conductas corporativas y los vagos mandatos de divulgación, la gran parte de los abogados probablemente se negarán a revelar (Burke, 1981).

A modo de cierre, pienso que este argumento a favor del deber que dota de eficiencia al sistema judicial, en principio, parece extenderse a las corporaciones. Especialmente, para no debilitar el debido proceso en un ámbito donde no hay tantos litigios. La idea es que, al contar con el deber, las partes “jueguen limpio” y se respeten los derechos. Pero, como se explicará en el Capítulo 5, para resolver esto se pueden buscar otras soluciones en vez de aplicar el deber de confidencialidad, como por ejemplo fomentar un buen gobierno corporativo para cumplir con la ley y preservar los derechos. Por otro lado, la razón que se fundamenta en el alivio de las tensiones del abogado también podría llegar a trasladarse. No sólo porque el abogado desea conservar la confianza con el cliente para preservar su honor como persona moral, sino también por las consideraciones económicas y laborales a las que debe enfrentarse el abogado corporativo. De todos modos, en estos

supuestos se está frente al fuero interno de abogado, haya o no confidencialidad es su conciencia y su moral las que deciden qué hacer.

Por último, para el argumento a favor del deber de confidencialidad basado en que dota al sistema judicial de legitimidad volvemos al caso Upjohn. Lo que vimos es el argumento que da la corte para justificar el privilegio y el deber de confidencialidad en el contexto corporativo. Pero ignora por completo la amenaza a la dignidad humana de un empleado. Este temor surge del poder del empleador para investigar a voluntad y para castigar su comportamiento errado. Esto derriba la justificación del privilegio que implica tranquilizar a los empleados de que lo que le digan a los abogados no caerá en manos de quienes puedan hacerle daño, permitiéndole al empleado sellar los labios de su abogado incluso de las revelaciones a la gerencia. Cabe recordar, que el argumento de la protección de la dignidad humana es la verdadera justificación del privilegio en caso de personas físicas. Pero, las organizaciones no tienen dignidad, porque no son humanas, son más bien una entidad abstracta que se considera persona solo en sentido técnico (la personalidad corporativa es una ficción jurídica). El dilema aquí es que a pesar de que la corporación no es humana, los empleados particulares que crean información y la hacen circular sí lo son y su dignidad estaría en juego si no pueden confiar en el abogado corporativo. Esto resulta aceptable, pero de todos modos, genera confusión porque pretende difuminar la distinción entre la entidad corporativa y las personas que trabajan para ellas; trasladar la individualidad humana de la persona a la corporación; e invocar sentimientos, como piedad y empatía, que se tienen sobre personas físicas a las personas jurídicas.

Analizando si el argumento de la dignidad humana se ve comprometido como cuando estamos frente al caso de las personas físicas, Luban (1988) plantea tres situaciones que pueden suceder: En la primera de ellas, presenta el supuesto en que el empleado está en peligro legal, realizó un acto que lo hace susceptible de juicio o acusación. En esta situación, como el cliente del abogado corporativo es la organización, la relación abogado-cliente no se mantiene con el empleado que está en peligro. Por ende, no existe ni el privilegio ni el deber. De todos modos, la relación entre empleado y abogado puede sentirse como una relación abogado-cliente porque en otros asuntos el empleado ha personificado al cliente real (entidad abstracta). Pero la sociedad no otorga el privilegio en base a cómo se sienten ellos y sus abogados. Es por esto que el abogado debe dejar en claro a los empleados corporativos que su obligación es con la corporación y no con ellos. De este

