

## El secreto profesional del abogado *in-house* en la encrucijada: tendencias y retos en la era del *compliance*\*

**Beatriz Goena Vives**

*Lectora y Prof.<sup>a</sup> Asociada en Derecho Penal. Univ. Pompeu Fabra y Univ. de Barcelona*

---

GOENA VIVES, Beatriz. El secreto profesional del abogado *in-house* en la encrucijada: tendencias y retos en la era del *compliance*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-19, pp. 1-26.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-19.pdf>

RESUMEN: En el modelo de Estado actual se impone a los abogados una serie de deberes de colaboración que colisionan con su deber/derecho a la confidencialidad. Particular atención merece el caso del abogado interno o *in-house*, a quien la jurisprudencia europea clasifica categóricamente como «no independiente» y, en consecuencia, titular de deberes de información, sin derecho al privilegio de la confidencialidad. El presente trabajo muestra lo inadecuado de tal parámetro y, en cambio, propone definir la posición jurídica del abogado desde una aproximación material, en atención a las funciones que éste desempeña. Sobre esta base, se responde a la pregunta de si el abogado *in-house* merece ser destinatario del deber/derecho a la confidencialidad. Ello tiene importantes consecuencias para los derechos fundamentales de la empresa-cliente, para el modo en el que debe desempeñar su profesión el abogado *in-house* y también para garantizar la efectividad de los programas de *compliance*. En este contexto, las políticas internas de la empresa y el apoyo de los colegios profesionales de abogados desempeñan un papel clave.

PALABRAS CLAVE: Abogado interno, secreto profesional, deberes positivos de colaboración, posición institucional, posición organizativa, *compliance*, colegio profesional.

TITLE: **In-house lawyer's privilege at the crossroads: trends and challenges in the age of compliance**

ABSTRACT: In the current State model, a series of collaborative duties are imposed on lawyers that collide with their privilege of confidentiality. In this context, the case of the in-house lawyer deserves particular attention, since the European jurisprudence categorically states that in-house lawyers are «non-independent» and, consequently, holders of information duties, without the right to the privilege of confidentiality. The present work shows the inadequacy of such a parameter and, instead, proposes defining the legal position of the lawyer from a material approach. On this basis, the question of whether the in-house lawyer deserves to be the recipient of the duty/right to confidentiality is answered. This has important consequences for the fundamental rights of the client company, for the way in which the in-house lawyer must carry out his profession and to ensure the effectiveness of the compliance programs. In this context, the company's internal policies and the support of bar associations play a key role.

KEYWORDS: In-house Lawyer; Privilege; Work Product Doctrine; Gatekeeper; Private actor, Criminal Compliance, Bar Association.

Fecha de publicación: 10 diciembre 2019

Contacto: [beagoena@gmail.com](mailto:beagoena@gmail.com)

*SUMARIO: I. Introducción. II. El abogado clásico y el sentido normativo de sus privilegios. III. La distinción entre abogado interno y externo en la era del compliance. Estudio a partir de la jurisprudencia europea. IV. El auge de los deberes positivos de los abogados (internos). V. El abogado interno en la encrucijada. 1. Tripartición de las funciones propias de la abogacía. 2. La multifuncionalidad de los abogados internos y su remota vinculación con la tutela judicial efectiva. 3. Argumentos contra la protección del secreto de abogado interno que no ejerce las funciones que merecen tal protección. 4. El programa de compliance: pauta de actuación y defensa procesal frente a eventuales responsabilidades penales. 5. Los colegios profesionales de abogados como «tabla de salvación» del abogado in-house. VI. Recapitulación y conclusiones. Bibliografía. Jurisprudencia europea y comparada.*

---

\* Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto I+D DER2017-82232-P (AEI / FEDER, UE). Agradezco a los Dres. Ramón Ragués i Vallès e Ivó Coca Vila sus acertadas y amables observaciones en el proceso de elaboración de este texto. Los eventuales errores que el lector pueda detectar son solo míos.

## I. Introducción

El presente estudio se centra en la discutida posición jurídica de los profesionales de la abogacía, a raíz de las últimas tendencias legislativas y jurisprudenciales en materias como el blanqueo de capitales, la prevención del fraude fiscal o la responsabilidad penal de las empresas. Todas ellas evidencian que el modelo de Estado actual encuentra en la colaboración de los individuos con las autoridades la vía para garantizar sus políticas públicas<sup>1</sup>. Desde este prisma —y por lo que se refiere al concreto caso de los abogados—, se aprecia un creciente número de supuestos en los que se promueve la comprensión del letrado como un «cuasi-funcionario» con deberes positivos especiales de colaboración<sup>2</sup>. Sin embargo, los profesionales de la

<sup>1</sup> SILVA en *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 76, nota 176. Sobre el cambio del modelo de Estado y su repercusión en el Derecho Penal, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa. Segunda edición ampliada y actualizada*, Edisofer - BdeF, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2016, p. 397 ss. con referencias.

<sup>2</sup> En síntesis, al hacer referencia a «deberes positivos especiales», la doctrina penal se refiere a las obligaciones impuestas a determinados sujetos —en este caso, abogados—, consistentes en la evitación de las eventuales lesiones que puedan padecer los bienes objeto de protección. La infracción de tales deberes positivos especiales puede dar lugar a responsabilidad omisiva (en forma de omisiones puras agravadas o especiales). Junto a deberes positivos especiales, están los deberes negativos especiales, consistentes en abstenerse de llevar a cabo determinadas conductas y que definen la posición jurídica de aquellos sujetos sobre los que recaen.

La distinción entre deberes positivos y negativos en la moderna dogmática penal se debe a Günther Jakobs. Así, cfr. por ejemplo, JAKOBS, *Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlín, 1991, 28/26 ss., 28/57 ss., ID., *Imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1994, pp. 26 ss., ID. *System des Strafrechtliche Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012, pp. 83 ss., ID. *Theorie der Beteiligung*, Möhr Siebeck, Tübinga, 2014, pp. 5, 61. Un desarrollo parcialmente crítico con sus resultados puede encontrarse, por ejemplo, en PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2012, pp. 178 ss., pp. 186 ss.. En la doctrina española, imprescindible, ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en el Derecho penal», *InDret penal* 4/2013, pp. 1-20 (el autor expone su propia postura, crítica con algunos de los postulados del prof. Jakobs. Ésta ya fue fraguándose en obras anteriores, cuyas referencias detalla el autor en el texto citado).

abogacía denuncian que éstos colisionan con sus obligaciones deontológicas y, más concretamente, con su derecho/deber de secreto profesional.

Tal circunstancia muestra la necesidad de delimitar la posición jurídica del abogado<sup>3</sup>. Para ello —como se verá en las páginas que siguen—, es frecuente que la jurisprudencia nacional y comparada recurra al parámetro de la «independencia» del abogado, reconociendo el privilegio a la confidencialidad únicamente a los abogados «independientes». El problema radica en que se trata de un concepto discutible que, por su indeterminación, ha derivado en la generalizada tendencia a considerar que los abogados internos de empresa no son independientes y que, por tanto, no tienen derecho/deber de secreto profesional<sup>4</sup>.

La trascendencia de esta cuestión es especialmente significativa si se tiene en cuenta que los clientes de los abogados internos son uno de los principales *targets* del Estado garantizador al que me refería anteriormente: las personas jurídicas<sup>5</sup>. Así, desde hace apenas una década, las corporaciones deben hacer frente a múltiples obligaciones de *compliance* que, en caso de incumplirse, pueden generarles responsabilidad penal. Se trata de prescripciones sin precedentes en nuestra tradición jurídica, tales como la gestión de un canal de denuncias o la conducción de investigaciones internas. En tanto que conocedor de la empresa y defensor de sus intereses, el abogado interno es, en muchas ocasiones, esencial para garantizar el cumplimiento de tales obligaciones. Sin embargo, el riesgo de que su labor carezca de expectativas de confidencialidad mina las probabilidades de que el abogado *in-house* favorezca las obligaciones de *compliance* de la empresa. ¿Qué abogado interno se atrevería a promover una investigación interna si la información recopilada—que puede ser incautada en una entrada y registro en la persona jurídica—no estuviera amparada por el secreto profesional?

Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de conciliar las tendencias legislativas orientadas a restringir el secreto profesional de los abogados internos (e incluso de los abogados de empresa en general, sean internos o externos), con la necesidad de salvaguardar los derechos procesales fundamentales de la persona jurídica. Todo ello, a fin de garantizar que tanto la empresa, como su abogado, cumplen las exigencias de *compliance*. Para ello, propongo partir de una comprensión de la posición jurídica del abogado (externo o interno) eminentemente material, en función de la actividad que desempeña. Tal perspectiva permitirá distinguir tres niveles en

<sup>3</sup> Cfr. COCA VILA, «La posición jurídica del abogado: Entre la confidencialidad y los deberes positivos», en SILVA SÁNCHEZ (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 287-318.

<sup>4</sup> Además de la bibliografía que se citará *infra*, para un primer análisis reciente del estado actual de la cuestión, cfr. por ejemplo, GALBE TRAVER, «El secreto profesional del abogado *in-house* y el derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica», *La Ley Penal*, (8462), 2019, versión electrónica, pp. 1-13, *passim*.

<sup>5</sup> Recientemente y en detalle sobre mi postura sobre esta cuestión, cfr. por ejemplo, GOENA VIVES, «El deber de diligencia el marco de la empresa», en SÁNCHEZ-OSTIZ (dir.), *Comprender el Derecho penal. IV Jornadas Internacionales de Derecho penal en homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2019, pp. 113-151, con referencias.

los que sistematizar la posición jurídica del letrado, en función de dos parámetros: sus deberes organizativos respecto del cliente y sus deberes institucionales respecto del Estado. A partir de dicho esquema, me centraré en cómo debe definirse el rol del abogado *in-house* y en las consecuencias de dicha definición para la persona jurídica, en aras de asegurar tanto sus derechos procesales, como sus deberes de *compliance* corporativos.

