

CAPÍTULO CUARTO

DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

I. INTRODUCCIÓN

El deber de guardar secreto sobre la información que ha llegado a poder del abogado debido a la relación profesional que ha establecido con su cliente, es central al rol de abogado según el modo en que se encuentra configurado en la actualidad, y, a la vez, es controvertido en sus contornos. Su centralidad viene dada por el hecho de que, difícilmente, podemos imaginar una situación en la que los abogados pudieran cumplir con su función de asesorar, representar y defender a sus clientes si este deber de sigilo no existiera. Su carácter controvertido se debe a la pluralidad de contextos en los que se aplica y a la posibilidad, siempre presente, de que entre en conflicto con otras exigencias morales. Así, por ejemplo, el abogado de familia puede tener conocimiento de que su cliente padece de una adicción que lo inhabilita para el cuidado de su hija, cuya custodia está solicitando; el abogado penalista puede saber que su defendido, en efecto, cometió el crimen por el que se le acusa, o el abogado corporativo de una tabacalera puede conocer el daño para la salud que ocasionan los productos que vende la compañía a la que representa. Y en todos estos casos, aun si se acepta el carácter central del deber de confidencialidad, sus límites se ven tensionados por el conflicto con otros deberes, como el de auxiliar a la realización de la justicia o evitar el daño a terceros.

Aunque es posible que en su vida profesional los abogados se enfrenten con genuinos dilemas en los que el deber de confidencialidad entra en conflicto con otras exigencias morales, y ambas no pueden ser honradas al mismo tiempo, también puede darse el caso de que los dilemas sean sólo aparentes y se disuelvan una vez que los contornos del deber de confidencialidad han sido cuidadosamente definidos.

Así, para evitar, o al menos disminuir, la aparición de situaciones dilemáticas, las normas que regulan el ejercicio profesional, la jurisprudencia y la doctrina han intentado especificar con mucho cuidado cuáles son esos

límites del deber de confidencialidad. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos ha regulado este deber apelando a normas de diferente tipo, entre las que se encuentran las de ética profesional. Que un mismo asunto sea objeto de preocupación de diferentes ramas del derecho es una muestra acabada de la importancia que reviste la exigencia de confidencialidad.

Caso práctico

El 10 de junio de 2013, a las 8:28 h, Ángeles Rawson salió del edificio de calle Ravignani 2360, donde vivía junto a su madre, su hermano y su padrastro, dispuesta a hacer gimnasia. Al salir se cruzó con el portero Jorge Néstor Mangeri. El 11 de junio la chica, de 16 años, apareció asesinada en la planta de residuos de la CEAMSE de la localidad bonaerense de José León Suárez.

La investigación se focalizó, en un principio, en el centro de distribución de residuos que la CEAMSE tiene en el barrio de Colegiales, desde donde había salido el camión de residuos con destino a José León Suárez. Ángeles hacía gimnasia en un predio cercano a esa planta y sus amigas la vieron por última vez en la esquina del centro de distribución.

Las imágenes de unas cámaras de seguridad que mostraban que Ángeles había regresado a su domicilio luego de hacer gimnasia cambiaron la dirección de la investigación; entonces las sospechas se focalizaron en su padrastro, Sergio Opatowski.

La fiscal allanó el departamento donde vivía Ángeles, y el viernes 14, por la noche, interrogó al grupo familiar para ver si podía encontrar datos que fortalecieran sus sospechas contra el padrastro. No obtuvo ningún dato relevante ni de la madre ni del hermano, y la mucama aseguraba que Ángeles no había regresado esa mañana al domicilio. Finalmente, tocó el turno del portero Mangeri. La fiscal pensaba que sería un testigo clave para saber si Ángeles había regresado a su departamento, pero ante a sus contradicciones comenzó a pensar que quizá se encontraba frente al asesino.

A las 5:30 h del sábado, Mangeri pidió hablar a solas con la fiscal y, en presencia del secretario de la Fiscalía, le dijo: “Soy el responsable de lo de Ravignani 2360; fui yo. Mi señora no tuvo nada que ver en el hecho”. El portero fue retirado de la Fiscalía esposado y con la cara descubierta, por lo que su imagen salió en todos los medios de comunicación, como si el crimen de Ángeles ya estuviera resuelto.

Mangeri, sin embargo, nunca ratificó la confesión, y en las cinco indagatorias que tuvo sostuvo su inocencia, alegando que la autoincriminación

frente a la fiscal se produjo debido a que dos policías lo habían presionado. Pero dos semanas después del crimen, los resultados de una prueba de ADN revelaron que debajo de la uña del dedo índice de la mano derecha de Ángeles había ADN de Mangeri. Ahora bien, uno de los abogados encargados de la defensa en el juicio del portero fue Miguel Ángel Pierri, y su estrategia defensiva consistió en sostener la inocencia de su defendido cuestionando la confiabilidad de los estudios de ADN que lo incriminaban.

Como el caso cobró mucha relevancia pública, Pierri se volvió un asiduo concurrente de estudios de televisión, y por alguna razón, en una de las tantas entrevistas que dio estaba acompañado por su esposa y su hijo, Juan, de siete años. El conductor del programa *Contámelo todo*, en un momento del reportaje en vivo, le hizo la pregunta que todos los televidentes esperaban: “¿Mangeri es inocente?”. Pierri comenzó a responder: “Mangeri es un señor inocente que está pasando por el peor momento de su vida...”, pero su hijo, que estaba sentado al lado, lo interrumpió: “Pero boludo, mató a Ángeles”, dijo para la sorpresa de todos, así que el padre intentó callarlo acercándole la mano a la boca mientras le decía “¡Shhh!”. La entrevista continuó, con el evidente malestar del abogado defensor. El entrevistador volvió a preguntar al abogado: “¿En algún momento sentís que Mangeri siente que mataron a una nena de 16 años, más allá de todo?”. Antes de que Pierri pudiera responder, Juan volvió a intervenir; levantó la mano, como pidiendo permiso para hablar en el colegio, mientras acotaba “Yo sé cómo la mató”. Esta vez, el conductor salió al cruce diciéndole “Pero no lo digas, mi amor...”. Pierri sólo atinó a bajarle la mano al niño mientras éste preguntaba “¿Por qué no lo puedo decir?”, y el padre insistía con el “¡Shhh!”.

El caso puso en el centro del debate el deber de secreto profesional: ¿mostraban los dichos del niño que su padre había vulnerado el deber de secreto profesional? ¿Podía el padre excusarse señalando que no había existido vulneración alguna dado que la información había sido revelada sólo en el ámbito de la intimidad familiar? ¿Podía el abogado defenderse diciendo que la información había sido confiada sólo a la esposa, luego de hacerle prometer que no la revelaría, y que Juan la había escuchado inadvertidamente? Si el abogado señalara que, en efecto, había comentado algunas circunstancias del caso, pero que no había revelado nunca la identidad del imputado sobre el que estaba hablando, ¿bastaría para sostener que no hubo quebrantamiento del deber de sigilo?

Cabe señalar que Pierri sostuvo que nunca había revelado información sobre la causa, y afirmó que su hijo, al igual que todos los niños que veían programas de televisión, había sido expuesto a las conjeturas que tejían los periodistas sobre la culpabilidad de Mangeri y la mecánica del crimen. Sus

dichos en el programa televisivo, por lo tanto, no eran evidencia alguna de que hubiera existido algún quebrantamiento del deber de secreto profesional; sólo mostraban el profundo impacto que los medios de comunicación tienen sobre las mentes infantiles.

II. LAS HERRAMIENTAS LEGALES DE LA CONFIDENCIALIDAD

Como hemos señalado, los sistemas jurídicos se han ocupado de la confidencialidad con normas de diferente tipo. En general, este asunto es regulado por normas penales, procesales, de ética profesional y civiles que dan lugar a deberes de distinta naturaleza. Por ejemplo, en Argentina, el Código Penal castiga con multa e inhabilitación a quienes “teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa” (artículo 156). Y el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, por su parte, señala que

...[d]eberán 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 ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado (artículo 221).¹⁸⁰

Finalmente, la Ley de Colegiación Obligatoria que regula el ejercicio profesional de la abogacía en la provincia de Córdoba señala, en su artículo 17, inciso 7, que los abogados tienen la obligación de “[g]uardar el secreto profesional respecto de los hechos conocidos con motivo del asunto encomendado o consultado, salvo las excepciones establecidas en la ley”.

Las normas civiles que regulan el daño resarcible también poseen relevancia a la hora de analizar la responsabilidad del abogado por la custodia de la información confidencial. La vulneración del deber de secreto puede

¹⁸⁰ Argentina posee un sistema político federal en el que la competencia para dictar los códigos procesales y el poder de policía no han sido delegados por las provincias a la nación. De allí que los códigos procesales y la regulación de las profesiones a través del ejercicio del poder disciplinario sea provincial. Por otro lado, existe un sistema judicial federal con su propio código procesal que se aplica a un conjunto específico de delitos, en relación con el cual las provincias han delegado a la nación el poder de policía. Este procedimiento es regulado por el Código Procesal Penal de la Nación. En lo que respecta al deber de confidencialidad, la regulación contenida en el artículo 244 de este ordenamiento es idéntica a la de Córdoba.

causar daño (patrimonial o extrapatrimonial) tanto al cliente como a terceros. Por otro lado, la responsabilidad por resarcir el daño puede ser tanto contractual como extracontractual. Por lo general, es contractual la responsabilidad que el abogado tiene por resarcir el daño producido al cliente; mientras que es extracontractual la que lo obliga frente a terceros. Un ejemplo de norma civil que establece de manera específica el deber de resarcir el daño causado por la vulneración del deber de confidencialidad por parte del abogado es el artículo 2590 del Código Civil Federal de México, según el cual “el procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios...”.

Asimismo, las diferentes herramientas con las que los ordenamientos jurídicos regulan la confidencialidad tienen características distintivas: las normas penales y disciplinarias (éstas últimas contenidas en los códigos de ética) dan lugar al *deber de confidencialidad*; las normas procesales generan *exclusiones probatorias*, *privilegios* o *prerrogativas*, y las normas civiles, por último, crean el *deber de reparar*. Todas estas posiciones jurídicas son diferentes y conviene distinguirlas.

El *deber de reparar* que surge de las normas civiles no es, propiamente, uno de confidencialidad; por el contrario, la responsabilidad civil surge una vez que la información confidencial ha sido revelada. Entonces, el objetivo del resarcimiento civil no es el disuadir la conducta infidente por parte del abogado, sino reparar el daño que ésta causa.

Las normas procesales, por su parte, pueden establecer que no es admisible la declaración del abogado realizada sobre hechos confidenciales o que el abogado no se encuentra sujeto al deber de brindar testimonio sobre información confidencial. En el primer caso tenemos una *exclusión probatoria*, ejemplificada por lo establecido por el Código Procesal Criminal de la Provincia de Córdoba;¹⁸¹ en el segundo hay un *privilegio* o *prerrogativa*. El denominado *attorney client privilege* del sistema estadounidense es un ejemplo: lo que este privilegio establece es que el abogado no tiene el deber de develar la información protegida ni frente a la contraparte ni frente a las autoridades administrativas o judiciales.

¹⁸¹ El artículo 362 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México contiene una exclusión probatoria semejante. Señala: “Es inadmisibles el testimonio de personas que, respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar secreto con motivo del conocimiento que tengan de los hechos en razón del oficio o profesión, tales como ministros religiosos, abogados, visitadores de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, así como los funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según las leyes de la materia...”.

El *deber de confidencialidad*, por último, surge de las normas que establecen una sanción para la conducta infidente. Las normas más gravosas son, sin duda, las penales, pero también se incluyen aquí las normas disciplinarias contenidas en los códigos de ética profesional. El objetivo de estas regulaciones es evitar que el abogado revele la información confidencial, castigando al que lo hace.

Ahora, el modo en que los diferentes tipos de normas abordan el asunto de la confidencialidad puede ser homogéneo —de tal modo que cualquier transgresión al *deber de confidencialidad* genera daño civilmente resarcible, es nulo el testimonio sobre toda información que el abogado tiene el deber de no divulgar y nunca tiene el deber de develarla frente a la contraparte o ningún tipo de autoridad— o no. Lo último se da, por ejemplo, en el sistema estadounidense, donde las comunicaciones protegidas por el privilegio abogado-cliente no abarcan toda la información en relación con la cual el abogado tiene el deber de guardar confidencialidad.