modo, se obliga al empleado en peligro a obtener un abogado privado, y así estará obligado por el privilegio y el deber. El inconveniente aquí sería que el empleado, en lugar de confiar en el abogado corporativo deposita su confianza en su abogado privado, produciendo un freno en la divulgación de irregularidades del empleado al abogado corporativo, lo que resulta una desventaja para las corporaciones. De todas formas, lo que nos interesa es la justificación del deber que se basa en la dignidad humana del empleado en peligro y no lo que ocurre en las corporaciones. Por ende, la dignidad humana del empleado se preserva cuando contrata a un abogado privado. Luego, plantea el escenario en que, quien se encuentra en peligro legal es la corporación. En esta ocasión, el argumento de la dignidad humana no se sostiene porque ningún ser humano está en riesgo y la corporación no tiene dignidad. El intento de atribuir la dignidad humana del empleado a la entidad contractual fracasa y por lo tanto el privilegio no puede justificarse por esas razones (o sea por dignidad humana). Por último, presenta la situación en que ambos, corporación y empleado, están en peligro legal. Aquí, quizás la justificación del deber a través del argumento de la dignidad humana puede tener algo de influencia, ya que el abogado corporativo recibe confidencias de clientes humanos que podrían estar en peligro. La dificultad en este supuesto es que existe un posible conflicto de interés si el abogado representa a ambos (corporación y empleado), ya que cada uno tiene una motivación para eximirse inculcando al otro. Si este conflicto de intereses se hace efectivo, el abogado corporativo no puede representar a ambos y como ya trabaja para la corporación, la situación colapsa al primer punto analizado (empleado en peligro legal). Igualmente, la Regla del Código ABA permite la representación dual, esto es, la representación múltiple de corporación y sus empleados, pero no debe existir conflicto de intereses objetivo y requiere consentimiento de las partes. Ahora bien, si existe la posibilidad de que cada uno pueda obtener un abogado separado (privado), pareciera que la representación múltiple no resulta tan útil y más si puede implicar riesgos para el empleado. Puesto que, por más de que ambos presten su consentimiento para la representación dual, todavía puede producirse un conflicto de intereses, habida cuenta de que la corporación sigue siendo el principal cliente del abogado corporativo. Además, el abogado es el principal responsable del bienestar de la corporación y por ende, sigue existiendo la posibilidad de tener que preservar a la organización a expensas del empleado, vale decir, que si la defensa colectiva va mal, no dudará en perjudicar al empleado.

En respuesta a esto, en caso de que los primeros dos razonamientos sean aceptados y el privilegio en esos casos abolido, dado que ambos están en peligro legal, cada uno tendrá intereses en mantener sus privilegios de comunicación. Como estrategia, ambos darán su consentimiento a la representación múltiple e intentarán una defensa colectiva, puesto que es la manera en la que pueden mantener el privilegio y la información fuera de las manos del gobierno. Es más, incluso contando con el privilegio, obstaculizar la investigación es la herramienta fundamental que emplean los abogados. Otra táctica que se utiliza es obligar a sus empleados a que acepten la representación del abogado de la empresa para evitar que esos empleados cooperen con el gobierno.

A continuación, supongamos que el conflicto de intereses no es el problema, el requisito del consentimiento informado cambió su propósito, porque comienza a utilizarse como herramienta para entorpecer la justicia en lugar de proteger a los clientes. Por lo que, si se prohíbe la representación múltiple es más por el interés en la justicia, que por el conflicto de intereses que se pueda llegar a generar. El mejor camino es prohibir esta estrategia de representación dual de una organización y sus empleados porque es sospechosa. Entonces, el argumento de que no surge ningún conflicto de intereses siempre que la corporación y sus empleados den su consentimiento a la representación dual fracasa, porque esta política proporciona un incentivo para que ambos consientan en una representación dual sospechosa a fin de mantener el privilegio (Luban, 1988).

En resumen, la justificación estándar para el privilegio y el deber no se extiende a las corporaciones porque no se requiere para facilitar el flujo de información entre abogado y cliente y, el argumento de que el privilegio resulta necesario para preservar la dignidad humana fracasa porque una corporación no es un ser humano. Además, el individuo en peligro puede obtener un abogado privado con quien se asegura de recibir el privilegio, por eso no existe ningún caso en el que la dignidad se vea comprometida si se niega el privilegio en el contexto de un litigio corporativo. Por último, cabe recordar que, como justificamos el deber de confidencialidad basándonos en el privilegio y este no se extiende a las personas jurídicas, esto mismo sucede con el deber. Es decir, que tampoco se justifica el deber de confidencialidad en estos contextos corporativos. Sin embargo, tiene una base moral independiente, es decir, toda persona debe respetar la confianza de los demás y no requiere razones especiales para hacerlo. Pero como el abogado corporativo es empleado y agente de su cliente, se entiende que tiene un deber moral general de confidencialidad más fuerte.

Esto se basa en la moralidad común que poseen todas las personas, sea profesional o no, implicando que el rol profesional no otorga privilegios e inmunidades especiales. Por ende, se puede decir que, el deber de confidencialidad se va a evaluar con las consideraciones de la moral básica.

V. Mecanismos de solución (compliance)

En este último capítulo, se hará énfasis en que resulta necesario sentar las bases para evitar situaciones complejas y disímiles, por ejemplo, resulta primordial que el abogado corporativo pueda lograr que la empresa cumpla con lo que establece la ley y a su vez busque el bien común de la sociedad. Los abogados corporativos pueden ser una fuente poderosa para promover la conducta corporativa ética. Para esto, se expondrán brevemente los mecanismos para resolver estas cuestiones, principalmente la idea de fomentar un buen Gobierno Corporativo que cuente con los correspondientes controles internos. En líneas generales, sugiere realizar cambios internos en la organización corporativa, delineando con claridad la autoridad de gestión e incrementando la supervisión del directorio. Se pone de resalto que, las empresas con altos estándares éticos y buenas prácticas de gobierno corporativo han resultado ser más rentables y sustentables (Purroy, 2007).