A tal fin, el presente texto se estructura del siguiente modo. En primer lugar, se lleva a cabo una reflexión sobre el sentido normativo de los privilegios que tradicionalmente se han atribuido a lo que podría denominarse «abogado en sentido clásico» (II). La evolución de dicha profesión letrada «en sentido clásico» y la creciente heterogeneidad de sus funciones ha llevado a cuestionar la conveniencia/necesidad de que todas las actuaciones de un abogado gocen de los mismos privilegios. Un claro ejemplo de ello puede encontrarse en el análisis de la jurisprudencia europea (III). Su estudio mostrará que el modo de comprender la abogacía en la actualidad ha derivado en un claro auge de los deberes de colaboración de los abogados y, especialmente, en el caso de los *in-house* (IV). Ello permite afirmar que el secreto profesional del abogado interno se encuentra en la encrucijada. Y, como trataré de mostrar, gran parte de la solución radica en encarar la pregunta —si se quiere, políticamente incorrecta— de si, en la «era *compliance*» que gobierna el escenario regulatorio y jurisprudencial actual, tal derecho/deber tiene sentido para los abogados internos (V). Finalmente, tras una breve recapitulación de todo lo estudiado, se extraerán de modo sintético algunas conclusiones de carácter práctico (VI).

## II. El abogado clásico y el sentido normativo de sus privilegios

Si se atiende a los delitos que solo pueden tener como sujeto activo a un abogado o a un procurador, se aprecia que el vigente Código penal los ubica —a diferencia de lo que ocurría en el Texto punitivo de 1973—, entre los que protegen la Administración de Justicia (artículos 463 y ss. del Código penal). Lejos de reducirse a ser una simple mejora sistemática, tal circunstancia implica que se trata de tipos penales que protegen la tutela judicial efectiva respecto del propio cliente —delitos de deslealtad y perjuicio de parte—, e incluso en relación con posibles terceros —delito de obstrucción a la justicia—. Es más, el referido derecho constitucional también se ve afectado en el marco de los delitos de revelación de secretos, cuando el abogado quebranta su deber de reserva del secreto profesional (artículo 199.2 del Código penal)<sup>6</sup>. Todo ello pone de manifiesto que las mentadas figuras delictivas

<sup>6</sup> Comparto aquí la interpretación que sostiene el Dr. Coca Vila en relación con el bien jurídico protegido en el artículo 199.2 del Código penal. A diferencia de la doctrina mayoritaria, el referido autor considera que el abogado puede infringir su deber de reserva sin lesionar la intimidad del cliente. De ahí que sea preciso propiciar una interpretación que permita castigar todos los supuestos de infracción del deber de secreto profesional que

no se limitan ni a castigar la vulneración de deberes contractuales entre las partes, ni a subrayar penalmente la importancia de la profesión de letrado. Se trata de tipos en los que la conducta del sujeto activo —el abogado— siempre afecta a la actividad jurisdiccional: en caso de materializarse, menoscabarán o incluso anularán el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)<sup>7</sup>. Ya sea en su dimensión de garantía del derecho de defensa (relación horizontal abogado-cliente), como en su vertiente de garantía jurisdiccional (relación vertical abogado-Estado).

Dicha vinculación del abogado con la tutela judicial efectiva en su totalidad (y no solo en relación con el derecho de defensa), manifiesta que, contra lo que suele pensarse, el letrado no se deba exclusivamente a su cliente. Desde un punto de vista sistemático y coherente con el Código penal, la profesión de abogado se vincula —o debería vincularse— con la tutela judicial efectiva y, solo en tal medida, depender de los intereses del cliente. Es decir, los compromisos derivados de la *posición de garante organizativa* que el abogado asume al ser contratado encuentran su límite en su condición institucional de *agente de la Administración de Justicia*<sup>8</sup>.

Esta interpretación, que ya estaba presente en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el alemán<sup>9</sup>, ha sido expresamente acogida por el Tribunal Supremo español<sup>10</sup>. Algo que, como se verá a continuación, tiene importantes repercusiones prácticas, en la medida en que genera en el abogado «diversos compromisos con la verdad y con la justicia»<sup>11</sup>. De otro modo, no se entendería el asimétrico tratamien-

colmen los requisitos del tipo. Esta no puede ser otra que la de considerar que el secreto profesional es garantía de la confidencialidad entre abogado y cliente, la cual es indispensable para la salvaguarda de la tutela judicial efectiva. Cfr. COCA VILA, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 289 y 291, notas 4 y 8. En igual sentido, como refiere el propio autor, cfr. CORTÉS BERIACHELLI, «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la Directiva 2001/97 C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, (21), 2003, pp. 153-185, pp. 162-166. En sentido contrario, cfr. por ejemplo, MAGRO SERVET, «Praxis sobre el secreto profesional del abogado hacia su cliente», *Diario La Ley*, (19), 2017, pp. 1-13.

<sup>7</sup> Cfr. ARRIBAS LÓPEZ, *Responsabilidad civil y penal del abogado en el ejercicio de su profesión*, Thomsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 155 ss.

<sup>8</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015, p. 202.

<sup>9</sup> Tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (BVerfG *Bundesverfassungsgericht*), como en el propio Derecho positivo, a partir de figuras como la *Strafvereitelung* del § 258 StGB. Sobre las sentencias del BVerfG, cfr. por ejemplo las siguientes: 16, 214 (216); 34, 293 (300); 38, 105 (119); 39, 156 (165); 39, 238 (245); 53, 207 (214); 63, 266 (284); 66, 337 (354); 76, 171 (181). Sobre el abogado como órgano de la Administración de Justicia (*Organ der Rechtspflege*), cfr. BEULKE/RUHMANNSIEDER, *Die Strafbarkeit des Verteidigers. Eine Systematische Darstellung der Beistandspflicht und ihrer Grenzen*, 2., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 11-17; DAHS, *Handbuch des Strafverteidigers*, 8. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Ottoschmidt, Colonia, 2015, pp. 7 ss.; MÜLLER, «Berufsfreiheit oder Freiheit des Berufs- Der Strafverteidiger als Organ der Rechtspflege», en WIDMAIER *et al.* (eds.), *FS-Dahs*, Ottoschmidt, Colonia, 2005, pp. 3-18, 10 ss.

<sup>10</sup> Cfr. por ejemplo, STS 4 de marzo de 2013, que expresamente se refiere al letrado como «colaborador de la Administración de Justicia, a tenor del bien jurídico protegido que ampara la sanción penal y la ubicación sistemática del precepto [de deslealtad profesional] en la sistemática del Código penal».

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, p. 202, con referencias. El autor señala que ello implica que dichos deberes de veracidad no solo bloquearían el alcance de la posición de garante con respecto a su

to penal que el Legislador otorga al abogado en ejercicio, con respecto a otros profesionales. Así, los deberes de actuación del profesional del letrado en beneficio del cliente no son consecuencia de la obligación contractual entre las partes; en cambio, «emanan de las necesidades de protección de un servicio público, cuya prestación es constitutiva de un derecho constitucionalmente reconocido y que, sin la intervención leal y diligente del abogado se ve afectado de forma esencial»<sup>12</sup>.

Tal consideración del abogado como «colaborador de la Administración de Justicia» impediría limitar el rol del abogado al deber negativo de abstenerse de realizar conductas delictivas (*neminem laedere*) y, en cambio, podría llevar a atribuirle determinados deberes positivos de colaboración<sup>13</sup>. De hecho, así lo reflejan la normativa<sup>14</sup> y jurisprudencia<sup>15</sup> europeas que, si bien protegen la confidencialidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente, condicionan dicho amparo a que el abogado sea independiente<sup>16</sup>. Esta restricción interpretativa supone *eo ipso*, que cuando un abogado no sea independiente, su posición de garante organizativa para con su cliente no bastará para limitar sus deberes institucionales como agente de la Justicia<sup>17</sup>.

La discusión sobre el alcance de tal posición institucional del abogado<sup>18</sup> en tanto que colaborador de la Justicia —ya sea como profesional independiente y cuando

cliente, sino que, además, podrían dar lugar a responsabilidad penal por diversos delitos si se desatendieran. Sobre los deberes de veracidad del abogado litigante (*Verteidiger*). Cfr. también, DAHS, *Handbuch des Strafverteidigers*, 2015, pp. 31 ss.

<sup>12</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEJÍAS «Notas sobre la deslealtad profesional de los abogados en el Código Penal de 1995», *Revista Jurídica Gallega*, (27), 2000, pp. 13-34, p. 23.

<sup>13</sup> Sobre el concepto y la distinción de deberes positivos y negativos (generales y especiales), cfr. los textos citados supra en nota 2.

<sup>14</sup> Cfr. por ejemplo, artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo tenor consagra «el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial». La Carta de los Derechos Fundamentales reconoce una serie de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la Unión Europea, consagrándolos en la legislación comunitaria. Aunque fue proclamada el 7 de diciembre de 2000, en Niza (DO C 364, p. 1) y nuevamente en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (DO C 303, p.1), con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 (cfr. artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea [TUE]), la Carta ha adquirido el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados.

<sup>15</sup> Así quedó claramente establecido a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, *AM & S Europe c. Comisión*, 155/79, Rec. 1982 (en adelante, sentencia *AM&S*). Cfr. apartados 22-27.

<sup>16</sup> Sobre el concepto de «independencia del abogado» en el ámbito europeo, cfr. *supra* nota 15, relativa a la STJUE *am&s*, e *infra*, notas 23 y 24, relativas a la STJUE caso *Akzo Nobel* y a la STEDH caso *Michaud*, respectivamente.

<sup>17</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.*, C-305/05, Rec. 2007 p. I-5305 (en adelante, sentencia *Ordre des barreaux*). Esta resolución confirma una nueva tendencia en el Derecho de la Unión, al concebir que el secreto profesional puede ser limitado por intereses que vayan más allá de la más elemental relación abogado-cliente. Con ello se pone de manifiesto el cambio en la responsabilidad profesional de los abogados, conectando su actividad a intereses más amplios que los particulares de su cliente, en aras a que contribuyan a evitar irregularidades y abusos. Cfr. apartado 36 de la referida sentencia.

<sup>18</sup> Adelanto, no obstante, que para contribuciones futuras me inclinaré por abordar el estudio de dicho alcance con base en la tripartición de las especies fundamentales de deber que propone SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, pp. 428 ss., 477 ss., desarrollada, fundamentalmente, por ROBLES PLANAS (cfr., además de las obras ya citadas, *Estudios de dogmática jurídico-*

no lo es—, rebasa el objeto de la presente contribución. En cambio, como anuncié anteriormente, en las páginas que siguen me centraré en el controvertido parámetro del que parte el orden europeo al delimitar la figura de «abogado no independiente», para después apuntar algunas de las principales consecuencias de su consideración como *gatekeeper*<sup>19</sup> sin deber/derecho de reserva del secreto profesional.