La atención en lo que sigue estará focalizada en el *deber de confidencialidad*, dejando de lado los problemas vinculados con el *deber de reparar*, las *exclusiones probatorias* y los *privilegios* procesales. Sin embargo, lo que se diga acerca del *deber de confidencialidad* tendrá impacto en estos otros asuntos, y será mayor mientras más homogéneo sea el sistema jurídico en el modo en que aborda el problema de la confidencialidad.

III. JUSTIFICACIÓN

El deber del abogado de resguardar y no divulgar la información confidencial a la que ha tenido acceso ha recibido justificaciones variadas. Esto significa que es posible ofrecer múltiples razones, no todas ellas igual de fuertes, en defensa del deber de confidencialidad. Esta circunstancia atestigua el carácter central que tal deber tiene en la ética profesional de la abogacía.

1. *Promueve el cumplimiento voluntario del derecho*

La mayoría de los ciudadanos poseen el deseo de cumplir con lo que prescriben las normas jurídicas. En algunos ciudadanos este deseo surge de la mera aceptación de las normas; en otros, de la convicción de que el aparato coercitivo del Estado es eficiente y que, por lo tanto, al incumplimiento voluntario sobrevendrá la sanción. Siendo éste el caso, la principal razón por la que los ciudadanos no se ajustan a derecho no es su falta de motivación,

sino su falta de conocimiento. El sistema legal contiene una pluralidad de normas, muchas de las cuales utilizan lenguaje técnico, y posee un carácter dinámico que hace que, de manera constante, antiguas prescripciones sean derogadas y nuevas incorporadas. Esta complejidad del sistema jurídico hace que incluso para aquellos que desean cumplir con sus prescripciones, no sea fácil identificar los cursos de acción que señalan. En conclusión, de acuerdo con este diagnóstico, el principal obstáculo para el cumplimiento de los mandatos legales no es la falta de motivación, sino la falta de conocimiento técnico.

Los abogados poseen este conocimiento especializado que puede contribuir al cumplimiento voluntario del derecho; no obstante, para que el abogado pueda utilizar este conocimiento para guiar al cliente es necesario que éste le transmita toda la información del caso. Sin la protección del deber de confidencialidad, el cliente tendría un motivo para retener información embarazosa y comprometedora, ya que la amenaza de que ésta se volviera pública estaría siempre presente. Por consiguiente, el deber de confidencialidad quita uno de los obstáculos que podría impedir que la información fluya desde el cliente hacia el abogado libremente.

2. Posibilita que el abogado sea la primera barrera frente al incumplimiento

Que el deber de confidencialidad permita que la información que recibe el abogado sea completa facilita que pueda tomar conocimiento de cualquier deseo de transgredir la legalidad que el cliente posea. A diferencia del supuesto anterior, donde el cliente tiene el deseo de cumplir pero no sabe cómo, aquí existe el deseo de no cumplir con lo que prescribe el derecho. Por supuesto, si el cliente sospechara que el abogado puede revelar la información que recibe en confidencia, tendría motivos para no informar sus intenciones ilegales.

Que esta información llegue a manos del abogado, en parte gracias a la tranquilidad generada en el cliente por el deber de confidencialidad, posibilita que el abogado pueda actuar como una primera barrera de contención frente a la conducta impropia. El abogado no es un mero promotor de los intereses del cliente, sean cuales sean, sino que, ante todo, es un auxiliar de la justicia. Es esta faceta de su rol, comprometida con el interés público y el respeto de la ley, la que el deber de confidencialidad permite ejercitar en este caso. Que el cliente le revele su deseo de incumplir el derecho brinda al abogado la oportunidad de advertirle sobre la incorrección de la conducta,

instándolo a abstenerse de realizarla. O puede, adicionalmente, mostrarle cursos legales de acción que permitan alcanzar de manera apropiada sus objetivos. Pero si nada de esto funciona, el abogado debe privarse de brindarle sus servicios, renunciando al patrocinio y, en ciertos casos, hasta puede proceder a la revelación de la información confidencial para evitar la realización de la conducta delictiva.¹⁸²

3. *Dota al sistema judicial de eficiencia*

Aunque la finalidad de las normas jurídicas es regular la conducta fuera de los tribunales, cuando no existe obediencia voluntaria la coacción ejercitada a través del sistema judicial entra en funcionamiento. Para que las normas jurídicas sigan teniendo poder motivador es esencial que el sistema judicial sólo castigue a quienes, en efecto, han incumplido con las prescripciones legales. De allí que el descubrimiento de la verdad sea uno de los principales objetivos que persigue el proceso.

Con estas ideas de trasfondo, el argumento a favor del deber de confidencialidad apela a la eficiencia del sistema adversarial a la hora de desentrañar la verdad. Por eso presentado de forma esquemática dicho argumento se sostiene lo siguiente: el sistema judicial es eficiente cuando sanciona sólo a aquellos que realmente han transgredido el derecho; el carácter adversarial del sistema maximiza su capacidad para descubrir los hechos que en realidad acaecieron, y el deber de confidencialidad es esencial para mantener ese carácter adversarial, por lo tanto, concluye, este último deber contribuye a la eficiencia del sistema judicial.

Dando por sentado que la primera premisa es correcta y que un sistema judicial eficiente es el que sanciona sólo a los culpables, las dos premisas restantes deben ser explicadas. La idea detrás de que el carácter adversarial del sistema posibilita la obtención de la verdad se apoya en la creencia de que si se permite que cada parte haga una presentación de los hechos sesgada a su favor, los sesgos opuestos se cancelarán, dando como resultado que salga a la luz la verdad objetiva libre de sesgos. Por supuesto, esto no deja de ser una metáfora, y es necesario encontrar las razones que se encuentran detrás de ella.

¹⁸² La idea de que el abogado debe actuar como la primera barrera de contención a las intenciones ilegales del cliente es central en la tradición republicana que inspiró a algunos códigos de ética profesional. Tal como señala Robert W. Gordon: “Los abogados iban a ser los guardianes de los valores de largo alcance del legalismo, frente a las amenazas que representaban los transitorios poderes políticos y económicos...”. Gordon, Robert W., *op. cit.*, p. 14.

David Luban ha analizado dos posibles argumentos para sostener que el carácter adversarial del sistema promueve la obtención de la verdad: el primero señala que éste posee la misma estructura del método científico —que hasta ahora se ha mostrado como el mejor para alcanzar la verdad—. Entonces, al igual que en el método científico, en el proceso adversarial se proponen hipótesis acerca de los hechos y se intenta refutarlas. En resumen: cada parte presenta una hipótesis e intenta refutar la de la contraria.

El segundo argumento es tomado por Luban de uno ofrecido por Lon Fuller y John Randall. Conforme a este argumento, el sistema adversarial es el más apropiado para encontrar la verdad porque es el psicológicamente más plausible, lo que significa que su diseño evita que surjan tensiones y sesgos. Las razones que ofrecen Fuller y Randall son variadas: que la investigación no sea llevada adelante por un único individuo, el juez, evita que un mismo sujeto deba enfrentar la tarea, psicológicamente imposible, de formular dos posiciones antagónicas del modo más fuerte. Por consiguiente, que en el sistema adversarial esta tarea la realicen dos abogados por separado remueve esta imposibilidad. Además, si es el juez el que tiene que elaborar una hipótesis propia acerca del caso, como sucede en el sistema inquisitivo, es posible que para evitar el avergonzamiento de tener que abandonarla por incorrecta, siga atado a ella cuando ya no existen razones para hacerlo. Esto, al final, lo llevará a desatender otras hipótesis que no fueron las elegidas por él en primer lugar.

Según Luban, ninguno de estos argumentos funciona. Por un lado, la analogía con el método científico falla por dos razones: en primer lugar, parte de la tarea del abogado en un proceso adversarial es evitar que la parte contraria pueda ofrecer pruebas a favor de su hipótesis, lo que no sucede en la ciencia; en segundo lugar, muchas de las estrategias en un sistema adversarial están dirigidas a evitar que la contraria pueda presentar su caso, y eso, por supuesto, no sucede en el debate científico.¹⁸³ Por otro lado, el argumento de la plausibilidad psicológica es insostenible porque, primero, parece mostrar que no sólo es psicológicamente imposible la tarea del juez en el sistema inquisitorio, sino también la del abogado en el adversarial. Los abogados, paradigmáticamente, se ponen en la posición de la contraparte para imaginar cuáles serán sus argumentos y cuál es el mejor modo de atacarlos. Si el argumento de Fuller y Randall acerca de que un individuo no puede formular dos posiciones antagónicas para sopesarlas fuera correcto,

¹⁸³ Luban pone como ejemplo los casos de litigio estratégico en contra de la participación pública, donde la “celosa defensa” de los intereses del cliente es utilizada como una estrategia disuasoria frente a futuros demandantes.

esta actividad de los abogados en un sistema adversarial sería tan dificultosa como la del juez en el inquisitivo. En relación con los sesgos que se producen por el hecho de que el juez elabore una hipótesis explicativa, Luban señala que también se producen sesgos en el sistema adversarial debido a que la exigencia de “celosa defensa” puede, por ejemplo, ayudar a que ciertos hechos queden sepultados.¹⁸⁴

¿Implican las objeciones de Luban que el sistema adversarial no es eficiente para alcanzar la verdad? Considero que no. El objetivo de Luban es más modesto, y consiste en mostrar que, en relación con la búsqueda de la verdad, no existe una superioridad evidente del sistema adversarial frente a sistemas judiciales alternativos. El propio Luban señala que no existen razones concluyentes para sostener que un tipo de sistema es mejor que otro desde el punto de vista de la verdad. Sin embargo, para los fines del argumento a favor del deber de confidencialidad que estamos reconstruyendo, lo único necesario es que el carácter adversarial del sistema promueva la obtención de la verdad, no que sea el único modo de alcanzarla.

La segunda premisa a favor del argumento que vincula el deber de confidencialidad con la eficiencia en la búsqueda de la verdad señala, como hemos visto, que sin este deber el sistema adversarial no funcionaría. Ahora bien, la conexión entre deber de confidencialidad y sistema adversarial es la siguiente: para que el abogado pueda hacer una celosa defensa de los intereses del cliente es necesario que disponga de tanta información relevante como sea posible. El cliente es la fuente principal de información de la que dispone el abogado. Sin el reaseguro de la confidencialidad el cliente mantendría información sin ofrecer y la defensa de sus intereses, que exige el sistema adversarial, se vería comprometida. Una de las posiciones en pugna en el proceso podría verse indebidamente debilitada porque algunos de los elementos que la respaldan no han sido ofrecidos por el cliente, temeroso de que la información sea revelada.

Ya todas las piezas del argumento están en su lugar. El sistema adversarial es eficiente para encontrar la verdad —aun si no es superior a otros en este sentido—. En resumen: el sistema adversarial requiere que los abogados defiendan la posición de su cliente tan fuerte como sea posible. Esta defensa de los intereses del cliente es más eficiente cuanto más información recibe el abogado. El deber de confidencialidad, en conclusión, brinda las condiciones para que la información sea revelada al abogado.

No obstante, Jeremy Bentham ha dirigido una poderosa crítica a este argumento, cuya fuerza reside en que acepta casi todas las premisas de la

¹⁸⁴ Cfr. Luban, David, *Legal Ethics and Human Dignity*, cit., pp. 33-40.

justificación que pretende atacar. Bentham asume que un sistema judicial es eficiente cuando castiga sólo a los culpables. Asume, adicionalmente, que el deber de confidencialidad permite que el abogado defienda celosamente los intereses de su cliente. Sin embargo, discrepa en que el sistema adversarial —que exige que ambas partes presenten su caso del modo más fuerte posible— sea una herramienta útil para alcanzar la verdad. En este sentido, Bentham va más lejos que Luban.

De acuerdo con Bentham, el deber de confidencialidad sólo beneficia a quien tiene algo que ocultar; es decir, al cliente que es culpable de una acción ilegal. El cliente que es inocente de cualquier acción contraria a derecho no tiene nada que ocultar, así que para él la confidencialidad no posee ningún valor. Si esto es así, el único que vería perjudicada la defensa de sus intereses si tal deber no existiera, sería aquel que es culpable. Que el culpable no pueda recibir la celosa defensa de un abogado contribuye a su condena y, por ende, aumenta la eficiencia del sistema.

Las condenas de inocentes, por otra parte, no se ven afectadas porque, como éstos no tienen nada que ocultar, el flujo de información que recibe su abogado no se ve perjudicado por la supresión de la confidencialidad, lo que permite que la defensa de sus intereses sea tan celosa como lo era cuando la confidencialidad existía.