En la actualidad, se está trabajando en conjunto para lograr influir en el deber tradicional del abogado corporativo de lealtad y confidencialidad indivisa. Por ejemplo, el gobierno quiere implementar recursos civiles y penales de mayor severidad contra abogados que contribuyan y fomenten violaciones de la ley. También, incentivan la divulgación de irregularidades corporativas e incluso cuentan con procedimientos disciplinarios de abogados propios. A su vez, los estudios jurídicos están entablando procedimientos internos para reducir los conflictos de intereses y para mejorar las comunicaciones internas. Por último, las organizaciones están incorporando controles internos más eficientes para mejorar la calidad del asesoramiento legal recibido (Burke, 1981).

A. Gobierno Corporativo

Hoy en día, en una corporación, se pueden generar varios riesgos, no solo los tradicionales sino también en su reputación, que tienen que ver con los cambios que se producen en la sociedad. Un cliente corporativo, previo a que un abogado tome la decisión de revelar información confidencial,

debe contar con la oportunidad de rectificar la mala conducta. Ahora bien, se puede obviar la necesidad de revelar confidencias a través de un programa de cumplimiento corporativo interno bien definido. La idea principal es que la empresa esté inmersa en los valores que la acercan a una sociedad más justa y próspera. El comportamiento ético de una empresa puede ser fortalecido y protegido a través de la implementación de buenos códigos de Gobierno Corporativo (Purroy, p.15). Para que sea posible un buen gobierno corporativo es esencial un buen asesoramiento legal. Por su parte, las corporaciones, (1) optan por políticas para aclarar las líneas de autoridad dentro de la organización (2) y toman medidas para garantizar la independencia del asesor legal. Estas cuestiones se diseñan para evitar violaciones corporativas de la ley y para descubrir y enmendar violaciones que ya ocurrieron (Burke, 1891).

Se entiende al gobierno corporativo (GB) como un conjunto de estructuras y procesos donde las empresas son controladas y a su vez dirigidas de manera eficiente. Esto le permite al Directorio y la Gerencia velar por los intereses de la compañía y realizar su efectivo monitoreo, en un marco de confianza, donde la compañía se desarrolla de manera sostenible dentro de la economía de mercado. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es un organismo internacional importante a nivel regulatorio, compuesto por 38 estados, su fin es adecuar sus políticas económicas y sociales. Los representantes de los países miembros se reúnen y comparten prácticas regulatorias. El objetivo es generar esquemas regulatorios para que funcione el mercado de manera sana, maximizar su crecimiento económico y colaborar a su desarrollo y al de los países no miembros. El GB es central para el funcionamiento sano de los mercados. Se proponen asesorar “en materia de políticas públicas y en el establecimiento de estándares y normas a nivel mundial en ámbitos que van desde la mejora del desempeño económico y la creación de empleo al fomento de una educación eficaz o la lucha contra la evasión fiscal internacional”. El método que utilizan para lograrlo “se basa en la colaboración y en un proceso de seguimiento y supervisión llevado a cabo de forma voluntaria entre múltiples actores” (OCDE)⁵.

Entonces, la idea es proporcionar espacios a las compañías para que se adapten a las nuevas reglas del mundo financiero. El GC es el conjunto de prácticas, formales e informales, que gobiernan las

⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En Internet: <https://www.oecd.org/latin-america/>

relaciones entre los administradores y todos aquellos que invierten recursos en la empresa, principalmente accionistas y acreedores. Debe estar integrado a un liderazgo sano y a una cultura que despierte lo mejor de las personas con el fin de lograr el propósito de la empresa. El Programa de Gobierno Corporativo de CAF busca “garantizar un mejor uso de los recursos en las empresas, contribuir a una mayor transparencia contable y mitigar los problemas de información asimétrica que caracterizan a los mercados financieros; asimismo, estas buenas prácticas son clave para el acceso de las empresas a los mercados de capital” (CAF)⁶. Otros beneficios que aporta el buen gobierno corporativo son, por ejemplo; lograr un mejor análisis en la toma de decisiones. Esto implica que las compañías elaboran pautas concretas para atenerse cuando el asesor general no está de acuerdo con la administración sobre asuntos legales. Resulta útil que el abogado de a conocer su postura para lograr tomar decisiones razonables, pensadas entre la recomendación de un abogado con aversión al riesgo y un empresario orientado al mercado. Gracias a esto, la junta puede emitir un juicio informado ya que logra recopilar la mayor cantidad de información sobre los aspectos legales de una decisión comercial (Burke, 1981). Del mismo modo, la calidad de la información mejora; el sistema de control interno se vuelve más fuerte; el valor de la compañía se potencia, resultando en una permanencia del negocio, mejorando la competitividad y confianza del mercado y terceros interesados; se optimiza la estructura corporativa; y el fortalecimiento y seguimiento de la estrategia; entre otras.