### III. La distinción entre abogado interno y externo en la era del *compliance*. Estudio a partir de la jurisprudencia europea

El fundamento, el ámbito de aplicación y los límites del secreto profesional de los abogados no son una cuestión pacífica en la Unión Europea. De hecho, existe un considerable número de variantes y matices al respecto en cada uno de los Estados miembros<sup>20</sup>. Lo cual incide, a su vez, en el estándar de protección que se le reconoce a tal secreto profesional a nivel comunitario.

En la práctica, ha sido particularmente delicada la cuestión de saber qué abogados pueden respaldarse en el secreto profesional y, en concreto, si los abogados internos de empresa se encuentran amparados por él. El motivo de ello radica en que tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), subordinan la aplicación del referido principio de confidencialidad a que el letrado sea independiente. Cuestión que determinan en función de un criterio fundamentalmente formal, según el abogado sea interno o externo; es decir, en atención a la relación laboral que lo vincula a su cliente y no en función de su actividad profesional.

*penal. Fundamentos, Teoría del Delito y Derecho penal económico*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 63 ss. y 103 ss.) y COCA VILA, (cfr. una exposición detallada de su contribución en, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 276 ss., 284 ss.). Ambos textos con abundantes referencias bibliográficas. Así, en la terminología de Coca, cabría distinguir entre deberes de competencia plena, deberes de competencia preferente y deberes de competencia mínima. Por lo que se refiere al abogado, la discusión sobre el alcance de su posición institucional con respecto a la Administración de Justicia se centraría en determinar si éste únicamente es destinatario de deberes estatales *quibus ex populo*, de solidaridad mínima, o si, en cambio, puede sostenerse que en algunos supuestos, el haz de derechos y deberes del letrado puede llegar a calificarlo de «cuasi-funcionario», sujeto a deberes de competencia preferente o incluso garante en sentido fuerte, a quien imputar la lesión de bienes jurídicos en comisión por omisión cuando desempeña tareas extra-jurídicas, como ser el director de *compliance* de una empresa.

<sup>19</sup> Sobre el concepto de *Gatekeeper*, Cfr. por todos, KRAAKMAN, «Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy», *J.L. Econ. & Org.*, (2), 1986, pp. 53-104, p. 54.

<sup>20</sup> Cfr. SIGNES DE MESA, «La independencia de los abogados de empresa y protección del secreto profesional en la Unión Europea», *Revista Aranzadi de Derecho Mercantil*, (279), 2011, 26 páginas. la mayoría de los Estados miembros consideran que no existe compatibilidad entre el ejercicio de la profesión de abogado y la del abogado de empresa. Así lo conciben, entre otros, Estados como Francia, Italia, Grecia, Suecia, Luxemburgo y la República Checa. En esencia, todos éstos interpretan que el abogado de empresa pierde su carácter independiente al estar sometido a una relación laboral. No obstante, en el extremo contrario se encuentra Reino Unido, donde el secreto de las comunicaciones se extiende a los *in-house* si éstos prestan un asesoramiento jurídico. Un tercer grupo de casos sería el de Estados como Portugal, España o Alemania, donde la regulación es ambigua.

Por lo que se refiere al TJUE, en su sentencia *AM&S*, la aplicación del principio de confidencialidad quedó subordinada a dos condiciones acumulativas<sup>21</sup>. En primer lugar, el TJUE consideró que era necesario que la comunicación del cliente se realizara con el propósito y en interés del cliente «en el ejercicio de sus derechos de defensa». En segundo lugar, requirió que la comunicación en concreto se llevara a cabo con un abogado «independiente». Según los términos de la propia sentencia, un abogado independiente habría de definirse como aquel jurista que, hallándose habilitado para ejercer la profesión de abogado en un Estado miembro de la Unión, no se encontrara «vinculado a su cliente por medio de una relación laboral»<sup>22</sup>. Esta tesis que quedó confirmada en el año 2010, al desestimarse el recurso interpuesto por las empresas *Akzo Nobel Chemicals Ltd.* y *Akros Chemicals Ltd.*, con base en que el secreto profesional no se extiende al intercambio de opiniones e información entre los administradores de una empresa y el abogado interno que trabaja por cuenta de ella<sup>23</sup>.

Tal interpretación restrictiva del derecho a la confidencialidad fue confirmada por el TEDH, en el año 2012, a propósito de la sentencia *Michaud* contra Francia<sup>24</sup>. El referido TEDH se pronunció a favor de proteger el deber/derecho de confidencialidad de la información intercambiada entre un abogado y su cliente, pero lo limitó a los casos en los que el letrado actúa como defensor.

Con independencia de las críticas que merecen muchas de las anteriores interpretaciones<sup>25</sup>, es innegable que en no pocas ocasiones se considera que el abogado (y especialmente el interno) es un *manager* desvinculado del derecho de defensa y, por ende, sujeto a ciertos deberes positivos de colaboración con las autoridades — incompatibles con el deber/derecho de confidencialidad— es una tendencia en expansión. Sobre ello se tratará a continuación.

#### IV. El auge de los deberes positivos de los abogados (internos)

Como se apuntó al inicio del presente texto, el secreto profesional ha sido históricamente un instituto consustancial al ejercicio de la abogacía y, en general, al derecho a la defensa. No obstante, el sentido de tal deber/privilegio parece difícilmente reconciliable con la labor profesional del letrado que se aleja de lo que constituye el —aquí llamado— «abogado en sentido clásico», con funciones tendientes a garantizar el Derecho a la defensa y a una tutela judicial efectiva.

<sup>21</sup> Cfr. STJUE *AM&S*, apartados 22-25.

<sup>22</sup> Cfr. STJUE *AM&S*, apartado 27.

<sup>23</sup> Cfr. STJCE de 14 septiembre de 2010, (C-550/07 P.), Caso *Akzo Nobel chemicals Ltd. y otros*.

<sup>24</sup> Cfr. STEDH de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11), Caso *Michaud contra Francia*.

<sup>25</sup> Cfr. con referencias, COCA VILA, «El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso *Michaud* contra Francia», *InDret Penal*, 4/2013, pp. 1-28, *passim.*; ID., *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 287-318.



Paradigmático, en este sentido, es el caso de la lucha contra el blanqueo de capitales. La naturaleza transfronteriza del referido delito propicia que tanto su regulación, como las exigencias de colaboración y comunicación que de ésta se derivan para los abogados, tengan un carácter global o cuanto menos, bastante homogéneo a nivel internacional<sup>26</sup>. La difícil compatibilidad de dichas obligaciones con el casi sacralizado deber de reserva del secreto profesional, ha abierto la puerta a la discusión en torno a la viabilidad de una concepción cuasi-funcionarial de los abogados<sup>27</sup>. Tal debate afecta a los límites del riesgo permitido en el ejercicio de su profesión<sup>28</sup>, así como a las obligaciones que de ella se derivan<sup>29</sup>.

Ahora bien, aun admitiendo que los deberes de comunicación y colaboración de los abogados con los órganos estatales tienen un claro exponente en la prevención del blanqueo de capitales, entiendo que no sería acertado delimitar la posición jurídica del abogado únicamente a la luz de dichas prescripciones administrativas. Además de que su infracción no genera automáticamente responsabilidad penal<sup>30</sup>, puede sostenerse que las obligaciones del abogado en materia de prevención del blanqueo de capitales son la consecuencia de su posición jurídica previa y no el origen de la misma. Muestra de ello es que, al margen del blanqueo de capitales, hay otros ámbitos en los que el abogado también tiene deberes de información.

<sup>26</sup> De entre los estudios más recientes sobre las obligaciones de los abogados en relación con la prevención del blanqueo de capitales desde una perspectiva internacional, cfr. por ejemplo, BENSON, «Money Laundering, Anti-Money Laundering and the Legal Profession», en KING/WALKER/GURULÉ (eds.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*, Volumen I, Palgrave Macmillan, Londres, 2018, pp. 109-133. La autora se muestra crítica con las obligaciones impuestas a los abogados en su calidad de *gatekeepers* respecto de la prevención del blanqueo de capitales.

<sup>27</sup> Cfr. al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales, en II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 131-214, pp. 136 y ss. El autor hace referencia a la imposición de «deberes policiales» a sujetos privados, hasta el punto de convertirlos en «colaboradores forzosos del Estado» (p. 213). La doctrina mayoritaria se muestra escéptica respecto de una posible función institucional del abogado en relación con el blanqueo de capitales. Así, por ejemplo, cfr. COCA VILA, *Criminalidad de empresa y Compliance*, p. 300; ROBLES PLANAS, «Riesgos penales del asesoramiento jurídico», *Diario La Ley*, (7015), 2008, pp. 1-26, pp. 18 y s.

<sup>28</sup> Cfr. entre otros, LUZÓN PEÑA, «Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales» en ABEL SOUTO (coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 301-337, pp. 324 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Blanqueo de capitales y abogacía», *InDret Penal* 1/2008, p. 12; PÉREZ MANZANO, «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», *La Ley Penal*, (53), 2008, pp. 5-32, pp. 13 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, «Blanqueo de capitales y negocios standard» en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 127-162, 129 y 142 y ss.; ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, (7015), 2008, pp. 6 y ss..

<sup>29</sup> Sobre la inexistencia de una verdadera colisión de deberes entre dichas obligaciones, cfr. el análisis de COCA VILA en los textos citados *supra* en nota 25. Para un análisis de dichas obligaciones (o deberes positivos) de los abogados en el campo del blanqueo de capitales cfr. por ejemplo, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Secreto profesional y abogados como sujetos obligados en la lucha contra el blanqueo de dinero», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (coords.), *V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 283-286; ÚBEDA MARTÍNEZ-VALERA «La prevención del blanqueo de capitales y la abogacía», *Revista de Derecho UNED*, (20), 2017, pp. 639-656.

<sup>30</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Diario la Ley*, (7015), 2008, p. 19.