En consecuencia, la objeción de Bentham cuestiona que el sistema adversarial —donde se da la confrontación de dos posiciones antagónicas con igualdad de armas jurídicas— sea un modo eficiente de encontrar la verdad. Si la parte culpable goza de menos herramientas jurídicas, la probabilidad de que reciba una condena aumenta, por lo que el sistema judicial se vuelve más eficiente.¹⁸⁵ Como señala John Wigmore, el argumento de Bentham sostiene que “evitar que el hombre culpable busque asesoramiento legal no es dañino para la justicia, a la vez que el hombre inocente no tendrá nada de temer y por lo tanto su búsqueda de asesoramiento legal no se verá entorpecida”.¹⁸⁶

Con base en lo anterior, Bentham muestra que el deber de confidencialidad sólo beneficia al culpable, aunque sin perjudicar al inocente. Pero Daniel Fischel ha ofrecido un argumento para ir más lejos todavía, mostrando que dicho deber, adicionalmente, perjudica al inocente. Que todos sepan

¹⁸⁵ Una reconstrucción del argumento de Bentham se encuentra en Luban, David, *Legal Ethics and Human Dignity*, cit., pp. 80 y 81.

¹⁸⁶ Wigmore, John, *Evidence in Trials at Common Law*, Boston, Little Brown, 1961, vol. 8, p. 552. El argumento de Bentham, cuyo núcleo central reconstruye Wigmore, se encuentra desarrollado en Bentham, Jeremy, *Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to English Practice*, Londres, Hunt and Clarke, 1827, pp. 302-311.

que el abogado tiene que mantener en secreto lo que su cliente le comunica, incluso si es una persona deshonesto, hace que lo que el letrado diga en favor de la inocencia de su cliente tenga menos valor. Después de todo, aun si supiera que es culpable, estaría diciendo lo mismo. Que el abogado deba mantener en confidencia lo que le revela el cliente culpable termina perjudicando lo que aquel dice de quien es inocente.¹⁸⁷

El centro del argumento de Bentham, que Fischel comparte, es que el único que se vería perjudicado por la supresión del deber de confidencialidad sería quien es culpable. Sin embargo, lo que el argumento muestra es algo ligeramente diferente: a lo sumo sirve para sostener que de no existir el deber de confidencialidad, los clientes que se creen culpables, lo sean o no, se resistirían a brindar información que suponen inculpatoria. Por tanto, quienes se verían perjudicados por la supresión de la confidencialidad no serían los culpables, sino quienes creen que lo son.

Ahora bien, dada la complejidad del sistema jurídico que hemos señalado, es perfectamente posible que alguien que en realidad es inocente haya malinterpretado su situación y se crea culpable. Pensemos, por ejemplo, en la persona que ha matado a otra, pero lo ha hecho en defensa propia y desconoce la existencia de esta causal de justificación. En este supuesto, si no existiera el deber de confidencialidad, el cliente, creyéndose culpable, podría tener reticencia de revelar a su abogado que en realidad mató y las circunstancias en que lo hizo, lo que evitaría que recibiera una defensa adecuada.¹⁸⁸ Contrario a lo que sostiene Bentham, entonces, no es claro que la supresión del deber de confidencialidad sólo perjudique a culpables y mejore la eficiencia del sistema judicial.

4. *Dota al sistema judicial de legitimidad*

Condenar a los culpables y absolver a los inocentes no es lo único que valoramos en el proceso judicial. Aun si alcanzamos este resultado de manera eficiente, también interesa el modo en que hemos llegado a él. Ciertos procedimientos de toma de decisiones nos parecen incorrectos, inclusive si sus resultados son eficientes. Un procedimiento de toma de decisiones donde los afectados no pudieran tomar parte, haciendo escuchar sus opiniones y valer sus intereses; donde fueran tratados como meros súbditos de quienes sólo se espera obediencia, parece inapropiado. Por ejemplo, si se condena

¹⁸⁷ Cfr. Fischel, Daniel, "Lawyers and Confidentiality", *University of Chicago Law Review*, vol. 65, núm. 1, 1988, p. 23.

¹⁸⁸ Cfr. Luban, David, *Lawyers and Justice*, *cit.*, p. 80.

a un culpable, pero se logra obteniendo una confesión a través de torturas, la imposición de la condena nos parece ilegítima. Y no porque el acusado sea inocente o porque los medios utilizados sean ineficientes, sino porque el modo de hacerlo nos parece ilegítimo.

El deber de confidencialidad, según este argumento, permite que las opiniones e intereses de los posibles afectados por la sentencia judicial sean considerados en su proceso de elaboración. La confidencialidad garantiza el flujo de información desde el cliente hacia el abogado, lo que permite que aquel pueda darle a conocer cuáles son sus ideas e intereses. Sin esta garantía el abogado no dispondría de toda la información y existirían ciertas opiniones e intereses del cliente que no serían audibles en el proceso judicial. Entonces, es importante señalar lo siguiente: que el cliente pueda expresarse no es *instrumentalmente valioso* porque mejora la eficiencia del sistema, sino *intrínsecamente valioso* porque permite que sea tratado como un agente moral con opiniones e intereses propios.

David Luban sostiene que si el proceso judicial no permitiera que las partes expresaran su propio punto de vista sobre los asuntos debatidos, su dignidad como seres humanos estaría siendo vulnerada.¹⁸⁹ Tratar al otro de manera digna, sostiene, implica reconocerlo como alguien que percibe la realidad desde su propio punto de vista, el que no puede ser obviado o anulado. Así, continúa, “[u]n sistema procesal que se limitara a callar a una parte y se negara siquiera a considerar cuál es su versión del caso estaría, en efecto, tratando su relato como si no existiera y trataría su punto de vista como si fuera, en un sentido literal, despreciable”.¹⁹⁰ En consecuencia, el deber de confidencialidad genera las condiciones para que el cliente pueda contar su historia, esto es, su versión de los hechos, al abogado, y éste, a su vez, pueda introducirla dentro del proceso. Suprimir la confidencialidad implicaría amordazar al cliente con el temor de la posible revelación, impidiendo la comunicación libre con su abogado y haciendo que el proceso judicial vulnera su dignidad y carezca de legitimidad.

Existe un segundo modo en que la supresión del deber de confidencialidad menoscaba la dignidad de las partes en el proceso judicial y compromete su legitimidad. Si la confidencialidad es eliminada, señala Luban, el cliente enfrenta un trilema de opciones desagradables: en primer lugar, puede elegir callar su historia; en segundo lugar, puede mentir, y finalmen-

¹⁸⁹ Luban se apoya en un argumento que conecta la dignidad humana con el derecho a recibir asistencia letrada, ofrecido por Alan Donagan.

¹⁹⁰ Luban, David, “Los abogados como defensores de la dignidad humana...”, *cit.*, p. 90 (Luban, David, “Lawyers as Upholders of Human Dignity [When they aren’t Busy Assaulting it]”, *University of Illinois Law Review*, 2005, p. 819).

te —y esta es la opción relevante para el presente argumento—, puede revelar su historia al abogado aceptando el riesgo de que la haga pública. En los dos primeros supuestos la supresión de la confidencialidad amordaza al cliente afectando su dignidad —de la manera señalada en el párrafo anterior—; la tercera alternativa, en cambio, implica un ataque diferente a la dignidad.¹⁹¹

El cliente que revelara información autoincriminatoria al abogado, asumiendo el riesgo de que pudiera ser compelido a revelarla por orden de un tribunal, estaría siendo obligado a declarar en contra de sí mismo. Resumiendo: la supresión de la confidencialidad haría que el individuo fuera obligado a generar una prueba que sería utilizada en contra de él mismo. Para Luban esto implicaría fracturar al individuo en dos, afectando su dignidad como agente moral. Una mitad del individuo tiene interés en evadir la condena; la otra sería obligada a actuar como testigo, o sea, como auxiliar del Estado. Esto, concluye Luban, implicaría “tratar al individuo como insignificante, como si su subjetividad no existiese o no tuviese valor”.¹⁹²

5. *Alivia las tensiones del rol profesional*

Las razones a favor de la confidencialidad ofrecidas hasta aquí han estado focalizadas en sus efectos benéficos sobre el cumplimiento voluntario de las normas jurídicas, la evitación de su transgresión y la promoción de la eficiencia y la legitimidad del proceso judicial, que busca identificar las transgresiones acaecidas. Las últimas razones que examinaremos tienen que ver con el efecto benéfico que la confidencialidad tiene sobre los abogados.

Suprimir el deber de confidencialidad pondría al abogado en una situación insostenible. Por un lado, la relación que el abogado entabla con su cliente crea el ambiente propicio para que las confidencias tengan lugar. Adicionalmente, para poder brindar de manera adecuada sus servicios, el abogado requiere que el cliente le comparta información reservada. Por el otro, si el abogado es obligado a revelar dicha información frente al tribunal, en esa circunstancia, señala Wigmore, el abogado no puede dejar de sentir “la desagradable inconsistencia de ser al mismo tiempo quien solicita y quien revela

¹⁹¹ En el mismo sentido se expresa Aparisi Miralles, Ángela, al señalar que “...la exigencia de secreto profesional se encuentra, además, estrechamente relacionada con el derecho de toda persona a no declarar contra sí mismo”. *Ética profesional del abogado mexicano*, cit., p. 124.

¹⁹² Luban, David, “Los abogados como defensores de la dignidad humana...”, cit., pp. 833 y 834.

los secretos de la causa. Esta actitud dual crearía un estado moral insalubre en quienes ejercen la profesión”.¹⁹³

IV. NOCIONES BÁSICAS

Todos los elementos del deber de confidencialidad (sujeto obligado, contenido de la obligación, origen y extinción) han sido objeto de reflexión. Pero en esta sección ofrecemos las respuestas estándares que se han dado para focalizarnos luego en las excepciones al deber de confidencialidad, que son, por lejos, las que mayor debate han generado.¹⁹⁴

1. *Sujeto del deber*

El *sujeto pasivo* del deber de confidencialidad es, indubitablemente, el abogado, que, en tal carácter, establece una relación profesional con el cliente. No obstante, la mayor parte de los abogados son auxiliados en la realización de sus tareas por secretarios, asistentes, investigadores, traductores, etcétera. La pregunta en estos casos es si estas personas también se encuentran alcanzadas por el deber de confidencialidad o si, por el contrario, éste se restringe sólo a la persona del abogado.

Dado que, como se ha señalado, una de las razones que justifica el deber de confidencialidad tiene que ver con brindar las condiciones para que el cliente pueda ejercitar de manera efectiva su derecho a recibir asistencia legal, sería irrazonable sostener que la acción de revelar información con-

¹⁹³ Wigmore, John, *op. cit.*, p. 553. Pienso que el argumento de Wigmore parece plausible porque revelar los secretos ubica al cliente en una situación de vulnerabilidad. Con esta idea de trasfondo, la situación sería la siguiente: el abogado, para cumplir su tarea, le requiere información confidencial al cliente, poniéndolo en una situación de vulnerabilidad, y luego, aprovechándose de esta indefensión, lo daña revelando la información. No obstante, en otro lugar he explorado otras exigencias morales que se siguen de esta situación de vulnerabilidad en la que es puesto el cliente; específicamente, he mostrado que sobre el abogado pesan exigencias de creer en la inocencia del cliente cuando éste la sostiene. Estas razones para creer en su inocencia son independientes de las razones epistémicas. Seleme, Hugo Omar, “Ética de las creencias y defensa legal”, *Ius et Praxis*, vol. 21, núm. 2, 2015, pp. 481-497.

¹⁹⁴ Sobre los elementos del deber de confidencialidad puede cotejarse Martínez Val, José María, *Abogacía y abogados...*, *cit.*, pp. 235-245; Sanchez Stewart, Nielson, *op. cit.*, pp. 133-154; Aparisi Miralles, Ángela, *Deontología profesional del abogado*, *cit.*, pp. 162-195, y *Ética profesional del abogado mexicano*, *cit.*, pp. 121-142; Cruz Barney, Oscar, *El secreto profesional del abogado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2018, pp. 73-165; Andino López, Juan Antonio, *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2014.

fidencial sólo es incorrecta cuando la realiza el abogado, pero es permisible cuando es efectuada por alguno de sus asistentes. Esto es así aun en el supuesto de que la responsabilidad disciplinaria recaiga exclusivamente sobre el abogado de quien dependen los auxiliares que hayan divulgado la información. Si el código de ética profesional señala que el deber de confidencialidad pesa sólo sobre el abogado, esto implica que él es el principal responsable del comportamiento de sus auxiliares. Éstos, por su parte, aunque exentos de responsabilidad disciplinaria, todavía pueden quedar sujetos a responsabilidad penal o civil por la revelación indebida.