Estas prácticas se centran en cinco áreas, a saber: (1) Compromiso con el gobierno corporativo; (2) Estructura y funcionamiento del Directorio; (3) Ambiente de control; (4) Transparencia y divulgación; (5) Derechos de los accionistas. Dentro de cada área se desarrollaron ciertas herramientas a través de las cuales los abogados, que estén trabajando en la operación, puedan desempeñarse correctamente para medir el riesgo y para intentar soluciones que mitiguen estos riesgos. Se agrega una última área, (6) Governance of sustainability.

Haciendo hincapié en el compromiso con el Gobierno Corporativo, resulta fundamental que los cargos altos de la empresa (directores, accionistas, gerencia) comprendan y estén comprometidos con el concepto de gobierno corporativo, debido a que la importancia que estas personas le otorguen

⁶ CAF, Banco de Desarrollo de América Latina, antiguamente Corporación Andina de Fomento. En Internet: <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2013/08/buen-gobierno-corporativo-para-america-latina/>

a la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo en la empresa, influirá en la cultura corporativa, propagándose a todos los demás niveles de la organización. Al mismo tiempo, un buen Gobierno Corporativo cuenta con una serie de documentos. Uno de ellos es el estatuto, a grandes rasgos es el contrato social de la sociedad que determina la estructura y propósito de la empresa, como trata a sus accionistas, como están establecidos los órganos de gobierno, etc. Otro, el Código de ética, viene a ser una guía básica de conductas que determinan los valores generales de la empresa, e imponen deberes y responsabilidades a funcionarios y empleados. También, regula las relaciones dentro de la empresa. Por último, el Código de Gobierno Corporativo, sistematiza muchas normas internas, es un documento único y más sofisticado, en el que se establecen las buenas prácticas de gobierno de la empresa. Estos son un conjunto de recomendaciones para mejorar las prácticas respecto al comportamiento y la estructura del consejo administrativo de una empresa. Se elaboraron para identificar y resolver las deficiencias en el sistema de gobierno corporativo a través de la recomendación de un conjunto integral de normas sobre el rol y la composición del consejo administrativo, las relaciones con los accionistas y la alta dirección. También aconseja acerca de la auditoría y la divulgación de información, y la selección, remuneración, y cese de directores y altos directivos. El contenido de estos códigos varía de un país a otro, de todos modos, deben darse dos objetivos primordiales que son: mejorar la calidad de gestión de la alta administración de las empresas y aumentar la responsabilidad de las empresas con sus accionistas mientras que maximiza el valor tanto de los accionistas como de las partes interesadas (Aguilera R.V., Cuervo A., 2004). Este método, hoy en día, no es obligatorio pero, la empresa que cuenta con este código proyecta una mayor confianza que la que no lo tiene. Todos estos documentos deben despertar los mejores incentivos además de generar mayor control.

Por ende, contar con políticas internas puede ser un medio más efectivo para alentar el cumplimiento corporativo de la ley, que la idea de privar a las corporaciones de la protección de confidencialidad. A través de una estructura corporativa que cuente con líneas claras de autoridad diseñada para garantizar la independencia del abogado se pueden minimizar algunos de los conflictos de intereses que estos enfrentan lo que hace más fácil responder quién es el cliente del abogado corporativo. Por ejemplo, que el encargado de designar al abogado de la compañía sea la junta directiva y no el director, dejando en claro donde residen sus responsabilidades dentro de la organización, o también contar con asesoría legal externa para minimizar potenciales conflictos. Los

abogados corporativos están a cargo de implementar programas efectivos de cumplimiento (Burke, 1981).

En síntesis, las administraciones corporativas, prefieren evitar violar la ley, estos mismos son los responsables de descubrir las violaciones que se cometieron y corregirlas. De todos modos, en su ansiedad por demostrar el cumplimiento de la ley, puede ser demasiado fácil pasar por alto las violaciones que ocurrieron.