Así, por ejemplo, en el ámbito fiscal, la Directiva (UE) 2018/822, del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE, ha establecido la obligación de los asesores fiscales —que en su mayoría son abogados— de informar a las autoridades de determinadas operaciones transfronterizas de sus clientes. Y, aunque la Directiva autoriza a exceptuar dichas obligaciones cuando entren en colisión con el secreto profesional<sup>31</sup>, lo cierto es que el borrador de Anteproyecto de Ley español para la reforma de la Ley General Tributaria redactado por el Ministerio de Hacienda para la trasposición de la Directiva, no las contemplaba<sup>32</sup>. En cambio, el referido Anteproyecto de Ley retiraba al abogado interno de empresa el secreto profesional e imponía a los asesores fiscales la obligación de informar de determinadas operaciones (inter)nacionales. El hecho de que tal previsión suponía ir mucho más allá de lo exigido por la propia Directiva, unido a la fuerte polémica que ello generó, ha derivado en un nuevo Anteproyecto de Ley publicado el pasado día 20 de junio, que parece permitir la salvaguarda del secreto profesional en su configuración actual<sup>33</sup>. No obstante, además de confusa, tal previsión es más que provisional, toda vez que es objeto de un texto legislativo en proceso de tramitación y, por ende, susceptible de ulteriores modificaciones. En cualquier caso, aun aprobándose el modificado Anteproyecto de Ley, es claro que con ello no se invertiría la acusada tendencia hacia la supresión o reducción más que sustancial del secreto profesional del abogado de empresa<sup>34</sup>.

Como puede observarse, el auge de los deberes positivos respecto de los abogados es un fenómeno en expansión. Y, como muestran las tendencias en materia tributaria, ello es especialmente claro —y casi automático— en el caso del abogado interno. En este sentido, creo que el debate en torno a la problemática que ello genera en términos de colisión de deberes con los privilegios de confidencialidad tradicionalmente reconocidos al abogado no debería centrarse en el «cómo» o «cuánto» del secreto

<sup>31</sup> Así, el nuevo art. 8 bis. ter. 5 de la referida Directiva 2018/22, dispone que: «cada Estado miembro podrá adoptar las medidas necesarias para otorgar a los intermediarios el derecho a una dispensa de la obligación de presentar información sobre un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información cuando la obligación de comunicar información vulnere la prerrogativa de secreto profesional en virtud del Derecho nacional de dicho Estado miembro».

<sup>32</sup> Los detalles sobre la referida reforma pueden encontrarse en la página web del *Diario Expansión*, 9 de enero de 2019. Noticia disponible *online* en el siguiente enlace: <http://www.expansion.com/economia/2019/01/09/5c35af1a22601d75438b45ba.html> (última consulta: 10 de septiembre de 2019).

<sup>33</sup> Cfr. Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. Art. 2 «Se consideraran titulares del deber de secreto profesional al que se refiere el apartado 5) del artículo 8 bis ter de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, los que tuvieran la consideración de intermediarios conforme a dicha Directiva, con independencia de la actividad económica desarrollada, con respecto a los datos privados no patrimoniales y datos confidenciales a los que se refiere el artículo 93.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que reciban u obtengan de los obligados tributarios interesados en un mecanismo transfronterizo de los definidos en la Directiva».

<sup>34</sup> En igual sentido, GALBE TRAVER, *La Ley Penal*, (8462), 2019, p. 2.

profesional. En cambio, sugiero replantear la cuestión tomando como punto de partida un interrogante más radical; a saber, «si» en la «era *compliance*» que gobierna el escenario regulatorio y jurisprudencial actual, tal derecho/deber tiene sentido para los abogados internos. A ello se procederá a continuación.

## V. El abogado interno en la encrucijada

Como paso previo a responder a la pregunta de si debe reconocerse el derecho/deber de confidencialidad al abogado —y, más concretamente, al abogado interno—, estimo necesario definir su posición jurídica teniendo en cuenta sus deberes organizativos con el cliente (dimensión horizontal) y su papel institucional respecto de la función pública del Estado (dimensión vertical).

### 1. *Tripartición de las funciones propias de la abogacía*

Ante esta perspectiva, considero necesario esclarecer que —en la línea apuntada por la anteriormente referida sentencia *Michaud*— la delimitación de los casos en los que debe reconocerse el derecho/deber de confidencialidad al abogado *in-house* debería realizarse desde una perspectiva material, en función de la labor que tiene encomendada. Ello se opondría a las interpretaciones más formalistas —que, sin embargo, parecen acoger las tendencias legislativas— de limitar el secreto profesional en función de si el abogado es externo o interno. Y también cuestionaría la aproximación al problema desde el confuso criterio de la «independencia» del abogado al que tanto recurre la jurisprudencia europea.

La progresiva restricción del derecho/deber de confidencialidad del abogado —y particularmente del abogado de empresa— no surge del modo en el que se configura su relación con el cliente, sino de su rol en el marco de un Estado que, a diferencia del modelo liberal, ya no concibe la colaboración con las autoridades como un comportamiento supererogatorio. En cambio, en el actual modelo de «Estado garantizador» (*Gewährleistungstaat*)<sup>35</sup>, no es infrecuente constatar que determinados sujetos privados pasan a ser «colaboradores forzosos de la Justicia»<sup>36</sup>, para quienes la colaboración es un comportamiento debido. Y, desde este prisma, podría afirmarse que el secreto profesional del abogado se hace depender de la función que éste tiene encomendada.

<sup>35</sup> Me inclino por esta traducción y no por «Estado Garante», siguiendo la sugerencia de SILVA SÁNCHEZ, en *Malum passionis*, 2018, p. 76, nota 176. Sobre el cambio del modelo de Estado y su repercusión en el Derecho Penal, cfr. *supra* nota 1.

<sup>36</sup> Cfr. *supra*, nota 27. Sobre el Estado como competente primario de los deberes positivos y, pese a ello, la difícil delimitación que existe para delimitar las funciones del Estado moderno, cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss. Para acceder al pensamiento del referido autor en lengua castellana, cfr. PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, (Dirección y estudio introductorio: SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ); (Traducción e informe sobre las discusiones: ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ/COCA VILA/GARCÍA DE LA TORRE); Atelier, Barcelona, 2016, *passim*.

Para ello, pueden distinguirse tres niveles o escenarios<sup>37</sup>. Un primer nivel, que entiendo como de «institucionalización máxima», serían los casos de defensa procesal (defensa y representación técnica), en los que prevalece el deber/derecho de confidencialidad del abogado, precisamente porque éste garantiza la tutela judicial efectiva.

En el extremo opuesto se ubicarían los casos de «desinstitucionalización», en los que priman los deberes de colaboración, por cuanto el letrado lleva a cabo labores de gestión desvinculadas del derecho de defensa, que no precisan ser prestadas por un abogado. Es el caso, por ejemplo, de tareas como las siguientes: i) la gestión de negocios; ii) el manejo de fondos, la realización de operaciones mercantiles por cuenta del cliente; iii) la apertura o gestión de cuentas; iv) la gestión de fideicomisos (*trusts*) o sociedades; v) la constitución de sociedades u otras personas jurídicas; vi) el ejercicio de funciones de dirección o secretaría de una sociedad; y, en general todas las enumeradas en el artículo 2.º y o) de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales.

Finalmente, en un nivel intermedio estarían los supuestos de «institucionalización mínima», en las que el abogado actúa como asesor jurídico<sup>38</sup>. Se trata de supuestos en los que el abogado informa al cliente para establecer el conjunto de derechos y obligaciones y las consecuencias que de ellos deriven para un sujeto cuando concurren unas circunstancias y hechos específicos<sup>39</sup>. En estos casos —que escapan al «núcleo duro» del derecho de defensa—, el abogado se mueve en una zona gris en la que no existe un criterio claro que permita fundamentar qué comunicaciones deberían quedar protegidas y por qué.

Pues bien, atendiendo a esta tripartición, puede sostenerse que el abogado *in-house* pocas veces se mueve en el primer nivel de institucionalización máxima. En cambio, sí desempeña importantes labores como gestor y también como asesor jurídico, siendo sus expectativas de confidencialidad en ambos casos, bastante limitadas. Como se ha constatado, las tendencias legislativas y jurisprudenciales se encaminan a la supresión del secreto profesional de los abogados internos en pro de la colaboración del abogado con las autoridades, pese a que no siempre exista un fundamento claro para ello.

<sup>37</sup> Agradezco en este punto los comentarios del Dr. Ragués i Vallès en el seminario «*In-House Lawyer* y Derecho Penal», que impartí el pasado 5 de marzo de 2019 en la Universitat Pompeu Fabra.

<sup>38</sup> Cfr. COCA VILA, *InDret Penal*, 4/2013, pp. 15-23. El autor apunta la necesidad de distinguir las distintas funciones del abogado como base para dirimir cuándo (no) procede reconocer el privilegio de la confidencialidad al abogado. No obstante, el Dr. Coca distingue solo dos grupos de actividades: uno relativo a la defensa, representación técnica y asesoramiento jurídico (sujeto a secreto procesal), y un segundo grupo referido a tareas de intermediación o gestión de intereses ajenos (que no gozaría del privilegio de la confidencialidad). Ello se debe a que maneja un concepto amplio de la tutela judicial efectiva, en el marco de la cual incluye el asesoramiento. En cambio, como he apuntado en el texto, creo que las labores de asesoramiento recaerían en un nivel de institucionalización mínima y no máxima, como es el caso de la defensa procesal.

<sup>39</sup> Cfr. página web oficial del Consejo General de la Abogacía Española: Documento sobre medidas y recomendaciones para los abogados en materia de prevención del blanqueo y financiación del terrorismo.: <http://www.abogacia.es/2012/06/14/prevencion-del-blanqueo-de-capitales-2/> (última consulta: 11 de septiembre de 2019).

Se trata de una cuestión que, como hemos visto, está afectando de forma progresiva a una multiplicidad de ámbitos. Pero, de entre todos ellos, los eventuales deberes de colaboración del abogado interno merecen especial atención en el contexto del *criminal compliance* y de la responsabilidad penal corporativa. No solo por su incidencia en la posible responsabilidad penal del abogado *in-house*. Sino también por su repercusión para la atribución de responsabilidad penal a la propia persona jurídica *ex artículo 31 bis del Código penal*.