En este sentido, el artículo 26 del Código de Ética de la Barra Mexicana de Abogados señala que “[e]l abogado debe hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional”. En España, el Código Deontológico de la Abogacía impone sobre el profesional el deber de “hacer respetar el secreto profesional a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad”.

En lo que respecta al abogado, es importante destacar que se vuelve sujeto pasivo de esta obligación cuando actúa en calidad de abogado. Es decir, si alguien tiene un amigo abogado y decide hacerle una confidencia con el objeto de que le brinde un consejo como amigo, pero no un consejo legal, el amigo abogado no es sujeto pasivo de ninguna obligación de confidencialidad. Ese sería el supuesto si, por ejemplo, le confiesa a su amigo abogado que mantiene una relación extramarital y que no sabe si acabar con su matrimonio o no. Pero diferente sería la situación si la consulta con el amigo abogado es realizada con el objetivo de que lo represente en el juicio de divorcio que, debido a la relación extramarital, pretende iniciar. En este segundo supuesto, como la revelación ha sido hecha al abogado en su condición de tal, puede sostenerse que se ha vuelto sujeto pasivo del deber de confidencialidad.

2. *Contenido del deber*

El *contenido* del deber de confidencialidad tiene un núcleo claro, reconocido en todos los ordenamientos, y una zona periférica en la que existen posiciones discrepantes. Dicho núcleo hace referencia a la información secreta, vinculada con la representación o el asesoramiento, que le ha sido confiada o comunicada al abogado por el cliente. El caso paradigmático sería aquel en el que el cliente le revela al abogado, en una charla cara a cara, un hecho que no es de conocimiento público y que posee relevancia para el asunto legal en cuestión. Imaginemos que, en el caso con el que iniciamos

el capítulo, Mangeri hubiera confesado a Pierri que, efectivamente, asesinó a Ángeles Rawson. Sin duda esta información estaría alcanzada por el deber de secreto profesional.

Un supuesto diferente es el referido a la información secreta y vinculada con la representación o el asesoramiento que ha llegado a conocimiento del abogado, pero no porque el cliente se la haya comunicado. Es usual que los abogados, en especial en materia penal, lleven adelante algún tipo de investigación para preparar el caso de su defendido. La información recolectada allí generalmente no es pública y está vinculada con el caso, pero no ha sido comunicada por el cliente. Imaginemos, por ejemplo, que Pierri, al examinar la vivienda de Mangeri, hubiera encontrado algunas prendas de vestir muy semejantes a las que la víctima utilizaba al momento de ser asesinada. Aunque la mayoría de los códigos éticos extienden la protección a este tipo de información, no sucede lo mismo con las exclusiones probatorias introducidas en las normas procesales.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos el privilegio abogado-cliente sólo cubre la información comunicada o transmitida por el cliente, mientras que el deber de confidencialidad establecido en las reglas de la ABA hace referencia a toda la “información relativa a la representación”, sin distinguir si ésta ha sido revelada por el cliente o encontrada por el abogado. Por el contrario, en otros ordenamientos, como el de Córdoba, Argentina, ambas protecciones son coextensivas: el código de ética prescribe la obligación de “[g]uardar el secreto profesional respecto de los hechos conocidos con motivo del asunto encomendado o consultado” (artículo 17.7), y el Código Procesal Penal prescribe que los abogados “[d]eberán 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” (artículo 221).

El artículo 5o., incisos 1 y 2, del Código Deontológico de la Abogacía Española, establece que la exigencia de confidencialidad abarca

...los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional... [y] las confidencias y propuestas del cliente, las de la parte adversa, las de los compañeros, así como todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya remitido o recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

En el mismo sentido se expiden los artículos 22 y 24 del Código de Ética de la Barra Mexicana de Abogados.

La identidad del cliente y el asunto legal por el que requiere los servicios de un abogado se encuentran alcanzados por el deber de confidencialidad.

Y las razones son fáciles de advertir. Para utilizar nuevamente el caso con el que introducimos este capítulo, supongamos que Mangeri, cuando la Fiscalía tenía su mirada focalizada en el padrastro de Ángeles y él sólo había sido citado como testigo, decide realizar una consulta legal, para lo cual busca a Pierri. Como es lógico, Mangeri desea que el hecho de la consulta con un abogado penalista permanezca en secreto, ya que de conocerse esto alertaría a la Fiscalía sobre su comportamiento sospechoso, pues las personas que son llamadas a testificar sobre hechos que no los involucran de manera directa rara vez consultan a un abogado. Si el abogado de Mangeri revelara esta información, sin duda habría traicionado la confianza que aquel depositó en él. Por supuesto, esta obligación cesa cuando el propio cliente revela la información o cuando ésta se vuelve pública.

Como es obvio, este deber de mantener en secreto la información acerca de la identidad del cliente y el asunto que motiva su consulta legal no se circunscribe a los temas penales. Imaginemos que una persona tiene dudas acerca de si iniciar o no una acción de divorcio y decide obtener información de un profesional. Supongamos que el cliente considera, como es razonable, que si su cónyuge se enterara de la consulta eso, en definitiva, acabaría con su matrimonio, y por este motivo ha mantenido la consulta en secreto. En tal caso el asunto mismo de la consulta, referida a los trámites de divorcio, y la identidad del cliente también, se encuentran alcanzados por el deber de confidencialidad.

3. *Momento de origen*

El *momento en que se origina* el deber de confidencialidad es anterior al inicio de la relación abogado-cliente. Esta relación es establecida cuando el cliente requiere asistencia legal y el abogado consiente en brindarla. Sin embargo, es usual que el cliente brinde información confidencial al abogado durante los preliminares al establecimiento de la relación abogado-cliente. Asimismo, es natural que el abogado, antes de consentir brindar asistencia legal (como asesor, representante o patrocinante), necesite conocer cierta información del caso por el cual se requieren sus servicios. Sin esta información preliminar ningún consentimiento puede ser brindado. Entonces, desde el momento en que se inician estos preliminares, toda la información que no es de conocimiento público vinculada con la causa que motiva el requerimiento de los servicios del abogado, se encuentra protegida por el deber de confidencialidad. Esto con total independencia de que la relación abogado-cliente finalmente no se configure porque el abogado

no consienta brindar asistencia legal o la persona que requiere sus servicios desista de su petición.¹⁹⁵

Para graficar el punto imaginemos que Mangeri hubiera comenzado tratativas con Pierri para que éste lo representara en el proceso penal. Supongamos que Pierri le hubiera señalado que él selecciona con cuidado las causas que representa y que, por lo tanto, antes de decidir aceptar la representación debía tener más información sobre los hechos que se iban a ventilar en el proceso. Pongamos que Mangeri le hubiera relatado, con todo detalle, lo sucedido el día que asesinó a Angeles; cómo intentó abusar de ella, cómo ella se resistió, cómo la asfixió colocándole una mano sobre la boca mientras con la otra apretaba su cuello y cómo colocó el cadáver en una bolsa de residuo para deshacerse de él. Adicionalmente, supongamos que, contrario a lo que sucedió de hecho, el abogado, asqueado por lo aberrante de los hechos, le hubiera comunicado que no era posible para él asumir la representación. Dada la reacción emocional que le producía el caso, no hubiera sido un buen defensor. En este supuesto es posible sostener que la relación abogado-cliente no ha quedado configurada, puesto que el abogado no ha consentido en suministrar sus servicios, pero sin duda toda la información revelada por Mangeri se encuentra protegida por el deber de confidencialidad.

4. *Momento de extinción*

El deber de confidencialidad no se extingue con la finalización de la relación abogado-cliente. El abogado sigue obligado a no divulgar la información aun después de que su cliente ha dejado de serlo. Los códigos de ética han dejado en claro este extremo. Así, por caso, el Código de Ética de la Barra Mexicana de Abogados, que señala, en su artículo 24, que “[e]ste deber permanece aún después de que [el abogado] haya dejado de prestarle [al cliente] sus servicios”. Lo mismo establece el artículo 5.8 del Código Deontológico de la Abogacía Española, agregando que el deber permanece aún después de que el abogado haya “abandonado el despacho donde se estaba incorporado, sin que esté limitada en el tiempo”.

Con base en lo anterior, el *momento en que se extingue* el deber de confidencialidad viene dado por dos circunstancias, pero la primera consiste en que

¹⁹⁵ Según lo señalado, el abogado tiene un deber de confidencialidad incluso respecto de quienes no llegaron a ser nunca sus clientes. Teniendo esta aclaración en mente, y para simplificar la exposición, en todo el capítulo se ha utilizado la expresión *cliente* para hacer referencia a la persona protegida por el deber.

el cliente, a través de su consentimiento informado, releve al abogado del deber de mantener la información obtenida en secreto.

Diversos ordenamientos reconocen expresamente al consentimiento como modo de extinguir el deber de confidencialidad. Algunos, como el Código de Ética de la Barra Mexicana de Abogados, han contemplado sólo algunos casos específicos de extinción por consentimiento: el artículo 33.8 releva al abogado del deber de mantener en secreto la identidad del cliente en el caso de “contar con su autorización”.

Pero otros códigos han incluido una regulación detallada de los diferentes supuestos de extinción del deber por consentimiento. Uno de los más detallados es el código de ética profesional del Colegio de Abogados de Chile, que distingue entre consentimiento expreso y presunto. El artículo 50 establece que “[n]o falta a su deber el abogado que revela información sujeta a confidencialidad con el consentimiento expreso o presunto de su cliente”. Y el artículo 51 detalla cuándo se configura el consentimiento expreso, diciendo que

...debe ser prestado con la debida ilustración por parte del abogado que lo solicita. La autorización del cliente no obliga al abogado a revelar información sujeta a confidencialidad. El abogado informado por terceros de haber sido relevado por su cliente debe cerciorarse, en forma previa a la revelación, de que esa liberación es efectiva. En cualquier momento el cliente puede revocar su consentimiento.

Por su parte, el artículo 52 se refiere al consentimiento presunto, y dice: “Se presume que el cliente consiente la revelación que es conveniente para la exitosa prestación de los servicios profesionales del abogado a ese cliente, a menos que éste haya dispuesto algo diferente. En caso de duda, el abogado debe confidencialidad”. El consentimiento presunto también está incluido como causal de extinción en la segunda parte del inciso a de la regla 1.6 de las Model Rules de la ABA, que sostiene que el abogado debe confidencialidad salvo que “la revelación esté implícitamente autorizada para llevar a cabo la representación”. Lo mismo hace la última parte del artículo 5.1 de la normativa española.

Aunque parece natural sostener que el confidente es el que tiene control sobre el secreto y que, por ende, puede liberar al abogado del deber de custodiarlo, existen códigos de ética profesional que, aparentemente, han optado por una solución diferente. Por ejemplo, las Normas de Ética Profesional del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires sostienen que “[l]a obligación de guardar secreto es absoluto. El abogado no debe admitir que se le exima de ella por ninguna autoridad o persona,

ni por los mismos confidentes” (artículo 11.II). Considero, no obstante, que hasta esta norma puede dejar cabida a la extinción del deber por consentimiento del cliente.

Ahora bien, la *eximición* de un deber hace que éste no surja, mientras que la *extinción* hace que un deber que ha surgido desaparezca. La norma en cuestión señala que, indefectiblemente, el deber de confidencialidad surge, y el cliente no puede *ex ante* brindar su consentimiento para liberar al abogado. El deber es “absoluto”, como señala la norma, porque pesa sobre todo abogado y ni siquiera el consentimiento del confidente puede hacer que el deber no aparezca. Esto, sin embargo, es diferente a señalar que una vez aparecido el deber puede ser “extinguido” por el consentimiento del afectado. Sobre este segundo punto, la norma no prescribe nada.¹⁹⁶

La segunda circunstancia que, de manera paradigmática, extingue el deber de confidencialidad es que la información se haya vuelto pública. Dado que el contenido del deber se refiere a la información secreta vinculada con la representación o el asesoramiento que se requiere del abogado, es lógico que una vez que el carácter secreto de la información desaparezca, lo mismo suceda con el deber de no divulgarla. Imaginemos que Mangeri hubiera consultado a su abogado antes de que el cuerpo de Ángeles fuera encontrado y le hubiera revelado que lo había depositado en una bolsa de residuos. Ahora supongamos que su abogado, luego de una breve investigación, hubiera podido determinar que los camiones de residuos de esa zona descargan los desechos en la planta de residuos de la CEAMSE de la localidad bonaerense de José León Suárez. Y también que, para corroborar los dichos de Mangeri, el abogado se hubiera trasladado allí y hubiera constatado que los restos de Ángeles, efectivamente, yacían en ese lugar. Por supuesto, toda esta información está protegida por el deber de confidencialidad. Sin embargo, tal deber desaparecería una vez que los empleados de la CEAMSE descubrieran, por sus propios medios, la bolsa de residuos con los restos mortales de Ángeles y lo comunicaran a las autoridades. A partir de ese momento carece de sentido que el abogado deba

¹⁹⁶ Este modo de entender el carácter “absoluto” del deber —haciendo referencia a que su surgimiento es inevitable y no puede ser evitado por el consentimiento del cliente— permite armonizar lo que señala el artículo 12, al referir que el deber “cede” en ciertas circunstancias. El deber es “absoluto” no porque su peso sea inderrotable y no ceda, o porque no pueda ser extinguido, sino porque todo abogado se encuentra sujeto a él. Una interpretación contraria de este artículo y del rol que se adjudica en él al consentimiento informado es defendida por Eduardo Rivera López. *Cfr.* “Confidencialidad”, en Rivera López, Eduardo (ed.), *Ética profesional y derecho, Manual de ética profesional de la abogacía*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Programa de Formación en Áreas de Vacancia de la Abogacía, 2017, p. 115.

guardar secreto acerca del lugar donde se encuentra el cuerpo. No obstante, como es obvio, debe seguir manteniendo reserva acerca del hecho de que su cliente le reveló el lugar, dado que esta pieza de información no ha adquirido carácter público.