B. Controles internos

Aquí se destaca el área de ambiente de control, es central para el gobierno corporativo y es la base de todos los desvíos que generan escándalos corporativos en muchos casos. El ambiente de control cuenta con un conjunto de normas, procesos y estructuras que proveen las bases para llevar a cabo el Control Interno en la organización. El Directorio es responsable de asegurar que la emisora cuenta con un ambiente de control robusto. Incluye análisis sobre: el sistema de control interno, la función de auditoría interna, el gobierno y la gestión del riesgo, la función de compliance, la función de auditoría externa. Todos estos sistemas de control internos son centrales.

Las investigaciones internas sirven para determinar el cumplimiento y también se ven obstaculizadas por el alcance incierto del privilegio abogado-cliente corporativo y el riesgo de responsabilidad civil y penal por violar la ley (Burke, 1981). Las administraciones corporativas están estableciendo procedimientos de investigación interna diseñados para descubrir la mayor cantidad de información con el menor riesgo de exponer a los individuos a responsabilidad. Un procedimiento sugerido es una auditoría legal, realizada conjuntamente por un abogado interno y externo, diseñado para identificar puntos problemáticos y monitorear el cumplimiento. A su vez es importante que exista independencia tanto de la parte interna como externa para llevar de manera efectiva su labor. Por ejemplo, algunas corporaciones pueden contemplar la divulgación voluntaria de actos delictivos, incluso las agencias gubernamentales utilizan cada vez más su discreción final para recompensar a quienes cooperan en el descubrimiento de delitos. Esos esfuerzos internos están dirigidos a asegurar el cumplimiento corporativo de la ley. Las corporaciones están definiendo las funciones del asesor corporativo en términos de su mejor uso para avanzar en la obediencia a la ley.

El directorio es quien debe decidir cuál es el límite de riesgo a tolerar y cómo se gestiona, a su vez el riesgo debe estar mapeado para la mejor toma de decisión.

Como se dijo, dentro del ambiente de control se encuentra la función de compliance. Es un elemento importante para el funcionamiento más sano de la estructura de gobierno de la empresa. Las compañías usualmente deben estar en cumplimiento con obligaciones múltiples de compliance y en caso de incumplirlas puede implicar responsabilidades penales. Por lo tanto, un robusto programa de compliance delimita de manera clara el plan de acción y defensa procesal frente a responsabilidades penales. A su vez, no se debe restar valor a la situación incómoda en la que se encuentra el abogado cuando se refiere al secreto profesional. Esta situación es particularmente complicada si tenemos en cuenta que podría derivarse en responsabilidad penal individual del abogado y también responsabilidad penal corporativa de la propia persona jurídica. Por eso, es importante que la persona jurídica disponga de un programa de compliance que cuente con protocolos que determinen los términos en los que se debe producir y custodiar la información sensible. Este programa debe contar con la gestión de un canal de denuncias y la conducción de investigaciones internas, donde se exprese de manera clara cómo se obtiene la información, quién la custodia y quién decide sobre lo que se hará con la misma. Resulta preferible que estas cuestiones sean gestionadas o supervisadas por un abogado externo. Un programa de compliance carente de estos elementos difícilmente podría facilitar la reacción frente a un delito detectado. A modo de resumen “los programas de compliance penales con pretensiones de eximir de pena, deben estar orientados a la colaboración” (Vives, 2019, p.19).

C. Ley 27.401 de Responsabilidad de Personas Jurídicas

La Ley N° 27.401 establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal (art.1). Se incentiva a las organizaciones a contribuir con la investigación y denuncia de irregularidades, y además son responsables de prevenirlas. Lo atractivo es que introduce los Programas de Integridad o de Compliance para personas jurídicas, que, como se explicó resultan fundamentales para prevenir, detectar y reparar irregularidades comprendidas por esta ley. Esta delinea los elementos que hacen a un buen Gobierno Corporativo. Es decir, que instaura los procedimientos que debe cumplir para