## **2. La multifuncionalidad de los abogados internos y su remota vinculación con la tutela judicial efectiva**

Tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina estadounidense, la figura del *in-house* ha ido evolucionando desde que apareciera en la década de 1930, siendo que desde los años 70 y 80 del pasado siglo hasta la actualidad, el número de abogados que trabajan como abogados internos ha seguido creciendo a nivel mundial<sup>40</sup>. El motivo de tal fenómeno global se debe, entre otras razones, al crecimiento de los costes del asesoramiento externo, ligado a las distintas crisis económicas y a la progresiva (e ininterrumpida) aparición de una ingente cantidad de normativas y regulaciones relativas a las distintas áreas del negocio (*business*), así como al área de cumplimiento (*compliance*)<sup>41</sup>. Así, en los últimos años, las empresas han tenido que incorporar a su organización normativas UNE-ISO y otras medidas derivadas de regulaciones tributarias, de prevención de blanqueo de capitales, de protección de datos, de prevención de riesgos laborales y también los programas de cumplimiento penal<sup>42</sup>. El abogado interno es quien asume la gestión de todo ello y tal circunstancia le genera no solo una gran capacidad de control sobre la empresa, sino también un prestigio materializado en su sueldo y en su puesto en la jerarquía empresarial, como *manager* o directivo<sup>43</sup>.

La consecuencia que cabe extraer de todo ello es clara: el rol del abogado interno se ha ido engrosando progresivamente, y ello permite afirmar que han quedado atrás los días en los que únicamente se lo contrataba para disponer de su asesora-

<sup>40</sup> Cfr. LIPSON *et al.*, «Who's in the House? The Changing Nature and Role of In-House and General Counsel», 2012 *Wis. L. Rev.*, (2012), pp. 237-250, 237-243. También, O'CONNOR, «When You Come to a Fork in the Road, Take It: Unifying the Split in New York's Analysis of in-House Attorney-Client Privilege», 25 *J.L. & Pol'y*, (2016), pp. 437-472, pp. 448-452. (Ambos textos con ulteriores referencias).

<sup>41</sup> Cfr. además de la bibliografía citada en la nota inmediatamente anterior: SIMMONS/DINNAGE, «Innkeepers: a Unifying Theory of the In-House Counsel Role», 41 *Setton HallL. Rev.* (2011), pp. 77-153, pp. 101 ss.

<sup>42</sup> Sobre las crecientes obligaciones regulatorias en las empresas, cfr. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 248 ss. (con referencias).

<sup>43</sup> Cfr., además de las obras de Derecho comparado ya citadas, ROSTAIN, «General Counsel in the Age of Compliance: Preliminary Findings and New Research Questions», 21 *Geo. J. Legal Ethics*, (2008), pp. 465-490. Muy gráficamente, señala la autora que: «Today the [in-house counsel position] attracts well-known partners from elite corporate firms, typically carries a senior title within the corporate hierarchy and it is associated with significant prestige within the legal profession» (p. 465). (Cursiva añadida).

miento legal y ser representado en un procedimiento<sup>44</sup>. En cambio, la labor del *in-house* puede definirse como multifuncional. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia angloamericanas —que son quienes han desarrollado el estudio de esta materia con mayor detalle—, tienden a sintetizar la labor del abogado interno en dos grandes grupos, según éste actúe como representante/asesor legal (*legal representative*) o como gestor de la organización y del negocio (*corporate officer and business manager*)<sup>45</sup>.

Por lo que se refiere a su función como asesor legal, las funciones del abogado interno dependerán del tamaño de la corporación y del departamento de asesoría jurídica interna, así como de la complejidad y naturaleza de las cuestiones legales y regulatorias que se planteen. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la clase de asesoramiento legal que presta el abogado interno a su cliente empresa difiere mucho de lo que es habitual en la relación abogado-cliente, en tanto que debe asesorar sobre aspectos muy diversos<sup>46</sup>, siendo habitual que llegue incluso a estar implicado en las decisiones que toman los directivos<sup>47</sup>. En la práctica, tal circunstancia dificulta la distinción entre las tareas propiamente jurídicas del *in-house* y las relativas a su función como gestor.

En el marco de éstas últimas, debe destacarse que el abogado interno asume muchas funciones que un abogado externo nunca asumiría en el marco de la relación abogado-cliente<sup>48</sup>. Así, es frecuente que los *in-house* sean competentes en materias «extra-legales» tales como, recursos humanos o cuestiones de gobierno corporativo. A lo que se suma su progresivamente su generalizado nombramiento como director de cumplimiento o *chief compliance officer* —lo cual implica llevar a cabo tareas como asesorar en materia de *compliance*, pero también contratar a *compliance officers* y reportar a los administradores y directivos sobre cuestiones de *compliance*—<sup>49</sup>. Y, de la misma forma que ocurriera en el caso de sus competencias legales, también las funciones del abogado interno como gestor se entremezclan

<sup>44</sup> Así lo afirman respecto del abogado en general (no solo en relación con el *in-house*) BLAND/JOHNSON, «Applying the Attorney-Client Privilege to Investigations Involving Discovery: What is Fair Game in Discovery?», en WALKOWIAK *et al.* (eds.), *The Attorney Client Privilege in Civil Litigation: Protecting and Defending Confidentiality*, 6.ª ed., 2015, Aba Book Publishing, Chicago, Illinois, pp. 281-317, p. 292.

<sup>45</sup> Cfr. LIPSON *et al.*, *Wis. L. Rev.*, (2012), pp. 237 ss.; O'CONNOR, 25 *J.L. & Pol'y*, (2016), pp. 452 ss. NELSON/NIELSEN, «Cops, Counsel and Entrepreneurs: Constructing the Role of Inside Counsel in Large Corporations», 34 *Law & Soc'y Rev.* (2000), pp. 457-494, pp. 464 ss.

<sup>46</sup> En este sentido, resulta muy ilustrativo el modo en el que se define el *in-house* de un banco y que transcriben NELSON/NIELSEN, 34 *Law & Soc'y Rev.* (2000), p. 465: «40% of my time is spent managing the legal position,...20% of my time is as the bank's chief compliance officer: dealing with regulators, overseeing the auditing process within the bank, [overseeing] training done by the legal division...Another 30% of my time is as consigliere of executive and senior management [...] The remaining 10% of my time I practice Law».

<sup>47</sup> Lo cual conduce a que dichas funciones hayan sido calificadas de «cuasi-legales» (*quasi-legal roles*), en tanto que requieren habilidades legales...y de dirección. Cfr. DEMOTT, «The discrete Roles of General Counsel», 74 *Fordham L. Rev.* (2005), pp. 955-981; O'CONNOR, 25 *J.L. & Pol'y*, (2016), pp. 454, con referencias.

<sup>48</sup> Cfr. DEMOTT, 74 *Fordham L. Rev.* (2005), pp. 955-981; O'CONNOR, 25 *J.L. & Pol'y*, (2016), pp. 456.

<sup>49</sup> Cfr. DUGGIN, *The Pivotal Role of the General Counsel in Promoting Corporate Integrity and Professional Responsibility*, 51 *St. Louis U. L. J.* (2007), pp. 989-1042, p. 1104.

con las jurídicas. Ello es claro en el caso del *compliance*, en tanto que hacen falta conocimientos jurídicos para llevar a cabo un análisis de riesgos o modificar los protocolos existentes.

De acuerdo con lo expuesto, tanto la dualidad de funciones que asume un mismo órgano, como la facilidad con la que éstas quedan entremezcladas supone un problema de gran envergadura, pues solo la información obtenida en tanto que asesor jurídico estará sujeta al privilegio de la confidencialidad —o en la terminología del *Common Law*, el *Attorney-Client Privilege* y la *Work Product Doctrine*—<sup>50</sup>. Por tanto, actualmente existe una gran inseguridad jurídica sobre en qué supuestos aplicará el referido privilegio y en cuáles, por el contrario, el *in-house* deberá colaborar con las autoridades<sup>51</sup>.

Sin embargo, y en la línea de lo apuntado *supra* al inicio de este apartado V, no es éste el principal problema en relación con el derecho/deber de reserva del secreto profesional del abogado *in-house*. No ignoro la importancia que —en aras de garantizar la seguridad jurídica— reviste la adecuada delimitación de los criterios acerca de qué comunicaciones están protegidas por el privilegio de la confidencialidad en el marco de la empresa. Sin embargo, entiendo que antes de entrar a valorar esta concreta problemática, la discusión debería centrarse en determinar si el secreto profesional del *in-house* —e incluso de los abogados externos que asesoran a una empresa en materia de *compliance*—, es compatible con un «Estado garante» que aspira a convertir a las corporaciones en su *longa manus*.

### **3. Argumentos contra la protección del secreto de abogado interno que no ejerce las funciones que merecen tal protección**

En la línea de cuanto acaba de apuntarse, algunos autores<sup>52</sup> han apostado por desacralizar el privilegio de la confidencialidad, manifestando que los argumentos a

<sup>50</sup> Adopto aquí la terminología del Derecho federal estadounidense. En Reino Unido distinguen entre *Litigation Principle* y *Legal Advice Privilege* que, en esencia, se corresponden con los términos norteamericanos, aunque su aplicabilidad —especialmente para los abogados internos— está mucho más restringida. En este sentido, para un estudio comparado del actual *status quaestionis* del *Privilege* en distintas jurisdicciones (estadounidense, británica, alemana y europea), cfr. RAMM, «It's the End of the Privilege as We Know It, and I [Don't] Feel Fine: The Deterioration of the Corporate Attorney-Client Privilege and Work Product Protection in the European Union, United Kingdom and Germany», 87 *Cin. L. Rev.* (2018), pp. 301- 323. Una síntesis sobre el contenido del *Attorney-Client Privilege* y de la *Work Product Doctrine* en el contexto corporativo (cuando el cliente es una empresa), puede encontrarse, por ejemplo, en: WALKOWIAK, «An Overview of the Attorney-Client Privilege when the Client is a Corporation», en WALKOWIAK *et al.* (eds.), *The Attorney Client Privilege in Civil Litigation: Protecting and Defending Confidentiality*, 6.<sup>a</sup> ed., 2015, Aba Book Publishing, Chicago, Illinois, pp. 2-84, pp. 4 ss. y 28 ss.

<sup>51</sup> Lo pone de manifiesto, por ejemplo, O'CONNOR, 25 *J.L. & Pol'y.* (2016), pp. 437 ss., 458 ss. La autora hace un estudio de la jurisprudencia en los tribunales del Estado de Nueva York, para manifestar la necesidad de encontrar un criterio que unifique los distintos parámetros que emplean los jueces, en aras a determinar cuándo una comunicación del cliente con el *in-house* está amparada por estos principios. La autora propone atender tanto al contenido, como al propósito de la comunicación.