Un punto controvertido es el referido a si el deber de confidencialidad se extingue con la muerte del cliente. Por lo general es aceptado que el abogado debe guardar en secreto la información confiada aun después de que el cliente haya muerto. Una de las razones para justificar esta peculiaridad del deber de confidencialidad es que a las personas les importa lo que sucederá luego de su fallecimiento, y la posibilidad de que su honra o buen nombre sean dañados por alguna revelación *post mortem* haría que fueran reticentes a transmitir información sensible a su abogado. Hacer que el deber de confidencialidad se extienda más allá de la muerte del cliente ayuda a mitigar este temor.

Con todo, que el deber de confidencialidad perviva al cliente ha dado lugar a controversias. Y uno de los casos más dramáticos ha sido el de Lee Wayne Hunt.¹⁹⁷

En 1986 él y Jerry Cashwell fueron condenados por el asesinato de Roland y Lisa Matthews. Lee Wayne Hunt sostuvo que él no había tenido nada que ver, pero la Fiscalía mantuvo la acusación en su contra y Jerry Cashwell no hizo nada para negarla. Las pruebas inculpatorias contra Hunt fueron un *test* balístico realizado por el FBI¹⁹⁸ y dos testigos que lo implicaban en el homicidio. Aunque cabe destacar que uno de los testigos se encontraba en prisión al momento de brindar testimonio, y en ambos casos las declaraciones fueron obtenidas a cambio de beneficios concedidos por la Fiscalía. En 2002 Jerry Cashwell se suicidó y el defensor público encargado de su caso, Staples Hughes, decidió revelar que Cashwell le había confesado que cometió los asesinatos solo. Hughes concluyó que siendo Lee Wayne Hunt inocente y habiendo muerto su cliente, era éticamente permisible revelar la información para provocar un nuevo juicio que, esta vez, declarara la inocencia de Hunt. En 2007 tuvo lugar la audiencia preliminar para solicitar el nuevo juicio, sólo que el juez advirtió a Hughes que no revelara la información confidencial, ya que si lo hacía se vería obligado a denunciarlo al Colegio de Abogados. Hughes decidió continuar, arguyendo que como su cliente ya estaba muerto la revelación no podía dañarlo y, en cambio,

¹⁹⁷ Sigo la descripción de los hechos que se encuentra en Belsey, Adam, “When Innocence is Confidential: A New and Essential Exception to Attorney-Client Confidentiality”, *Santa Clara Law Review*, vol. 56, núm. 1, 2016, pp. 147-176.

¹⁹⁸ En 2005 el FBI informó que la técnica utilizada para realizar el *test* balístico era científicamente inválida.

beneficiaría a alguien injustamente encarcelado. El juez consideró que su testimonio era nulo, por lo que no lo consideró, y denunció su conducta al Colegio para que fuera sancionado. Al final, no hubo nuevo juicio y la decisión fue confirmada por la Cámara de Apelación y la Suprema Corte de Carolina del Norte. Los intentos sucesivos de obtener un nuevo juicio para liberar a Lee Wayne Hunt fueron incesantes e infructuosos. Murió en prisión en febrero de 2019.

El caso presenta una serie de aristas. Una de ellas se refiere a si el deber de confidencialidad debe ceder frente a la exigencia de evitar que un inocente padezca una condena. Sin duda, este es un problema acuciante, pero el mismo presupone que el deber de confidencialidad no se extingue con la muerte del cliente. Precisamente, la situación es compleja para el abogado porque el deber de confidencialidad que persiste más allá de la muerte del cliente parece entrar en conflicto con el deber de evitar dañar a un inocente. Tanto el abogado como el juez concuerdan en que el deber de confidencialidad existe; su punto de discrepancia es si debe ceder frente a otras exigencias en conflicto.

Cuáles son las consideraciones que hacen que el deber de confidencialidad ceda ha sido un asunto sobre el que tanto teóricos como operadores jurídicos han insumido tiempo y esfuerzo. Dada la centralidad que tiene el deber de confidencialidad en la configuración del rol profesional, y la pluralidad de deberes que lo acompañan, tal circunstancia no es de extrañar.

V. EXCEPCIONES

Estamos en presencia de una excepción al deber de confidencialidad cuando existen razones a favor de revelar la información mantenida en custodia y éstas tienen tal fuerza, como para hacer que el deber ceda. Esta situación debe ser cuidadosamente distinguida de otras dos que, aunque cercanas, poseen diferencias.

En primer lugar, las situaciones de *excepción* deben distinguirse de las de *extinción*. Cuando se dan las circunstancias que hacen extinguir el deber, éste directamente desaparece. A partir del momento de la extinción no queda ninguna razón a favor de resguardar la información. Por el contrario, cuando estamos en presencia de una excepción, las razones a favor de la confidencialidad siguen presentes, sólo que aparecen otras, en sentido contrario, de mayor peso o importancia. El balance de estas razones en conflicto puede dar lugar a que se concluya que en el caso abarcado por la excepción, existe un deber de revelar por parte del abogado o meramente

un permiso de hacerlo. Los diferentes códigos de ética profesional son discrepantes sobre este punto.

Esta distinción permite llamar la atención sobre el modo en que debe comportarse el abogado cuando se encuentra en presencia de una excepción al deber de confidencialidad. Dado que las razones a favor de mantener el secreto siguen existiendo, sólo que han sido derrotadas por otras, el abogado debe extremar los recaudos para determinar si existen otros cursos de acción, menos gravosos que la revelación de información confidencial, que permitan alcanzar los mismos objetivos. Si las razones que existen a favor de la revelación también dan sustento a otro curso de acción disponible para el abogado, éste debe haberlo intentado antes de que la revelación se encuentre justificada.

Si luego de examinar los cursos de acción alternativos a la revelación de información confidencial, el abogado llega a la conclusión de que no existe otra opción que proceder al develamiento, entonces una segunda restricción entra en juego: el monto de información revelado y el número de personas a las que se brinda acceso a dicha información debe ser el mínimo requerido para satisfacer las razones que, en primer lugar, justificaron el develamiento. La presencia de una circunstancia en la que el deber de confidencialidad es exceptuado no permite al abogado revelar toda la información que se encuentra bajo su custodia sin más.

La diferencia entre una causal de extinción y una de excepción debería ser clara ahora, pero, resumiendo, cuando una causal de extinción se configura, el deber de confidencialidad desaparece y, como es obvio, no existe ninguna conducta del abogado que sea pasible de transgredirlo. Por el otro lado, aun en el supuesto de que las causales de excepción se encuentren presentes, el abogado no puede transgredir su deber de confidencialidad si existe un curso de acción alternativo a la revelación que el abogado no intentó, o si el monto de información develado y el número de personas expuestas excede el mínimo requerido.

Las segundas situaciones de las que deben distinguirse las excepciones son aquellas que hacen que el deber de confidencialidad no tenga lugar. Estas circunstancias no hacen que el deber de confidencialidad desaparezca, como sucede con las causales de extinción, ni que ceda frente a otras consideraciones, como ocurre con las causales de excepción, sino que impiden que el deber de confidencialidad aparezca. Por ejemplo, el hecho de que el cliente transmita información a su abogado en la privacidad de la consulta con el objetivo de recibir asesoramiento legal no basta para que el deber de confidencialidad aparezca si la información en cuestión es de conocimiento público. Y es así incluso si el abogado, erróneamente, cree que la informa-

ción es privada. Entonces, el abogado no tiene el deber de confidencialidad porque, aunque se dieron algunas circunstancias para que tal exigencia apareciera, no se dieron todas.

1. *Las excepciones en los códigos*

Algunos códigos de ética profesional han incorporado un detallado listado de las situaciones de excepción. Tal es el caso, por ejemplo, de las Model Rules de la ABA, cuya regla 1.6, en el inciso b, dedicado a las excepciones, dice:

El abogado tiene permitido revelar información relacionada con la representación de un cliente en la medida en que crea razonablemente que es necesario para:

- 1) Prevenir la muerte o el daño físico sustancial con un grado razonable de certeza;
- 2) Prevenir que el cliente cometa un crimen o un fraude que, con un grado razonable de certeza, resultará en un daño sustancial a los intereses financieros o la propiedad de otra persona y en cuya consecución el cliente ha usado o está usando los servicios del abogado;
- 3) Prevenir, mitigar o rectificar un daño sustancial a los intereses financieros o a la propiedad de otra persona que, con un grado razonable de certeza, ha resultado de la comisión de un crimen o un fraude por parte del cliente, en cuya consecución éste ha utilizado los servicios del abogado;
- 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, establecer una defensa frente a una acusación penal o civil contra el abogado basada en una conducta en la cual el cliente está involucrado, o responder una acusación en cualquier litigio concerniente a la representación por parte del abogado del cliente en cuestión;
- 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 sólo si la información revelada no compromete el privilegio abogado-cliente o perjudica de cualquier modo al cliente.

El Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal también enuncia, expresamente, excepciones: el artículo 10 h, refirién-

dose al deber de confidencialidad, señala que el abogado “[s]ólo queda exceptuado: a) cuando el cliente así lo autorice; b) si se tratare de su propia defensa”. Pero de acuerdo con lo que hemos visto, el inciso a incluye como una causal de excepción lo que, en realidad, es una causal de extinción, por lo que, propiamente, el artículo reconoce sólo una excepción.

Las Normas de Ética Profesional del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires también detallan excepciones; aunque erróneamente las trata como causales de extinción, se trata de dos excepciones. El artículo 12 dice:

I) La obligación del secreto profesional cede a las necesidades de la defensa personal del abogado cuando es objeto de acusaciones por su cliente. Puede, entonces, revelar tan sólo lo que sea indispensable para su defensa y exhibir los documentos que aquel le haya confiado.

II) Cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer delito, 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.

La exigencia de que se revele sólo “lo indispensable para su defensa”, en el primer supuesto, y de que la revelación sea “ineludible” y se hayan “agotado otros medios”, en el segundo, dan cuenta de que el deber de confidencialidad no se ha extinguido y que estamos en presencia de meras excepciones. De haberse extinguido todos estos recaudos carecerían de sentido.

El Código de Ética de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú distingue entre causales (de extinción o excepción) que vuelven facultativa la revelación por parte del abogado (artículo 36), y causales que hacen tal revelación obligatoria (artículo 37). En las primeras incluye “la defensa de sus legítimos intereses frente a la autoridad, dentro o fuera de un proceso sancionador”;¹⁹⁹ en las segundas enuncia aquellas circunstancias en las que la revelación “sea necesaria, para evitar que el cliente cause un daño grave a la integridad física, psicológica o a la vida de una persona”.