evitar la comisión de delitos. La ley exime de pena y responsabilidad administrativa a las empresas que cuenten con el programa de integridad. En su artículo 2 especifica que la responsabilidad por los delitos que hubieren cometido sus miembros se transfiere a la persona jurídica, debido a que estos obran en representación de ella, actúan en beneficio o interés de la persona jurídica y sólo queda exenta de responsabilidad, en el caso en que la persona que cometió el ilícito hubiere actuado para su propio beneficio y sin producir ningún provecho para la organización. Entonces, en su artículo 9 exime de pena y responsabilidad administrativa a la persona jurídica cuando concurren en simultáneo tres circunstancias: la denuncia del delito como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; que se esté implementando, previo al hecho, un sistema de control y supervisión adecuado; y se hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido. El artículo 22 permite a las personas jurídicas contar con el programa de integridad si así lo desean. Determina que estos programas deben ser consistentes con el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos destinados a la prevención, detección y corrección de las irregularidades y actos ilícitos comprendidos en la ley. Además, el programa debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, es decir que el programa se adapta a las propias necesidades de la empresa, su dimensión y su capacidad económica. Por último, el artículo 23 enumera los elementos que debe contener el Programa de Integridad: un código de ética o una serie de políticas y procedimientos de integridad; un conjunto de reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en las interacciones con el sector público; un programa de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados. También, recomienda prácticas y condiciones de carácter opcional que permiten configurar un programa eficiente: el análisis periódico de riesgos; el apoyo visible al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; una política de protección de denunciantes contra represalias; canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; un sistema de investigación interna que respete los derechos e imponga sanciones a las violaciones del código de ética o conducta; procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; la debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades en las personas jurídicas involucradas; el monitoreo y evaluación de la efectividad del programa de integridad; designar un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad y; el cumplimiento de las exigencias reglamentarias que

sobre estos programas dicten las respectivas autoridades que rijan la actividad de la persona jurídica.

Por lo tanto, a través de la Ley N° 27.401 se introduce, en la Argentina, el concepto de Programa de Integridad que resulta apropiado en el ámbito del gobierno corporativo. La idea es promover una cultura de buenas prácticas empresariales y de apego a la ley, prevenir la comisión de delitos analizando riesgos y estableciendo políticas y procedimientos internos adaptados a cada empresa. A su vez, cuenta con un sistema de incentivos, para sancionar conductas inapropiadas, y recompensas a esas denuncias.

VI. Conclusión

Para cerrar, el secreto profesional y por ende el deber de confidencialidad, es tanto un derecho como un deber que emana de la Constitución Nacional (arts. 18, 19 y 75 inc. 22) y garantiza el derecho de defensa de los ciudadanos y el libre ejercicio de la abogacía, implicando que el abogado pueda actuar de manera libre e independiente. Es también una obligación, ya que el profesional tiene la exigencia de guardar discreción sobre todos los datos obtenidos, hechos y circunstancias que le fueron confiadas por el cliente en virtud de la relación mutua de confianza, profesionalismo, lealtad, honorabilidad y probidad profesional que ha demostrado. Entonces, el cliente se sentirá cómodo al exponer sus asuntos debido a que entiende, con plena seguridad, de que todo lo que revele será guardado y protegido. Se genera una libertad de comunicación y confianza entre abogado y cliente. Evidentemente, el incumplimiento de este deber puede llegar a derivar en responsabilidad penal y deontológica para el abogado. Es decir, que existen sanciones éticas como por ejemplo, multa, exclusión o suspensión de la matrícula profesional. Guardar las confidencias hechas por el cliente es una exigencia moral, de orden público y un deber ético de conciencia, que se vincula con la conducta humana y violar este derecho vulnera varios principios fundamentales, como la inviolabilidad de la defensa en juicio. Sin embargo, existen circunstancias en las que se le permite al abogado retirar esa protección al secreto. Este deber plantea dificultades en cuanto a su interpretación, porque es central al rol del abogado para cumplir su función y es polémico porque puede entrar en pugna con otras exigencias morales, lo que implica que no pueda satisfacerlas al mismo tiempo. El principal problema que plantea la confidencialidad entre abogado-cliente son sus

límites, que se ven tensionados. Para aminorar estos dilemas, resulta necesario definir los contornos del deber a través de los Códigos de Ética que regulan el ejercicio de la profesión en conjunto con las normas penales que dan lugar al deber de confidencialidad.