<sup>52</sup> Paradigmático, SIMON, «Duties to Organizational Clients» 29 *Geo. J. Legal Ethics* (2016), pp. 489-525, pp. 518 ss., son referencias.

su favor —de por sí, débiles—, lo son aún más en el caso de la empresa. Así, un creciente sector de la doctrina angloamericana considera que los argumentos que tradicionalmente se han alegado a favor de la confidencialidad han quedado ya vacíos de contenido. Entre otras cuestiones, se argumenta que no puede garantizarse que el abogado interno sepa dar el consejo que el cliente necesita para estar bien informado y cumplir la Ley, ni tampoco que el cliente vaya a seguir su consejo (*channeling premise*)<sup>53</sup>. A dicho razonamiento se suma que la confidencialidad no es ni la única vía ni una garantía de que se pueda obtener información por parte del cliente (*disclosure premise*)<sup>54</sup>. Al hecho de que, como acaba de exponerse, el abogado interno no puede asegurar que todo lo que conoce a través del cliente está amparado por el *privilege* debido a la incertidumbre que reina sobre su funcionalidad dual, se suma que las empresas están obligadas por distintas normativas a facilitar información a las autoridades, sin que pueda alegarse el privilegio de la confidencialidad frente a esos deberes. Es el caso, por ejemplo, de procedimientos como el civil o el tributario, o de requerimientos en el marco del cumplimiento de obligaciones relativas al mercado de valores, el medioambiente o la protección de la salud.

Tales argumentos podrían llevar a pensar que, de no reconocerse el privilegio de la confidencialidad a los *in-house*, sería prácticamente imposible que los administradores o directivos promovieran las investigaciones internas, para prevenir y reaccionar frente a los delitos. Este es el razonamiento que late en la paradigmática sentencia *Upjohn*<sup>55</sup>. Sin embargo, no pueden ignorarse las reformas legislativas que han tenido lugar —no solo en Estados Unidos, sino también en el resto del mundo— en materia de *corporate compliance* y que han dejado bastante obsoleto el razonamiento asentado en la referida sentencia<sup>56</sup>. A diferencia de lo que ocurría en el año 1981 (cuando se dictó la sentencia *Upjohn*), en la actualidad existen numerosas normativas y referentes jurisprudenciales que imponen una serie de deberes de control interno ineludibles —o, cuanto menos, no opcionales— a quienes se encuentran en la cúpula de la organización corporativa<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Cfr. SIMON, 29 *Geo. J. Legal Ethics* (2016), pp. 519 ss.

<sup>54</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 520. El autor llega a afirmar que, si el abogado es responsable de que el cliente cumpla con estas obligaciones de información, habrá de insistir en revelar esta información, sin importar lo perjudicial que ello pueda ser para el cliente.

<sup>55</sup> *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 391 (1981). En esta sentencia se reconoció el privilegio de la confidencialidad para los abogados internos, abandonando el criterio formal del *control group* y centrando la delimitación de tal protección de acuerdo con el parámetro material del *subject matter*. Así, desde esta resolución, en Estados Unidos el privilegio de la confidencialidad en el ámbito corporativo no depende de que exista un apoderamiento formal para actuar en el marco de un litigio, sino de que el contenido de las comunicaciones sea jurídico. No obstante, como se pondrá de manifiesto más adelante, cada vez son más las voces que consideran que esta sentencia ha quedado obsoleta.

<sup>56</sup> Cfr. SIMON, 29 *Geo. J. Legal Ethics* (2016), pp. 521 ss. El autor llega a afirmar que desde este punto de vista, mantener la confidencialidad podría llegar a ser perjudicial para la empresa y concluye que: «*When the lawyer's role is situated in the broader context of relevant law, it is apparent that the value of confidentiality is much smaller than discussion usually suggests and that related objections to reporting-out duties are overblown*» (p. 524).

<sup>57</sup> Es el caso, por ejemplo, de las *U.S. Federal Sentencing Guidelines* —que han tenido una trascendencia mundial a la hora de inspirar las regulaciones de los distintos ordenamientos jurídicos en materia de compliance—



Estas obligaciones muestran que la protección del *privilege* no es tan necesaria en el marco de la empresa<sup>58</sup>. Y aun más: que, en la práctica, los abogados *in-house* no son garantía de que vayan a cumplirse, sino lo contrario.

En este sentido, como ha puesto de manifiesto la doctrina, los abogados internos son proclives a incurrir en sesgos cognitivos y volitivos<sup>59</sup>, que afectan directamente a sus pautas de conducta. Lo cual, aplicado a sus obligaciones de *compliance* implica que no pocas veces éstas son percibidas desde el prisma de su propio interés y sin ser proactivos. Como señala el profesor Donald Langevoort, ello se fundamenta en dos motivos. Por un lado, los abogados *in-house* son «cognitivamente dependientes» de sus clientes y, por ende, incapaces de detectar ciertos riesgos. Por otro lado, es habitual que la política empresarial de incentivos perjudique a los *naysayers* y, en cambio, permita la promoción e incluso integración en las decisiones corporativas de los *in-house* que son más condescendientes en materia de cumplimiento normativo<sup>60</sup>. A dicha circunstancia epistemológica se une un dato empírico, como lo es el hecho de que las políticas de incentivos de las empresas

, de los requisitos para que los administradores puedan beneficiarse de la *Business Judgement Rule*, o de las exigencias derivadas de normativas vinculadas al deber de información como ocurre, por ejemplo, en el sector del mercado de valores.

<sup>58</sup> No ignoro la trascendencia que esta cuestión reviste en relación con el derecho fundamental de la persona jurídica a no confesarse culpable (lo cual operaría solo en España, no en el ámbito angloamericano, en el que — desde el caso *Hale v. Henkel* 201 U.S. 43 (1906)— no se reconoce el derecho corporativo a no autoincriminarse. Cfr., por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ «Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica» en BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ JARA DÍEZ/FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.<sup>a</sup> ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 313-362, p. 345. De hecho, en la doctrina española el *nemo tenetur* de la persona jurídica ha sido propuesto como estrategia alternativa al reconocimiento del secreto profesional al abogado *in-house* con el objeto de salvaguardar la confidencialidad de la relación abogado-cliente. Así, por ejemplo, GALBE TRAYER, *La Ley Penal*, (8462), 2019, *passim*, con referencias jurisprudenciales y doctrinales. Sin embargo, el propio autor reconoce las limitaciones de su propuesta, habida cuenta de que ni llega a abarcar todos los supuestos que ampararía el secreto profesional, ni la regulación del *nemo tenetur* corporativo es mínimamente satisfactoria. A lo cual estimo necesario añadir que, en último término, el *telos* de todo el «sistema» de responsabilidad penal de personas jurídicas está orientado a que éstas colaboren con las autoridades y, por ende, conciban su posible imputación como una llamada a facilitar información, que como un escenario en el que ostentar pasivamente la condición de investigadas amparadas por un derecho fundamental a no confesarse culpables. Cfr. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes*, 2017, pp. 207-268; 272-278; 291-313. En último término, se trata de comprender que la exención por contar con un programa de *compliance* eficaz supone que éstos se encuentran llamados a entenderse con carácter prospectivo, como directrices de actuación (colaboración) y no tanto como elementos de pasado (prueba). Sobre ello, cfr. GOENA VIVES, *Comprender el Derecho penal*, 2019, pp. 113-151.

<sup>59</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos*, 2016, pp. 247-284. El autor expone con detalle las teorías de los sesgos en el ámbito de los individuos que operan en la empresa y de cómo éstos suponen la aparición de distorsiones en el plano cognitivo y en el volitivo-emocional. Lo cual puede llegar a tener incidencia en la atribución de responsabilidad al agente que obra influido por dichos sesgos. Si bien, coincido con el autor en que, como regla general, los sesgos y las dinámicas de grupo no son factores que permitan la exclusión sistemática de la responsabilidad penal de los sujetos miembros de una empresa. Especialmente sugerente para su aplicabilidad al concreto caso de la responsabilidad penal individual del abogado *in-house* me parece la propuesta de oponer a la influencia de los sesgos cognitivos sobre la *actio in se* la infracción de algún deber *in causa*, como mínimo por imprudencia y la de atenuar la pena por una menor exigibilidad en el caso de influencia de dinámicas de grupo.

<sup>60</sup> Cfr. LANGEVOORT, «Getting (Too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk and the Financial Crisis», 2012 *Wisc. L. Rev.* (2012), pp. 495-520, con referencias.

tienden a promocionar a quien se «acomoda» a los riesgos, más que a quien trata de prevenirlos (los *naysayers*)<sup>61</sup>.

A ello debe añadirse la circunstancia de que hay casos en los que ni tal siquiera cabe hablar de sesgos, en tanto que el abogado interno tolera comportamientos ilegales siendo perfectamente consciente de ello. A fin de cuentas, no debe olvidarse que los *in-house* son empleados de la empresa y, por ende, los primeros interesados en la buena marcha del negocio. Y, desde esta perspectiva, proteger al *in-house* —y por ende, su *privilege*—, podría, en último término, dificultar la prevención y la perseguibilidad de la delincuencia empresarial<sup>62</sup>.

En la literatura comparada, tal circunstancia ha derivado en distintas recomendaciones de carácter práctico, orientadas a «vestir» la labor del *in-house* de apariencia de asesoramiento legal vinculado a una defensa procesal<sup>63</sup>. No ignoro que se trata de una medida que en algunos casos será necesaria y recomendable, pero el riesgo de incurrir en un formalismo pragmático es evidente. De la misma manera que la doctrina, en España, la jurisprudencia y la Circular 1/2016 de Fiscalía General del Estado han criticado extensamente la pretensión exculpatoria de los *make-up compliance*, no merecen mayores alabanzas las propuestas orientadas a dar una apariencia de asesoramiento jurídico confidencial a lo que en realidad se corresponde con una gestión de negocio no independiente y, en ocasiones, delictiva.

De ahí que mi propuesta sea la de conciliar, a través de un adecuado programa de *compliance* el *telos* eminentemente colaborativo de la responsabilidad penal corporativa y las tendencias legislativas orientadas a restringir el secreto profesional de los abogados internos (e incluso de los abogados de empresa en general, sean internos o externos), con la necesidad de salvaguardar los derechos procesales fundamentales de la persona jurídica. A continuación, se desarrolla este extremo.

#### **4. El programa de compliance: pauta de actuación y defensa procesal frente a eventuales responsabilidades penales.**

La difícil situación en la que se encuentra el secreto profesional del abogado *in-house* es especialmente relevante si se tiene en cuenta que se trata de una cuestión que podría tener una incidencia directa en la responsabilidad penal individual del abogado *in-house* y también en la responsabilidad penal corporativa de la propia persona jurídica.