La misma distinción entre causales de extinción que vuelven facultativa u obligatoria la revelación se encuentra presente en el Código de Ética Profe-

¹⁹⁹ En el mismo artículo se incluye el supuesto en que el abogado “[c]uente con el consentimiento informado expreso y previo del cliente, debiendo constar por escrito”. Incluir en el mismo artículo esta causal de extinción con una de excepción no representa ni un error conceptual ni uno de técnica legislativa, toda vez que el criterio clasificador utilizado por el código es cuándo la revelación es facultativa y cuándo obligatoria, en lugar del tipo de causal que da origen a la facultad o el deber.

sional del Colegio de Abogados de Chile. El deber de revelar está establecido en el artículo 53, que dice: “El abogado debe revelar la información sujeta a confidencialidad para evitar la comisión o consumación de un crimen”. El artículo 54, además, enuncia las causales de excepción que vuelven facultativa la revelación:

El abogado puede revelar información sujeta a confidencialidad:

- a) Para evitar un serio peligro de muerte o de grave daño corporal para una o más personas;
- b) Para evitar la comisión o consumación de un simple delito que merezca pena aflictiva;
- c) Para obtener consejo ético profesional, siempre que la revelación se haga a otro abogado bajo confidencialidad;
- d) Para defenderse de una imputación grave formulada en contra suya o de sus colaboradores en relación con el servicio profesional prestado al cliente; o en relación con hechos en los cuales tuvo parte el cliente;
- e) Para cobrar los honorarios que le son debidos;
- f) Para cumplir con un deber legal de informar o declarar...;
- g) En otro caso expresamente autorizado por las reglas de la ética profesional.

También enuncia excepciones el Código Disciplinario del Abogado de Colombia. Su artículo 34, al enunciar las faltas de lealtad al cliente, dice, en su inciso f: “Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito”.²⁰⁰

Por el contrario, algunos códigos de ética profesional no contienen una enunciación detallada de las excepciones al deber de confidencialidad. Este es el caso del Código de Ética del Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba (Argentina), que simplemente contiene una cláusula genérica de excepción. El artículo 19.7, luego de establecer el deber de los abogados de guardar secreto, agrega: “salvo las excepciones establecidas en la ley”. La cláusula genérica no puede ser especificada por remisión, por ejemplo, a la ley penal, ya que, como hemos visto, el artículo 156 del Código Penal argentino establece, de modo igualmente genérico, que la revelación del secreto está justificada cuando exista “justa causa”.

²⁰⁰ Nuevamente, tenemos aquí juntas una causal de extinción y una de excepción. Sin embargo, al igual que sucede con el código del Perú, reunir las no representa un error, dado que su presencia exime por igual al abogado de realizar una conducta desleal, criterio clasificatorio utilizado por el código.

Y la misma excepción genérica se encuentra presente en el Código Penal mexicano, en su artículo 210.²⁰¹

Finalmente, existen códigos, como el de la Barra Mexicana de Abogados, donde no ha sido incorporada ninguna excepción, ni siquiera de manera genérica, al deber de confidencialidad. El capítulo V, donde se regula dicho deber, no hace mención de ningún supuesto de excepción. El deber ni siquiera cede frente a la orden de una autoridad. El artículo 23 manda al abogado impugnar “cualquier decisión de autoridad que le ordene declarar sobre materias objeto del secreto profesional”.

Ahora, el hecho de que la normativa que establece el deber de confidencialidad no incorpore de manera expresa excepciones específicas no significa que éstas no existan, sino que simplemente se encuentran implícitas. En los sistemas que han optado por esta alternativa la tarea del intérprete es más ardua porque el legislador no le ha ofrecido guías acerca de cuáles son las excepciones que sobre el deber de confidencialidad generan los otros deberes y requerimientos que pesan sobre la conducta del abogado. Así, la tarea de equilibrar las razones que pesan a favor de la confidencialidad o de la revelación en las diferentes situaciones que puede enfrentar el abogado, no ha sido llevada adelante por el legislador; por ende, debe ser acometida por el intérprete.

No obstante, aun en el caso extremo de que la norma que impone el deber de confidencialidad no contuviera excepción alguna, ni siquiera una genérica, todavía sería necesario buscar excepciones implícitas. Esta tarea no sería necesaria sólo en el caso, por demás improbable, de que asumiéramos que el único deber que tiene el abogado es el de confidencialidad. Sin embargo, aceptamos que sobre él pesan otros requerimientos (como el de ser auxiliar de la justicia, el de veracidad, el de no dañar o el de buena fe, entre otros), entonces existe la tarea de determinar si las exigencias que se siguen de éstos pueden hacer ceder, en ciertas circunstancias, la exigencia de confidencialidad.

²⁰¹ El artículo 210 presenta un problema interpretativo, pues no es claro si establece una causal genérica de excepción (la justa causa) y una de extinción (el consentimiento informado del cliente) o, por el contrario, ha establecido una causal de extinción del deber con dos requerimientos (la justa causa y el consentimiento). El texto señala: “...se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que, sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto”. Además, el artículo 211 agrava la pena cuando la revelación es realizada por alguien que ha tenido acceso a la información debido a su profesión. Así, Sergio Anzola Rodríguez parece inclinarse por interpretar el plexo normativo como conteniendo una excepción genérica. Anzola Rodríguez, Sergio, *Curso de ética y responsabilidad profesional en el sistema de justicia penal*, México, Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, 2018, p. 78.

2. *Análisis de las causales de excepción*

Las causales de excepción se presentan cuando, al ponderar las razones que existen a favor de develar la información, éstas pesan más que el deber de confidencialidad. Dichas razones, que van en sentido contrario, pueden provenir, básicamente, de tres fuentes: el resto de deberes que deben satisfacer los abogados en el ejercicio profesional, los derechos de terceros y los derechos del propio abogado. Como se ha visto, la lista de excepciones específicas presente en algunos códigos es fruto del trabajo de ponderación de estos requerimientos en sentido contrario. Por lo tanto, es lógico tomar las causales identificadas por ellos como guía para el análisis.

A. *Evitar un daño grave a la integridad física o a la vida de una persona*

Se trata de una causal sobre la que existe un amplio consenso en los códigos de ética profesional. Como se señaló antes, la excepción es enunciada en la regla 1.6, apartado b, inciso 1, de las Model Rules de la ABA; en el artículo 37 del Código de Ética de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, que agrega como causal la protección de la integridad psíquica, y en el artículo 54, inciso a, del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile. Que la excepción sea reconocida por diferentes ordenamientos atestigua la importancia de las razones que la justifican.

Un caso famoso estadounidense (*Spaulding vs. Zimmerman*) presenta una situación en donde la revelación de información confidencial podría haber servido para advertir a una persona que su vida se encontraba en riesgo. Los hechos sucedieron en 1956, antes de que la regla 1.6 de las Model Rules entrara en vigor. En ese entonces los Canons of Ethics de la ABA no contemplaban tal excepción.

Los hechos acontecieron así: el 24 de agosto de 1956²⁰² David Spaulding, de 20 años de edad, estaba siendo llevado a su casa desde el trabajo por John Zimmerman, de 19 años, quien conducía el vehículo. Tanto John como David trabajaban en la empresa familiar de los Zimmerman, una compañía constructora de caminos. Otros cuatro pasajeros viajaban en el auto; uno

²⁰² Una versión más detallada de los hechos y su impacto sobre las exigencias de confidencialidad puede encontrarse en Cramton, Roger C., “Spaulding v. Zimmerman: Confidentiality and its Exceptions”, en Rhode, Deborah y Luban, David (eds.), *Legal Ethics Stories*, Nueva York, Foundation Press, 2008, pp. 175-201.

de ellos era el hermano mayor de John y el otro el padre de ambos, Edward Zimmerman.

El auto, conducido por John, colisionó con otro vehículo guiado por Florian Ledermann, de 15 años.²⁰³ En el segundo vehículo viajaban también el padre y la hermana de Florian. Ahora bien, tres de los ocupantes del vehículo conducido por John fueron afectados por el accidente: su hermano murió; su padre, Edward, sufrió daño en el cuello, y David Spaulding salió lesionado. Dos de los ocupantes del auto conducido por Florian también sufrieron consecuencias: su hermana murió y su padre sufrió una severa lesión en el brazo que lo inutilizó laboralmente.

El padre de David, Theodore Spaulding, con el patrocinio de su abogado, Richard A. Roberts, inició acciones legales por las lesiones de su hijo en contra de Zimmerman y Ledermann. Ambos contaban con seguros que contrataron a sendos abogados, Norman V. Arveson, la aseguradora del primero, y Chester G. Rosengren, la del segundo.

Las lesiones de David fueron diagnosticadas, en primer lugar, por el médico de la familia, James H. Cain, quien identificó lesiones en el pecho con múltiples fracturas de costillas, fractura de clavículas y contusión cerebral con probable hemorragia. Pero recomendó que fuera examinado por un especialista, por lo que el Dr. John F. Pohl, luego de realizar rayos X del tórax de David, concluyó que los campos pulmonares estaban claros y que el corazón y la aorta eran normales. Sin embargo, sugirió que fuera examinado por una especialista en neurología. Tal especialista fue la Dra. Blake, quien señaló que era posible que David tuviera daño cerebral permanente y recomendó esperar antes de llegar a un acuerdo monetario en el juicio.

Al mismo tiempo, a pedido de los accionados, David fue examinado por otra neuróloga, la Dra. Hewitt Hannah, quien, a diferencia de los colegas contratados por Zimmerman, sí encontró un aneurisma cuya causa probable era el accidente y ponía en riesgo inminente su vida de no ser tratado de manera inmediata. Dicha información fue enviada a los abogados defensores.

Durante las negociaciones para llegar a un acuerdo monetario los abogados defensores no revelaron a David, a sus abogados, a su padre o al tribunal, la existencia del aneurisma. Entonces el acuerdo resarcitorio ascendió a la suma de 6,500 dólares, y el abogado de Zimmerman lo presentó al tribunal para que fuera homologado, lo que finalmente sucedió.

Dos años después de homologado el acuerdo, a David, por ser un soldado de la reserva, se le requirió un nuevo examen médico, por lo que volvió a con-

²⁰³ El menor tenía un “permiso de granja” para conducir el vehículo.

sultar al médico de la familia, el Dr. Cain, quien esta vez sí identificó el aneurisma, así que David fue intervenido quirúrgicamente de manera inmediata.

David, ahora mayor de edad, solicitó que se anulara el acuerdo arguyendo que, de haber sabido de la existencia del aneurisma, el monto acordado hubiera sido muy superior. David argumentó, luego de enterarse de que los abogados defensores conocían la existencia de la afección, que ellos deberían haber revelado la información y que el no haberlo hecho viciaba al acuerdo de nulidad. Los abogados de la contraparte sostuvieron que, a pesar de haber tenido conocimiento del aneurisma, no era permisible para ellos transmitir esta información, puesto que el deber de confidencialidad les impedía cualquier revelación.

El tribunal anuló el acuerdo tomando en consideración que no había existido una indemnización integral del daño, que el acuerdo había sido homologado por el tribunal y que éste era el último garante de los intereses de David, por tratarse de un menor. Sin embargo, también señaló que los abogados no tenían ningún deber de revelar la información, dados los estándares éticos vigentes al momento.

El caso reviste interés porque en él se conjugan múltiples acciones aparentemente incorrectas. En primer lugar, parece errónea la actuación de los tres médicos de la accionante, que, a pesar de realizar diferentes exámenes, fueron incapaces de identificar el aneurisma. En segundo lugar, cabe también preguntarse si no es equivocada la conducta de la Dra. Hewitt Hannah, de sólo dar a conocer la información a los abogados de la accionada pero no a la accionada, al tribunal o a la contraparte. En tercer lugar, parece desacertada, aun para los estándares éticos aplicables en ese entonces, la decisión de los abogados de no dar a conocer la información a Zimmerman ni a Ledermann, para que fueran ellos quienes tomaran la decisión de qué hacer con ella. Los abogados, sin mediar consulta previa con los accionados, decidieron no revelar la información a la contraria sobre el riesgo que corría la vida del chico. Por último, y es lo que más interesa a los fines de este capítulo, está la decisión de los abogados de ocultar la información.

Existe una razón por la que esta conducta se nos presenta como inapropiada, y es la importancia de lo que se encontraba en juego en el caso: la vida de David o su integridad física. Esto genera una razón para revelar la información que podría salvarlo del riesgo en que se encontraba. Dicha razón se nos presenta como dotada de mayor fuerza o importancia que cualquier otra que pudiera existir para justificar el deber de confidencialidad. La vida y la salud se encuentran entre los valores que más apreciamos, y es lógico que estemos dispuestos a excepcionar el deber de confidencialidad cuando su satisfacción los pone en riesgo.