Se establece como justificación general del deber que sin el privilegio no se produce el libre flujo de información entre abogado y cliente que es necesario para que el abogado presente una defensa razonable. Ahora bien, observamos que las razones a favor de la confidencialidad pensadas para personas individuales no se transfieren bien al contexto organizacional. Se estableció que el cliente del abogado corporativo es la entidad abstracta en sí misma, la corporación. Así pues, debe defender sus derechos y libertades procurando buscar la prevalencia de la justicia y no debe dejarse influenciar por los deseos personales de ninguna persona u organización. Las corporaciones deben comportarse en el mejor interés de la sociedad y para esto, los abogados corporativos se encuentran en la posición como para concientizar sobre sus responsabilidades sociales y para garantizar el cumplimiento de la ley. Al preguntarnos si las personas jurídicas merecen el deber de confidencialidad, se observó que las tendencias se encaminan a la supresión del secreto profesional en beneficio de la colaboración del abogado con las autoridades. Respecto a las justificaciones, haciendo referencia al deber de confidencialidad sobre el cumplimiento de la ley, así como se vio a través del caso Upjohn, las reglas de confidencialidad pueden reducir el cumplimiento de la ley, se estableció que, con el privilegio, resulta ser más fácil para la empresa incumplir con la ley y demorar el descubrimiento. Por su parte, al basarse en que el deber dota al sistema judicial de eficiencia, desde el punto de vista de los abogados corporativos, se entendió que puede ser que estos desarrollen funciones que no se relacionan con el sistema adversarial, como funciones consultivas o de asesoría, lo que dificulta identificar cuál es el verdadero rol del asesor corporativo. En un contexto en el que no hay litigios, el derecho a un abogado no es tan fuerte como en los casos en los que sí los hay y las corporaciones no tienen privilegios contra la autoincriminación. Entonces, debilitar el deber de confidencialidad perjudica los derechos del debido proceso del cliente corporativo. La idea a la que apunta es que, al contar con el deber, las partes respeten el proceso y los derechos. Pero, se interpreta que esto puede solucionarse a través de otros métodos, a saber, que la corporación cuente con un buen gobierno corporativo y controles internos. Siguiendo con el argumento a favor del deber que sostiene que alivia las tensiones del rol profesional, se notó que revelar información confidencial es una traición a la confianza y un incumplimiento del deber de

lealtad y afecta el honor del abogado. Se podría transferir esta justificación al abogado corporativo para que se le permita mantener esa relación de confianza y fidelidad que, como persona con valores morales no quiere perder. De todos modos, esta justificación se desmorona para el caso de personas jurídicas porque podría ocurrir que, si el cliente utilizó la relación profesional para cometer un fraude, la relación abogado-cliente también se vea burlada, por lo que no merecería beneficiarse de la protección de sus confidencias. Y, la justificación que sostiene que el deber dota al sistema judicial de legitimidad y se basa en que el privilegio resulta necesario para proteger la dignidad humana también falla, porque una corporación no es un ser humano y por lo tanto no tiene dignidad. La idea de transferir la individualidad humana de la persona a la corporación fracasa. En síntesis, la justificación estándar del deber no se extiende a las corporaciones porque no se requiere para facilitar el flujo de información entre abogado y cliente. Sostenemos que el deber de confidencialidad es más restringido para personas jurídicas. Sin embargo, el deber de se va a evaluar con las consideraciones de la moral básica, toda persona debe respetar la confianza de los demás y no requiere razones especiales para hacerlo.

Por último, se expusieron algunos mecanismos de solución; fomentar un buen Gobierno Corporativo y contar con controles internos. A grandes rasgos, se persigue una cultura de buenas prácticas empresariales comprometidas con la ley y en prevenir la comisión de delitos, analizando riesgos y desarrollando políticas y procesos internos ajustados a cada empresa. Deben quedar en claro las funciones del asesor legal y su indiscutida independencia. Por su parte, a través de un programa de cumplimiento corporativo interno bien definido, se puede obviar la necesidad de revelar confidencias. Estos programas, cuentan con un régimen de incentivos, para sancionar conductas indebidas, y recompensas a esas denuncias. Resulta importante que la persona jurídica disponga de un programa de compliance que cuente con protocolos que determinen los términos en los que se debe producir y proteger la información delicada. A través de la Ley N° 27.401 se establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas en nuestro país. La misma incentiva a que tengan un programa de integridad y los exime de pena si cumplen con determinados requisitos.

Bibliografía

Aguila Muñoz, Magdalena (2015), El secreto profesional en los estudios de abogados. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Concepción, Chile.

Aguilera, R.F. y Cuervo-Cazurra (2004). A. Codes of good governance worldwide: what is the trigger? *Organizations Studies*, V. 25, no 3.

Arguello Miño Lourdes Verónica (), “El deber de los abogados de guardar secreto profesional

Azerrad, M. E. (2007). *Ética y secreto profesional del abogado: Ejercicio y función social de la abogacía*. (1a ed.). Cathedra Jurídica. Obtenido de: <https://docer.com.ar/doc/nns581e>

Bielsa, Rafael (1960). *La Abogacía*, Editorial Abeledo-Perrot, p. 247, Buenos Aires.

Brown, H.L. (1996). The Dilemma of Corporate Counsel Faced with Client Misconduct: Disclosure of Client Confidences or Constructive Discharge, 44 *Buff. L. Rev.* 777. Disponible en: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol44/iss3/14>

Burke, M. H. (1981). The Duty of Confidentiality and Disclosing Corporate Misconduct. *The Business Lawyer*, 239-295.