<sup>61</sup> Cfr. también, LANGEVOORT, «Cultures of compliance», 54 *Am. Crim. L. Rev.* (2017), pp. 933-977, pp. 958 ss.

<sup>62</sup> De hecho, el profesor Langevoort apunta a los sesgos cognitivos de los *in-house* y a su condescendencia e interés personal como una de las razones que permite justificar que, en empresas dotadas de importantes departamentos de asesoría jurídica, como ENRON, llegasen a producirse tales catástrofes en materia de cumplimiento. Cfr. LANGEVOORT, «Where were the Lawyers? A Behavioral Inquiry into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», 46 *Vand. L. Rev.* (1993), pp. 73-119.

<sup>63</sup> Cfr. por ejemplo, O'CONNOR, 25 *J.L. & Pol'y*, (2016), pp. 466 ss.; RAMM, 87 *U. Cin. L. Rev.* (2018), pp. 322 ss.; WALKOWIAK, en *The Attorney Client Privilege*, 2015, pp. 30 ss.

Para ello entiendo que, en primer lugar, es preciso que la persona jurídica cuente en su programa de *compliance* con protocolos que determinen los términos en los que debe producirse y custodiarse la información sensible que, sin la protección adecuada, podría ser incautada en una entrada y registro en la persona jurídica (por ejemplo, mediante el uso restringido de documentación escrita, el establecimiento de pautas para la redacción de correos electrónicos en los que haya múltiples destinatarios o la previsión de cláusulas de confidencialidad que no sean genéricas).

Asimismo, y en línea con lo que acaba de apuntarse, sería conveniente que la persona jurídica cuente con un adecuado protocolo de investigaciones internas y de canal de denuncias, en el que se delimiten cómo se obtendrá la información, quién la custodiará y quién decidirá sobre lo que debe hacerse a partir de la misma. Ello, sin perjuicio de que —habida cuenta de las tendencias legislativas y jurisprudenciales en relación con la confidencialidad del abogado *in-house*— habitualmente será preferible que la persona jurídica encomiende la gestión (o, al menos, la supervisión) de la investigación interna y del canal de denuncias a un abogado externo.

Todo ello sin perjuicio de la importancia que reviste la formación interna, tanto a directivos como a empleados, en relación con los problemas de confidencialidad que pueden presentarse a la luz de lo expuesto a lo largo de estas páginas.

En último término, un programa de *compliance* que no contase con los elementos que acaban de describirse (protocolos para el tratamiento de la información confidencial, para una adecuada regulación de las funciones del abogado *in-house* y para la gestión de las denuncias e investigaciones internas), difícilmente podría facilitar la reacción frente a la infracción/delito detectado(s). Y ello no solo no implicaría un veto a la exención de pena prevista en el artículo 31 bis 2 y 4 del Código Penal. Además, podría ser tomado como un indicio de la necesidad de sancionar. En este sentido, la pauta novena de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado<sup>64</sup> no deja lugar a dudas:

«Las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser evaluadas para fijar la sanción. [...] La restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia».

Como puede apreciarse, los programas de *compliance* penales con pretensiones de eximir de pena, deben estar orientados a la colaboración. Sin embargo, no ignoro que la realidad es tan rica que un programa de *compliance* difícilmente

<sup>64</sup> Cfr. Circular de Fiscalía General del Estado 1/2016, p. 55.

puede anticipar de un modo determinante y absoluto el *si* y el *cómo* opera el secreto profesional del abogado *in-house* en la multiplicidad de situaciones que pueden presentarse en la práctica. En este marco, entiendo que los Colegios de Abogados podrían desempeñar un papel fundamental. Tanto para canalizar denuncias como para asesorar sobre aquellos supuestos en los que el abogado interno se mueve en la «zona gris» del asesoramiento jurídico<sup>65</sup>.

### **5. Los colegios profesionales de abogados como «tabla de salvación» del abogado *in-house*.**

Como se viene argumentando, el creciente número de supuestos en los que se promueve la comprensión del abogado como un «cuasi-funcionario» con deberes positivos especiales de colaboración pone en entredicho su deber/privilegio de confidencialidad. Como solución a esta disyuntiva, en estas páginas se ha propuesto definir la posición jurídica del abogado a partir de tres estratos o niveles, según las funciones que éste desempeña. No obstante, la multifuncionalidad que caracteriza a quienes son abogados *in-house* hace difícil determinar cuándo son titulares de «deberes positivos» de colaboración.

Como se ha apuntado, me inclino por privar de la protección del secreto al abogado interno que no ejerce las funciones que la merecen. Este es, en último término, el único modo de no privar de sentido al papel que están llamadas de desempeñar las personas jurídicas en el marco del nuevo modelo de «Estado Garantizador». Sin embargo, y habida cuenta de la dificultad que en ocasiones puede presentar la determinación de en qué casos el abogado interno está actuando como letrado y cuando como gestor, se ha propuesto que los programas de *compliance* determinen las concretas pautas de actuación del abogado *in-house* en este punto.

Pues bien, en este contexto, entiendo que una pauta muy útil y recomendable que podrían incluir los programas de *compliance* es la de prever procesos de información en los que se aluda expresamente a la posibilidad/conveniencia de acudir a los colegios profesionales de abogados en los casos que puedan presentar una aparente contradicción entre los deberes/derechos del abogado *in-house* y las obligaciones de la empresa en materia de *compliance*. Por un lado, para solicitar autorización en casos en los que el abogado entienda que aportar información podría vulnerar su secreto profesional. Y, por otro lado, para solicitar que el Colegio de abogados correspondiente organice y promueva iniciativas y actividades de carácter asistencial y/o formativo, en el marco de lo permitido en sus estatutos.

Máxime cuando son cada vez más los colegios de abogados de nuestro país que cuentan con una comisión específica de *compliance*, integrada por abogados con un profundo conocimiento de la materia.

<sup>65</sup> Cfr. *supra* apartado V.1., relativo a la propuesta de tripartición de las funciones del abogado y a las consecuencias que de ella se derivan.

## VI. Recapitulación y conclusiones

1. De acuerdo con lo apuntado, el modelo de Estado actual encuentra en la colaboración de los individuos con las autoridades la vía para garantizar sus políticas públicas y, desde este prisma, se aprecia un creciente número de supuestos en los que se promueve la comprensión del letrado como un «cuasi-funcionario» con deberes positivos especiales de colaboración.

2. Tal circunstancia es especialmente conflictiva en el caso de quienes ejercen la profesión de abogado, toda vez que dichos deberes positivos parecen colisionar con sus obligaciones deontológicas y, más concretamente, con su derecho/deber de secreto profesional. No obstante, la concepción del abogado como agente de la Administración de Justicia parece haber cobrado mayor fuerza en los últimos tiempos, a raíz de la jurisprudencia y normativa europeas, que los estados miembros han ido incorporando a sus respectivos ordenamientos. Particular atención merece el caso del abogado interno o *in-house*, a quien la jurisprudencia europea clasifica categóricamente como «no independiente» y, en consecuencia, titular de deberes de información, sin derecho al privilegio de la confidencialidad.

3. Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de conciliar las tendencias legislativas orientadas a restringir el secreto profesional de los abogados (internos), con la necesidad de salvaguardar los derechos procesales fundamentales de los clientes a los que representan. Lo cual, en el caso del abogado *in-house*, tiene una importante incidencia para garantizar el eficaz cumplimiento de las medidas de *compliance*.

4. Como solución, se ha propuesto partir de una comprensión de la posición jurídica del abogado (externo o interno) eminentemente material, en función de la actividad que éste desempeña. Desde esta perspectiva, se han distinguido tres niveles en los que sistematizar la posición jurídica del letrado, en función de dos parámetros: sus deberes organizativos respecto del cliente y sus deberes institucionales respecto del Estado. Un primer nivel, que entiendo como de «institucionalización máxima», serían los casos de defensa procesal (defensa y representación técnica), en los que prevalece el deber/derecho de confidencialidad del abogado, precisamente porque éste garantiza la tutela judicial efectiva. En el extremo opuesto se ubicarían los casos de «desinstitucionalización», en los que priman los deberes de colaboración, por cuanto el letrado lleva a cabo labores de gestión desvinculadas del derecho de defensa, que no precisan ser prestadas por un abogado. Finalmente, en un nivel intermedio estarían los supuestos de «institucionalización mínima», en las que el abogado actúa como asesor jurídico. Se trata de supuestos en los que el abogado informa al cliente para establecer el conjunto de derechos y obligaciones y las consecuencias que de ellos deriven para un sujeto cuando concurren unas circunstancias y hechos específicos. En estos casos —que escapan al «núcleo duro» del derecho de defensa—, el abogado se mueve en una zona gris en

la que no existe un criterio claro que permita fundamentar qué comunicaciones deberían quedar protegidas y por qué.

5. Pues bien, atendiendo a esta tripartición, puede sostenerse que el abogado *in-house* pocas veces se mueve en el primer nivel de institucionalización máxima. En cambio, sí desempeña importantes labores como gestor y también como asesor jurídico, siendo sus expectativas de confidencialidad en ambos casos, bastante limitadas. Tal incertidumbre, sin embargo, parece solventarse por la propia *praxis*. Como se ha constatado, las tendencias legislativas y jurisprudenciales se encaminan a la supresión del secreto profesional de los abogados internos en pro de la colaboración del abogado con las autoridades, pese a que no siempre exista un fundamento claro para ello.

6. Frente a tal escenario de inseguridad jurídica, el presente estudio ha insistido en que —pese a lo que en un principio podría parecer—, la incertidumbre sobre qué informaciones están sujetas a confidencialidad no es el principal problema en relación con el derecho/deber de reserva del secreto profesional del abogado *in-house*. Antes de entrar a valorar esta concreta problemática, la discusión debería centrarse en determinar si el secreto profesional del *in-house* —e incluso de los abogados externos que asesoran a una empresa en materia de *compliance*—, es compatible con un «Estado garantizador» que aspira a convertir a las corporaciones en su *longa manus*. Es decir, si procede reconocer el derecho/deber de confidencialidad al abogado interno o no, habida cuenta de que en la «era del *compliance*», las empresas están llamadas a colaborar con el Estado.