B. *Evitar la comisión de un delito*

Aunque con variantes, también existe consenso en diferentes ordenamientos éticos acerca de esta causal de excepción. Algunos códigos de ética ofrecen una versión restringida de la misma, entre los que se ubican las Model Rules de la ABA, que limitan la excepción a aquellos supuestos donde la revelación es necesaria para prevenir la comisión de un delito, especialmente gravoso para los intereses pecuniarios de otra persona, para cuya realización se ha utilizado, o se están utilizando, los servicios del abogado (regla 1.6, apartado b, inciso 2); cuando el delito ya ha sido consumado, entonces la revelación puede producirse para prevenir, mitigar o corregir sus efectos pecuniarios (inciso 3). Otros códigos, en cambio, presentan una versión más amplia. Las regulaciones de Colombia y Chile se ubican en este grupo. Lo mismo sucede con la normativa del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Adicionalmente, en ninguno de estos ordenamientos se hace referencia a la revelación motivada en los efectos de una conducta delictiva pasada. Pero en un tercer grupo de códigos, la excepción se encuentra ausente, como es el caso del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Código de Ética del Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba, ambos argentinos. Mención aparte merece la normativa ética del Perú, que, en el código de 1997, anterior al vigente, contenía la excepción, pero fue deliberadamente quitada en el actual.

Como hemos señalado, que algunos códigos no incorporen expresamente esta excepción no significa que una correcta interpretación del deber de confidencialidad no deba incluirla. En los supuestos de no inclusión, la argumentación podrá apelar a otros principios incluidos en la normativa ética, tales como el de “buena fe”, el de comportarse como “auxiliar de la justicia” y el de “no dañar”. Esta tarea será sobre todo dificultosa en el caso del código del Perú, donde la excepción fue eliminada de forma expresa. Pero salvo que uno adopte una interpretación originalista de las normas, la empresa no es imposible todavía.

Ahora bien, la mayor divergencia entre los códigos que han incluido la excepción se refiere a su alcance. Sin duda, las reglas de la ABA son las más restrictivas, por lo que es necesario exponer las consideraciones que justifican los límites impuestos para determinar si es razonable trasladarlos, por vía interpretativa, a los ordenamientos que han optado por una regulación más amplia. Un ejemplo puede servir de ayuda para visualizar las diferencias entre la versión amplia de la excepción y la restrictiva.

Imaginemos que en nuestro caso inicial Mangeri le confesara a Pierri que, además de trabajar como portero, aprovechando los conocimientos contables que adquirió durante los años debido a la afición que tiene por los números, posee una pequeña oficina donde ofrece sus servicios haciéndose pasar por contador. Allí se dedica a hacer liquidaciones de impuestos y otros trámites contables a los incautos que creen en su falsa condición profesional.

La versión restrictiva de la excepción no permite que el abogado revele la información para impedir que Mangeri continúe ejercitando de manera ilegal la profesión de contador, estafando a las personas que requieren sus servicios. Aun si esto causa daños pecuniarios a las víctimas, los servicios del abogado no han sido utilizados para perpetrar el delito y, por lo tanto, la revelación no está justificada. La razón por la que se exige la participación del abogado para que se configure la excepción es que, a diferencia de lo que sucede con la muerte o el daño físico, el daño patrimonial que causa la conducta delictiva no se considera lo suficientemente importante como para vencer las razones a favor de la confidencialidad. Sin embargo, la situación cambia para el propio abogado cuando sus servicios han sido empleados para perpetrar el delito y el consiguiente daño. No permitir la revelación equivaldría a forzarlo a ser partícipe, o al menos facilitador, de un comportamiento delictivo y dañoso. Adicionalmente, que los servicios del abogado fueran utilizados de este modo contribuiría a dañar la dignidad de la profesión.

Imaginemos ahora un supuesto donde la excepción restrictiva sí quedaría justificada. Supongamos el siguiente caso: el cliente le ha dicho a su abogado que ha sido despedido sin causa por su empleador y quiere iniciar acciones legales para ser indemnizado. El abogado prepara la demanda asercando la existencia de la relación laboral y del despido injustificado, y con base en estos hechos, reclama una suma reparatoria. Si el abogado se entera, luego de interpuesta la demanda, de que los dichos del cliente eran falsos y que no hubo tal despido injustificado, sino que el despido fue motivado, debe intentar que el cliente desista de su pretensión y, en el caso extremo de no poder evitar el daño patrimonial a la contraparte por medios menos gravosos, la revelación frente al tribunal de que la demanda es mendaz está permitida. Aquí se pretenden utilizar los servicios del abogado para perpetrar el engaño, lo que, unido al daño patrimonial potencial, configura la causal de excepción.

No obstante, es necesario introducir una precisión: como la excepción restringida hace referencia sólo a la evitación de delitos con efectos patrimoniales en los que se han utilizado los servicios del abogado, esto plantea

el problema de si es permisible la revelación para evitar crímenes en contra de la vida o la integridad física en los que los servicios del abogado no hayan sido utilizados. La respuesta, por supuesto, es afirmativa, aunque este tipo de casos no queda comprendido en esta excepción; es autorizado por la excepción previamente analizada, que permite la revelación para evitar la muerte o el daño físico.

Para terminar de presentar la versión restringida de la excepción es necesario destacar que inclusive aquellos ordenamientos que han optado por esta alternativa, como es el caso de las Model Rules, se inclinan por la versión amplia en ciertos supuestos. La regla 1.13 del mencionado código establece que cuando el cliente es una empresa u organización el abogado tiene permitido develar información confidencial en el siguiente supuesto: si sabe que alguien dentro de la organización está actuando, o planea actuar, de manera ilegal; el acto ilegal puede ser imputado a la organización; el abogado ha reportado el problema a las autoridades de la organización y ha tomado otras medidas para evitar la comisión del delito, pero éstas han sido infructuosas y el abogado cree que la conducta ilegal causará un daño sustancial a la organización. Entonces, para que la revelación sea permitida no es necesario el daño patrimonial a terceros ni que los servicios del abogado hayan sido utilizados para perpetrar el delito.²⁰⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿qué podría explicar que el mismo ordenamiento trate de manera restringida a la excepción cuando se trata de personas físicas y se incline por la versión amplia cuando el cliente es una persona jurídica? Una posible justificación es que algunas de las razones que fundan el deber de confidencialidad se encuentran ausentes en el caso de las personas jurídicas, lo que hace que, aunque este deber exista, tenga menos peso o importancia y pueda ceder más fácilmente.

Hasta aquí nos hemos focalizado en el análisis de la versión restringida de la excepción, pero, como es de imaginar, también existen razones para adoptar su variante amplia. La principal línea argumental hace hincapié en

²⁰⁴ La modificación a la regla 1.13 fue introducida por la ABA como un modo de dar respuesta a las exigencias de la Sarbanes-Oxley Act. Esta normativa endureció las regulaciones financieras como forma de responder a los escándalos financieros en los que se vieron envueltas compañías como Enron, Imclone, Tyco, WorldCom y HealthSouth. El caso con mayor resonancia fue el de Enron, donde se descubrió que funcionarios de la compañía, abogados y contadores habían brindado información falsa acerca de las ganancias de la compañía para quedarse con miles de millones de dólares, causándoles enormes pérdidas a los accionistas de la compañía. Para evitar ser descubiertos, lo que finalmente sucedió en octubre de 2001, la abogada de la compañía, Nancy Temple, aconsejó a la firma contable que manejaba los asuntos de la compañía que destruyera documentos para impedir que la Securities and Exchange Commission (SEC) los encontrara.

el hecho de que el abogado no es sólo alguien que brinda sus servicios legales al cliente, sino que, además, es un “auxiliar de la justicia”. Y es en este carácter, continúa el argumento, que el abogado tiene un deber de evitar la comisión de acciones delictivas de las que toma conocimiento con motivo de su profesión. Si el abogado, en su calidad de tal, toma conocimiento de que el cliente al que representa presta servicios contables haciéndose pasar fraudulentamente por contador, debe extremar los recaudos para que esta conducta delictiva cese. Su calidad de “auxiliar de la justicia” así lo exige, y las razones que de ésta se siguen no tienen que ver con que sus servicios hayan sido utilizados para cometer el delito.

La versión amplia de la excepción, sin embargo, no está exenta de dificultades. La más importante es que si se permite la revelación de información por parte del abogado para prevenir cualquier tipo de conducta delictiva por parte del cliente, es posible que esto desincentive la transmisión libre de información y comprometa la calidad de los servicios legales que el abogado puede ofrecerle en defensa de sus intereses.

C. Proteger los intereses del abogado

Diferentes ordenamientos éticos incluyen esta excepción: las Model Rules de la ABA la incorporan en el inciso 4 del apartado b de la regla 1.6; lo mismo hace el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile en su artículo 54, incisos d y e; el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en su artículo 10 h, inciso a, y las Normas de Ética Profesional del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en el artículo 12, inciso I.

Los supuestos cubiertos por la excepción son básicamente dos: *a)* que la revelación sea necesaria para que el abogado pueda ejercitar su derecho a cobrar los honorarios que el cliente le debe, y *b)* que sea necesaria para defenderse de una acusación formulada por el propio cliente o por terceros. En ambos supuestos la revelación se encuentra justificada en la protección de los intereses del propio abogado, lo que, inevitablemente, conduce a la pregunta de qué tienen de especial esos intereses para hacer que las razones a favor de la confidencialidad cedan.

Parece que aquí enfrentamos un dilema que, de manera indefectible, nos conduce a que la excepción que protege sólo los intereses del abogado no está justificada: o bien el interés en cobrar lo que nos es debido y el de no ser acusados son tan importantes como para generar una excepción al deber de confidencialidad, o su importancia no es tal. Si lo es, entonces la excepción

debería extenderse a todos los que tienen estos intereses y no sólo al abogado. Debería ser permisible para el abogado revelar información confidencial cuando ésta fuera necesaria para lograr que cualquiera cobre lo que le es debido o para evitar una falsa acusación. Si, por el contrario, decimos que estos intereses no tienen importancia, y con base en ello justificamos que la excepción no se extienda más allá del caso del propio abogado, entonces también aparece como injustificado eximirlo a él del deber de confidencialidad cuando sus intereses están en juego. En otras palabras, si lo que justifica la excepción es la importancia de los intereses en juego, parece que, o bien la excepción vale cuando están en juego los intereses de cualquiera, o no vale para proteger los intereses de ninguno. La opción de que sólo exista una excepción cuando están en juego los intereses del propio abogado parece errada.

La plausibilidad de este argumento se debe a que se funda en la idea de imparcialidad, y es natural asociar esa noción con la argumentación moral. Desde el punto de vista de la consideración imparcial de todos los intereses, aparece como injustificado que sólo cuando están en juego los intereses del propio abogado éstos tengan el peso suficiente para hacer que el deber de confidencialidad ceda. Considero, sin embargo, que aunque la moralidad está vinculada con la imparcialidad, no se agota en ésta. Tal como señala Thomas Nagel, la moralidad incluye elementos tanto de imparcialidad como de parcialidad hacia el propio agente y hacia otros.²⁰⁵ Que los proyectos del propio agente, y los intereses que de ellos surgen, tengan un valor especial para él es inevitable, por lo que, en palabras de Samuel Scheffler, una moralidad que “rechazase la parcialidad de un modo general o sistemático sería una que se pondría en contra de nuestra naturaleza como creaturas capaces de valorar... [y] haría de la moralidad una empresa incoherente”.²⁰⁶ Es esta razonable parcialidad la que justifica que los intereses del abogado en cobrar sus honorarios y defenderse de las acusaciones que se le dirigen tengan el peso suficiente para derrotar las razones a favor de la confidencialidad.

Como se trata de una excepción, y no de una causal de extinción, el abogado debe agotar los medios que no requieran la revelación de información confidencial para cobrar sus honorarios o proceder a su defensa. Así, por ejemplo, debe requerirle al cliente que proceda al pago, y de no hacerlo éste voluntariamente, puede iniciar acciones legales en su contra, siendo

²⁰⁵ Cfr. Nagel, Thomas, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, 1991.

²⁰⁶ Scheffler, Samuel, “Morality and Reasonable Partiality”, en Feltham, Brian y Cottingham, John (eds.), *Partiality and Impartiality*, Oxford University Press, 2010, p. 100.

permisible revelar la mínima información confidencial requerida para probar la relación profesional y el valor de los servicios prestados. Sería impermissible, en consecuencia, que el abogado utilizara la información confidencial de la que dispone como una forma de forzar el pago.