Creus, C. W. y Buompadre, J. E. (2013). *Derecho penal: parte especial*. Astrea. (Trabajo original publicado en 1983)

Fischel, D. R. (1998). Lawyers and confidentiality. *The University of Chicago Law Review*, 65(1), 1-33.

Freedman, Monroe H. (1984). Lawyer-client confidences under the A.B.A. model rules: Ethical rules without ethical reason. *Criminal Justice Ethics*, 3(2), 3-8.

https://heinonline-org.eza.udes.a.edu.ar/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/crimjeth3&id=91&men_tab=srchresults#

Luban, David (1988). “Lawyers and Justice an ethical study”

Munilla Lacasa, Hernán (s.f.). El abogado no puede ser obligado a prestar declaración testimonial si opta por guardar el secreto profesional.

Disponible en: <https://mlsdp.com.ar/archivos/secreto%20profesional.pdf>

Perez Fernandez Del Castillo, Bernardo (2014). *Deontología Jurídica Ética del Abogado y del servidor público*, Vigésimoprimera Edición, México, Editorial Porrúa, Avenida República Argentina

- Purroy, M. I. (2007). Ética, gobierno corporativo y responsabilidad social en las empresas. Cuadernos unimetanos, (12), 13-20.
- Rivera Lopez, E. (n.d.). Confidencialidad. In *Manual de Ética Profesional para la Abogacía*.
- Rodríguez, A. B. (2011). Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado. *Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 221-263.
- Rodriguez Piñeres, Eduardo (1980). Estudio sobre el Secreto Profesional, p. 14, Editorial Temis, Bogotá.
- Rosendo Orduña Hernández, Soraya Delgado Vázquez, Arturo López Saldíña. (2016). Responsabilidad del abogado como asesor corporativo. *Horizontes de la Contaduría en las Ciencias Sociales. Año 3, Número 6, Enero-Junio 2017*
- Seleme, Hugo Omar (s.f.). Ética Profesional del Abogado: Debates y Tensiones. Capítulo: Tensiones en el Deber de Confidencialidad. Editorial Universidad de los Andes Colombia.
- En Internet: <https://derecho.aulavirtual.unc.edu.ar>
- Vance, Amanda, & Wallach, Randi. (2004). Updating confidentiality: An overview of the recent changes to Model Rule 1.6. *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 17(4), 1003. <https://www-proquest-com.eza.udesa.edu.ar/docview/227365151/fulltext/8A4E02A82C884B13PQ/1?accountid=28034>
- Vives, B. G. (2019). El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (21), 19.
- Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383 (1981). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/>
- American Bar Association. Disponible en: <https://www.americanbar.org/products/inv/book/409060453/>
- ABA Model Rules of Professional Conduct. Rule 1.6 (1994) - "Reglas Modelo". Disponible en: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_6_confidentiality_of_information/
- ABA Model Code of Professional Responsibility. Disponible en: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/mrpc_migrated/mcpr.pdf
- Reglas Modelo de conducta profesional 2018. Centro de Ética legal, Universidad de Puerto Rico. Disponible en: <http://eticalegal.org/wp-content/uploads/2018/05/Reglas-Modelo-Final-1.pdf>

OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Disponible en:
<https://www.oecd.org/latin-america/>

CAF - Banco de Desarrollo de América Latina, antiguamente Corporación Andina de Fomento.
Disponible en:

<https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2013/08/buen-gobierno-corporativo-para-america-latina/>

Legislación

Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal de Argentina. Disponible en: <https://www.cpacf.org.ar/formularios/codigoetica.pdf>

Normas de Ética Profesional del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: <https://colproba.org.ar/j/2008/12/29/normas-de-etica-profesional/>

Normas de Ética Profesional del Abogado. Disponible en:
https://www.colabro.org.ar/contenidos/2015/08/20/Editorial_3135.php

Ley N°23.187. Requisitos para el ejercicio de la profesión de abogado en la Capital Federal, Jerarquía, deberes y derechos, Matrícula. Colegiación.

Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26188/texact.htm>

Ley N°5.177 Ejercicio y Reglamentación de la profesión de abogado y procurador. Disponible en:
<https://www.colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/otros/normativas-ley-5177.pdf>

Ley N°27.401 de Responsabilidad Penal . Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/295000-299999/296846/norma.htm>

Constitución Nacional Argentina

Código Penal de la Nación Argentina. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#19>

Código Procesal Penal. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#9>

Código Civil de la Nación. Disponible en:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroI_S1_tituloI.htm