7. Tal y como se ha argumentado, la respuesta a tal interrogante debería ser la de privar de la protección del secreto al abogado interno que no ejerce las funciones que merecen tal protección. Y, habida cuenta de la multifuncionalidad que actualmente asumen los *in-house*, ello se extiende a la mayor parte de su ejercicio profesional. La vinculación del abogado interno con la defensa procesal y representación técnica es prácticamente inexistente. En cambio, abundan las tareas de asesoramiento jurídico (o institucionalización mínima), pero fuertemente entremezcladas con labores de gestión (desinstitucionalizadas). Ello hace que en lugar de buscar la protección del cliente (en este caso, la empresa) no deba buscarse principalmente en el secreto profesional. En cambio, es más recomendable apostar por conciliar el *telos* eminentemente colaborativo de la responsabilidad penal corporativa y la necesidad de salvaguardar los derechos procesales fundamentales de la persona jurídica a través de un adecuado programa de *compliance*. Éste debería regular las pautas de actuación al abogado interno, mencionando expresamente el papel del Colegio de abogados como vía para garantizar que el ejercicio profesional se adecúa a la normativa, a la deontología y a las buenas prácticas.

## Bibliografía

- Álvarez González, Jhésica, «Secreto profesional y abogados como sujetos obligados en la lucha contra el blanqueo de dinero», en Abel Souto, Miguel/Sánchez Stewart, Nielson (coords.), *V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 283-286.
- Arribas López, Joaquín-Eugenio, *Responsabilidad civil y penal del abogado en el ejercicio de su profesión*, Thomsom Reuters–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- Benson, Katie, «Money Laundering, Anti-Money Laundering and the Legal Profession», en King, Colin/Walker, Clive/Gurulé, Jimmy (eds.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*, Volumen I, Palgrave Macmillan, Londres, 2018, pp. 109-133.
- Bajo Fernández, Miguel/Gómez-Jara Díez, Carlos, «Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica», en Bajo Fernández, Miguel/Gómez Jara Díez, Carlos/Feijoo Sánchez, Bernardo, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.<sup>a</sup> ed., Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 313-362.
- Beulke, Werner/Ruhmannseder, Felix, *Die Strafbarkeit des Verteidigers. Eine Systematische Darstellung der Beistandspflicht und ihrer Grenzen*, 2., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller, Heildelberg, 2010.
- Bland, David /Johnson, Scott, «Applying the Attorney-Client Privilege to Investigations Involving Discovery: What is Fair Game in Discovery?», en Walkowiak, Vincent S., et al. (eds.), *The Attorney Client Privilege in Civil Litigation: Protecting and Defending Confidentiality*, 6.<sup>a</sup> ed., Aba Book Publishing, Chicago, Illinois, 2015, pp. 281-317.
- Coca Vila, Ivó, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016.
- Coca Vila, Ivó, «El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso *Michaud* contra Francia», *InDret Penal*, 4/2013, pp. 1-28.
- Coca Vila, Ivó, «La posición jurídica del abogado: Entre la confidencialidad y los deberes positivos», en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.)/Montaner Fernández, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 287-318.
- Coffee, John Jr., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, Nueva York, 2006.
- Coffee, John Jr., «Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms», 84 *B. U. L. Rev.* (2004), pp. 301-364.
- Coffee, John Jr., «The Attorney As Gatekeeper: An Agenda for the SEC», 103 *Colum. L. Rev.* (2003) pp. 1293-1316.
- Cortés Beriachelli, Emilio, «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la Directiva 2001/97 C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, (21), 2003, pp. 153-185.
- Dahs, Hans, *Handbuch des Strafverteidigers*, 8. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Ottoschmidt, Colonia, 2015.

- DeMott, Deborah, H., «The discrete Roles of General Counsel», 74 *Fordham L. Rev.* (2005), pp. 955-981.
- Duggin, Sara Helene, «The Pivotal Role of the General Counsel in Promoting Corporate Integrity and Professional Responsibility», 51 *St. Louis U. L. J.* (2007), pp. 989-1042.
- Galbe Traver, Guillermo, «El secreto profesional del abogado in-house y el derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica», *La Ley Penal*, (8462), 2019, versión electrónica, pp. 1-13.
- Goena Vives, Beatriz, «El deber de diligencia el marco de la empresa», en Sánchez-Ostiz (dir.), *Comprender el Derecho penal. IV Jornadas Internacionales de Derecho penal en homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2019, pp. 113-151.
- Goena Vives, Beatriz, *Responsabilidad penal y atenuantes*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Henning, Peter, «The New Corporate Gatekeeper», 62 *Wayne L. Rev.* (2016), pp. 29-56.
- Jakobs, Günther, *Theorie der Beteiligung*, Möhr Siebeck, Tübinga, 2014.
- Jakobs, Günther, *System des Strafrechtliche Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012.
- Jakobs, Günther, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1994.
- Jakobs, Günther, *Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlín, 1991.
- Kraakman, Reiner H., «Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy», *J.L. Econ. & Org.*, (2), 1986, pp. 53-104.
- Langevoort, Donlad C., «Cultures of compliance», 54 *Am. Crim. L. Rev.* (2017), pp. 933-977.
- Langevoort, Donlad C., «Getting (Too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk and the Financial Crisis», 2012 *Wisc. L. Rev.* (2012), pp. 495-520.
- Langevoort, Donlad C., «Where were the Lawyers? A Behavioural Inquiry into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», 46 *Vand. L. Rev.* (1993), pp. 73-119.
- Lipson, Jonathan C., *et al.*, «Who's in the House? The Changing Nature and Role of In-House and General Counsel», 2012 *Wis. L. Rev.*, (2012), pp. 237-250.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, «Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales» en Abel Souto (coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 301-337.
- Magro Servet, Vicente, «Praxis sobre el secreto profesional del abogado hacia su cliente», *Diario La Ley*, (19), 2017, versión electrónica, pp. 1-13.
- Müller, Eckhart, «Berufsfreiheit oder Freiheit des Berufs- Der Strafverteidiger als Organ der Rechtspflege», en Widmaier, Gunter *et al.* (eds.), *FS-Dahs*, Ottoschmidt, Colonia, 2005, pp. 3-18.
- Nelson, Robert, L./Nielsen, Laura, B., «Cops, Counsel and Entrepreneurs: Constructing the Role of Inside Counsel in Large Corporations», 34 *Law & Soc'y Rev.* (2000), pp. 457-494.



- O'Connor, Thomas, «When You Come to a Fork in the Road, Take It: Unifying the Split in New York's Analysis of in-House Attorney-Client Privilege», 25 *J.L. & Pol'y*, (2016), pp. 437-472.
- Pawlik, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, (Dirección y estudio introductorio: Silva Sánchez, Jesús-María/Robles Planas, Ricardo/Pastor Muñoz, Núria); (Traducción e informe sobre las discusiones: Robles Planas, Ricardo/Pastor Muñoz, Nuria/Coca Vila, Ivó/García de la Torre, Héctor); Atelier, Barcelona, 2016.
- Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2012.
- Pérez Manzano, Mercedes, «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», *La Ley Penal*, (53), 2008, pp. 5-32.
- Ragués i Vallès, Ramón, «Blanqueo de capitales y negocios standard» en Silva Sánchez, Jesús-María, (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 127-162.
- Ramm, Ashley, N., «It's the End of the Privilege as We Know It, and I [Don't] Feel Fine: The Deterioration of the Corporate Attorney-Client Privilege and Work Product Protection in the European Union, United Kingdom and Germany», 87 *Cin. L. Rev.* (2018), pp. 301- 323.
- Robles Planas, Ricardo, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, Teoría del Delito y Derecho penal económico*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- Robles Planas, Ricardo, «Deberes negativos y positivos en el Derecho penal», *InDret penal* 4/2013, pp. 1-20.
- Robles Planas, Ricardo, «Riesgos penales del asesoramiento jurídico», *Diario La Ley*, (7015), 2008, versión electrónica, pp. 1-26.
- Rostain, Tanina, «General Counsel in the Age of Compliance: Preliminary Findings and New Research Questions», 21 *Geo. J. Legal Ethics*, (2008), pp. 465-490.
- Sánchez-Ostiz, Pablo, «Las normas de las personas jurídicas: ¿cómo es que responde penalmente quien no puede delinquir!», en Bacigalupo Saggese, Silvina/Feijoo Sánchez, Bernardo/Echano Basaldua, Juan Ignacio (coords.) *et al.*, *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 610-627.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, «Blanqueo de capitales y abogacía», *InDret Penal* 1/2008, pp. 1-40.
- Signes de Mesa, Juan Ignacio, «La independencia de los abogados de empresa y protección del secreto profesional en la Unión Europea», *Revista Aranzadi de Derecho Mercantil*, (279), 2011, versión electrónica, pp. 1-26.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa. Segunda edición ampliada y actualizada*, Edisofer-BdeF, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2016.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015.

- Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Segunda edición ampliada y actualizada*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales*, en *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 131-214.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.<sup>a</sup> ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- Simmons, Omari/Dinnage, James, «Innkeepers: a Unifying Theory of the In-House Counsel Role», 41 *Setton Hall L. Rev.* (2011), pp. 77-153.
- Úbeda Martínez-Valera, Paola, «La prevención del blanqueo de capitales y la abogacía», *Revista de Derecho UNED*, (20), 2017, pp. 639-656.
- Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando, «Notas sobre la deslealtad profesional de los abogados en el Código Penal de 1995», *Revista Jurídica Gallega*, (27), 2000, pp. 13-34.
- Walkowiak, Vincent, S., «An Overview of the Attorney-Client Privilege when the Client is a Corporation», en Walkowiak, Vincent, S., *et al.* (eds.), *The Attorney Client Privilege in Civil Litigation: Protecting and Defending Confidentiality*, 6.<sup>a</sup> ed., 2015, Aba Book Publishing, Chicago, Illinois, pp. 2-84.
- Wendel, Bradley, W., «Lawyers as Quasi-Public Actors», 45 *Alta. L. Rev.* (2008), pp. 83-106.

### **Jurisprudencia europea y comparada**

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de mayo de 1982, *AM & S Europe c. Comisión*, 155/79, Rec. 1982.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.*, C-305/05, Rec. 2007 p. I-5305.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11), Caso *Michaud contra Francia*.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 septiembre de 2010, (C-550/07 P.), Caso *Akzo Nobel chemicals Ltd. y otros*.
- Sentencia de la US Supreme Court, *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 391 (1981).