Supongamos el siguiente caso: un cliente busca a un abogado con el objetivo de divorciarse. El cliente señala que planea mantener todo el asunto fuera del conocimiento de su mujer para no empeorar una convivencia de por sí deteriorada. El abogado acepta el caso y le indica cuál es el monto de sus honorarios para confeccionar la demanda de divorcio, y le señala que, una vez que la acción se inicie y el juicio termine, lo que haya sido pagado por la confección de la demanda será descontado de los honorarios que sean regulados en la sentencia. El cliente acepta y acuerda regresar para pagar lo debido y firmar la demanda. Ambas partes firman un compromiso de pago por la confección de una demanda judicial, pero sin consignar el tipo de demanda de la que se trata. El día señalado el cliente le manifiesta a su abogado que se ha reconciliado con su esposa, que no sabía de la demanda, y que ya no tiene intenciones de iniciar el divorcio. Entonces el abogado le indica que, con independencia de que la acción se inicie, los honorarios por elaborar la demanda deben ser abonados tal como habían acordado. El cliente se niega, por lo que el abogado decide accionar legalmente por el cobro. En su demanda no sólo consigna que el cliente contrató sus servicios, lo que prueba acompañando el compromiso de pago, sino que, adicionalmente, señala que la contratación tuvo por objeto la elaboración de una demanda de divorcio de su actual mujer, misma que transcribe íntegra como forma de mostrar el trabajo realizado. Supongamos, además, que el abogado ha procedido de este modo porque piensa que el cliente, ante el riesgo de que su esposa se entere de que tuvo intenciones de divorciarse, aceptará arreglar el litigio lo más pronto posible. En este caso es obvio que el abogado ha transgredido su deber de confidencialidad. La revelación de la información confidencial no era necesaria para probar los servicios prestados y exigir legalmente el cobro de honorarios; la utilización de la información confidencial funciona en el caso como un modo de presionar al cliente para que acceda al pago.

La segunda causa de excepción posee dos supuestos: defenderse de una acusación del cliente o de una acusación de terceros. El primer supuesto puede explicarse utilizando el ejemplo anterior: supongamos que el cliente se negara a pagar porque sostiene que, en realidad, el abogado no ha realizado ningún trabajo de elaboración de la demanda. Por tal motivo, imaginemos que el cliente hubiera iniciado una acción disciplinar en contra del abogado buscando que fuera sancionado. En esta suposición, aun si la

demanda de divorcio contiene información confidencial, sería permisible para el abogado divulgarla como un modo de demostrar que el trabajo ha sido realizado y que la falta disciplinar no se cometió.

Un caso de aplicación del segundo supuesto sería el siguiente: si un abogado es acusado, por un tercero, de haber contribuido a que su cliente realizara una operación fraudulenta, lo que puede dar lugar a sanciones disciplinarias o penales, es permisible para aquel revelar información confidencial para mostrar que el asesoramiento que brindó no tuvo tal objetivo. En ese caso el abogado puede develar la información que recibió del cliente y el contenido del asesoramiento legal que le ofreció, los documentos que contribuyó a redactar, o cualquier otro extremo que sirva para mostrar que no tuvo participación alguna en el engaño.

D. Asegurar el seguimiento de las reglas éticas

La excepción se encuentra incluida en las Model Rules de la ABA (regla 1.6, apartado b, incisos 4 y 7) y en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile (artículo 54, incisos c y f). Los supuestos contemplados son dos: revelar información para recibir consejo acerca de lo que prescriben las reglas éticas y cuál es la conducta apropiada para honrarlas, y, en segundo lugar, revelar información para detectar y, en su caso solucionar, conflictos de intereses. Dado que las conductas que implican conflictos de intereses son paradigmáticamente transgresiones a las reglas éticas, en ambos supuestos la revelación es efectuada para permitir cumplir con lo que éstas prescriben.

El primer supuesto no es difícil de justificar; identificar exactamente qué prescriben las reglas que rigen la conducta profesional para una circunstancia concreta no es una tarea sencilla. Como atestigua el desarrollo de este capítulo, dedicado sólo a uno de los deberes éticos que pesan sobre el abogado, las excepciones pueden encontrarse implícitas y deben ser descubiertas al balancear las diferentes exigencias éticas que configuran el rol profesional. No es de extrañar, entonces, que los abogados enfrenten situaciones donde requieran de ayuda para identificar lo prescrito por los mandatos éticos. Por tanto, para obtenerla es indispensable que quien vaya a brindarla conozca todas las aristas de la situación problemática. No permitir que el abogado revele información confidencial a aquel de quien va a requerir consejo sería equivalente a vedarle la posibilidad de recibir cualquier ayuda significativa.

El segundo supuesto tiene que ver con una peculiaridad que tiene la regla, que prohíbe que el abogado se ubique en una situación donde existen conflictos de intereses. Si el abogado cambia de firma jurídica es necesario que la nueva firma a la que aspira ingresar tenga conocimiento de los clientes y las causas en las que ha participado como asesor o representante con el objeto de determinar si, dados los clientes y las causas que la firma posee, existe, o puede existir, un conflicto de intereses. Sin esta revelación los conflictos de intereses se multiplicarían y disminuiría la posibilidad de evitarlos o remediarlos.

E. *Cumplir la orden de un tribunal*

A diferencia de lo que sucede con las excepciones antes consignadas, ésta ha sido incluida en la presentación por estar sujeta a controversia, al no ser pacífica su aceptación. La excepción se encuentra presente en las Model Rules de la ABA (regla 1.6, apartado b, inciso 6) y ha sido objeto de extenso debate en otros sistemas jurídicos. Atestigua su carácter controvertido el hecho de que una versión preliminar de las Model Rules que la incluía fue rechazada por la House of Delegates, de la ABA, entrando en vigencia recién 20 años más tarde, en 2002. Algunos códigos de ética profesional, como el del Colegio de Abogados de Chile, parecen directamente rechazarla. Su artículo 60 sostiene que “[s]i un abogado es requerido por la ley o la autoridad competente para informar o declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad, el abogado debe procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional”, y el artículo 62 agrega que “[n]o falta a la ética profesional el abogado que se niega a declarar o a informar sobre materias sujetas a confidencialidad con fundamento en su derecho al secreto profesional”.

La excepción es controversial porque su inclusión parece ser, o bien superflua, o peligrosa. La inclusión de la excepción puede querer capturar el hecho de que cuando un tribunal cita a declarar a un abogado que alega, para abstenerse de hacerlo, el deber de confidencialidad, es el mismo tribunal el que deberá determinar si los extremos para que se configure el deber han sido satisfechos y si no existe ninguna causal de excepción que lo derrote. En esta situación lo que hace el tribunal es meramente declarar, con fuerza autoritativa, que las circunstancias que generan el deber de confidencialidad se encuentran presentes en el caso. Si esto es así, cuando el tribunal señala que el abogado está exceptuado del deber de confidencialidad, no crea una nueva excepción, sino que aspira a identificar alguna ya existen-

te. Interpretada de esta manera, la inclusión de la cláusula que refiere a la orden del tribunal, desde el punto de vista de las causales de excepción, es superflua, ya que no agrega una nueva a las ya mencionadas. Nada se perdería por quitarla.

Si, por el contrario, la cláusula es interpretada como incluyendo una nueva excepción constituida por la mera orden del tribunal, el agregado deja de ser superfluo, pero se vuelve peligroso. La protección conferida por el deber de confidencialidad a los secretos que el cliente ha revelado a su abogado queda ahora al arbitrio del juzgador. Para determinar si el abogado se encuentra relevado de su deber, el tribunal no debe esforzarse por encontrar alguna causal de excepción, sino que su mera decisión basta para configurarla.

VI. EL DEBER DE INFORMAR AL CLIENTE SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD

Como hemos señalado en múltiples oportunidades, parte esencial del rol de abogado es informar al cliente y servirle de guía para entender las prescripciones de un sistema legal altamente complejo. Y las normas éticas no están exentas de dicha complejidad. El secreto profesional no es una excepción; las circunstancias en las que el deber aparece y se extingue, los sujetos obligados, el contenido protegido, las causales de excepción, no son cosas que sean naturalmente aprehensibles. Como hemos visto, todos estos asuntos han sido objeto de reflexión, y su comprensión requiere conocimiento técnico. Por este motivo pesa sobre el abogado el deber de informar al cliente sobre la existencia y los límites del deber de confidencialidad.

Un estudio llevado a cabo por Fred Zacharias, sobre abogados de Nueva York y sus clientes, reveló datos inquietantes. Muchos de los abogados consultados confesaron que nunca informaban a sus clientes de la existencia del deber de confidencialidad. La mayoría de los clientes, por su parte, señaló que lo que sabían del deber de confidencialidad era lo que habían aprendido viendo películas. Como era de esperar, Zacharias constató que numerosos clientes no tenían el conocimiento adecuado sobre la naturaleza y los límites de la confidencialidad.²⁰⁷

Trasladar los resultados de este estudio parcial, efectuado en una cultura jurídica diferente a la latinoamericana, sería apresurado. Sin embargo, existe en nuestro entorno un dato que hace pensar que la situación puede

²⁰⁷ Cfr. Zacharias, Fred C., “Rethinking Confidentiality”, *Iowa Law Review*, vol. 74, 1989, pp. 379-392.

ser similar o peor; se trata del lugar periférico que la enseñanza de la ética profesional ocupa en las escuelas de derecho latinoamericanas. Tal circunstancia hace pensar que no sólo la información que reciben los clientes acerca del deber de confidencialidad es inapropiada, sino —y lo que es más grave— también es inadecuada la información que sobre este deber reciben los abogados en su proceso de formación.

VII. PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

Lea el siguiente caso y reflexione acerca de cuáles serían sus respuestas a las preguntas consignadas al final.

Usted es propietaria de una pequeña firma de abogados. Aunque hace tres años que la firma fue lanzada, sólo ha recibido casos menores, por lo que teme que su carrera esté estancada y le ha comentado esta preocupación a su esposo. Él le ha dicho que sólo hay que tener paciencia, que tarde o temprano un buen caso aparecerá. Los eventos parecen haberle dado la razón. Acaba de ingresar a consulta una persona involucrada en un caso que ha tenido enorme resonancia pública: tres pacientes sometidos a diálisis en una misma clínica han descubierto que se encuentran infectados de sida. Durante semanas los tres han brindado incontables entrevistas televisivas en las que han formulado acusaciones a la clínica donde se realizaron el procedimiento de diálisis. Sus sospechas radican en que los protocolos de esterilización de las máquinas no hayan sido respetados y que esto haya provocado el contagio. Usted tiene sentada frente suyo a la propietaria de la clínica, Daniela Ferrari, quien está buscando un abogado que la represente en la inminente demanda civil que sospecha deberá enfrentar. Daniela le ha hecho un pormenorizado relato de los hechos y le ha revelado que, efectivamente, los protocolos no fueron seguidos para ahorrar costos, y que es muy probable que el contagio haya tenido lugar debido a esta negligencia. También le ha confesado que la prueba de esta negligencia será dificultosa para los posibles accionantes, ya que los registros de la clínica fueron adulterados y en ellos consta que los protocolos se siguieron puntillosamente. Por ese motivo, de existir una demanda, ella quiere que la línea de defensa sea el rechazo directo, sosteniendo que ninguna indemnización es debida. Luego de escucharla, usted le ha dicho que debe pensar antes de aceptar el caso y brindar cualquier tipo de asesoramiento. Asimismo, le dice que le dará una respuesta a la brevedad y han acordado una nueva cita para mañana. Cuando usted llega a su casa está ansiosa por compartir con su esposo lo sucedido, no sólo porque finalmente el tan esperado caso importante ha llegado, sino

porque, quizá, su consejo pueda servirle de ayuda para decidir si aceptar a Daniela como cliente o no; como Daniela todavía no es su cliente, sino que eso es algo que todavía tiene que decidir, usted le cuenta a su esposo todo lo que ella le ha confiado.

- 1) ¿Ha vulnerado usted el deber de confidencialidad?
- 2) ¿Cambiaría en algo la situación si usted no revelara en su relato el nombre de la involucrada?
- 3) Supongamos que para pedir consejo usted utiliza una situación hipotética y le dice a su esposo lo siguiente: “Imagínate que alguien que es dueña de una clínica de diálisis en las que se han contagiado tres personas de sida me confesara que, en efecto, es culpable y, además, quisiera que la representara. Si esta situación se diera, ¿tú me aconsejarías tomar el caso o rechazarlo?”. En este supuesto, ¿ha vulnerado usted el deber de confidencialidad?
- 4) ¿Se ha configurado en el caso alguna causal de excepción? ¿Cuál?
- 5) Si el caso fuera ligeramente modificado, y su cliente, adicionalmente, le revelara que las máquinas de diálisis se siguen utilizando hoy del mismo modo en que se utilizaban cuando se produjo el contagio, ¿se habría configurado una causal de excepción? ¿Cuál?
- 6) Si ha identificado alguna causal de excepción en las dos respuestas anteriores, ¿tienen éstas alguna incidencia para determinar si en el caso el deber de confidencialidad ha sido transgredido?
- 7) ¿Qué haría usted en este caso? ¿Aceptaría a Daniela como cliente?