

## PRIVILEGIOS Y SECRETO PROFESIONAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL\*

Henri C. Alvarez\*\* \*\*\*

*¿Se ha puesto a pensar en qué podría suceder si es que en un arbitraje la aplicación de la ley del foro ante el vacío de ciertas normas procesales, como las probatorias, coartara derechos adquiridos –incluso fundamentales– que las legislaciones del Estado del que proviene cada parte prevé para las mismas? ¿Qué normas ha de aplicar el Tribunal Arbitral de forma tal que se logre la igualdad de trato a las partes sin perjudicarlas y se reduzca, así, la posibilidad de un cuestionamiento del laudo?*

*En este artículo se aborda magistralmente un tema de materia probatoria poco desarrollado en nuestro medio: la dispensa por motivo de privilegios o secreto profesional. El autor hace un recorrido que empieza con la presentación de esta figura para concluir desarrollando las posibles soluciones al problema antes planteado, llegando a una solución que tiene en cuenta las diferencias de esta figura tanto en el Derecho Civil como el Common Law y logra compatibilizar la discrecionalidad otorgada al Tribunal Arbitral, propia del arbitraje, y el trato justo e igualitario a las partes.*

\* El presente artículo nos fue proporcionado muy amablemente por el mismo autor, siendo el título original del mismo: "Evidentiary Privileges in International Arbitration". El artículo fue preparado para el Congreso de International Council for Commercial Arbitration (ICCA) de 2006 en Montreal y será publicado en inglés en ICCA Congress Series 13, International Arbitration 2006: Back to Basics? (Kluwer Law International). La traducción del texto estuvo a cargo de Jimena Aliaga Gamarra, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos a Inti Vidal Felip, miembro de la comisión de Actualidad Jurídica de THEMIS, por su colaboración en la traducción de las citas en francés.

\*\* Abogado. Profesor del curso de Arbitraje Comercial Internacional en la Facultad de Derecho de la British Columbia University. Socio del estudio de abogados Fasken Martineau DuMoulin LLP. Árbitro de la International Chamber of Commerce (ICC), la American Arbitration Association (AAA), el International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), The London Court of International Arbitration (LCIA) y la British Columbia International Commercial Arbitration Centre (BCICAC) y árbitro *ad hoc* en arbitrajes de la United Comisión on International Trade Law (UNCITRAL).

\*\*\* El autor agradece la ayuda de Tina Cicchetti y Beta Gustafson en la preparación de este artículo.

## I. INTRODUCCIÓN

Es sorprendente que los privilegios probatorios y su naturaleza, alcance y aplicación sólo hayan empezado a atraer un interés significativo recientemente<sup>1</sup>. Esto se debe, quizá, al hecho de que éstas han sido generalmente consideradas como reglas probatorias de carácter procesal y, por lo tanto, fueron incluidas dentro de la amplia discrecionalidad de los árbitros sobre asuntos procesales en el arbitraje internacional. Como es generalmente reconocido, dada la ausencia de una elección expresa de la ley procesal aplicable o de reglas elaboradas por las partes, en un arbitraje internacional los árbitros no requieren aplicar sus reglas nacionales del proceso civil o las relacionadas con la prueba, puesto que están sujetos sólo a los limitados requerimientos que establece el orden público del lugar en que se instala el arbitraje<sup>2</sup>. Comúnmente, la dirección de un arbitraje, incluyendo la admisibilidad y peso de la evidencia, se deja a la discreción del Tribunal Arbitral, salvo acuerdo contrario de las partes, el mismo que usualmente está sujeto sólo a los requerimientos generales de trato justo y equitativo de las partes y a las reglas de carácter imperativo previstas en el Estado en que el Arbitraje tiene su sede.

Debido a una serie de razones, incluyendo el número creciente y la complejidad de las disputas internacionales y arbitrajes, y la reciente reconsideración de ciertos aspectos del derecho nacional relacionados con los privilegios y el secreto profesional y áreas conexas<sup>3</sup>, el tema de los privilegios probatorios está atrayendo cada vez más atención. Esto ha llevado a la grata oportunidad de reconsiderar la naturaleza de los privilegios y su aplicación en el arbitraje internacional. Un escrutinio más cercano revela que la cuestión merece mayor

atención de la que le ha sido brindada en el pasado y que la típica solución general de recurrir simplemente a la discrecionalidad del Tribunal Arbitral cuando surjan asuntos relativos a los privilegios puede resultar no siendo enteramente satisfactoria.

Ya que las dispensas probatorias generalmente reflejan el orden público del sistema legal que las adopta<sup>4</sup>, el no aplicar estas dispensas puede llevar a un cuestionamiento del laudo arbitral o a resistir el reconocimiento y la ejecución del mismo<sup>5</sup>. Así también, dado que las dispensas están destinadas a excluir pruebas relevantes, éstas pueden afectar la tarea fundamental de establecer los hechos de la disputa. Dependiendo de cómo el tribunal arbitral determine el derecho o reglas aplicables a las dispensas probatorias y la aplicación de tal estándar, el resultado podrá ser el trato desigual o injusto a una de las partes del arbitraje. A pesar de este potencial impacto a las dispensas probatorias hay pocos casos y poca orientación para dilucidar cómo es que deben proceder los árbitros internacionales cuando se presenta una solicitud de aplicar un privilegio o el secreto profesional<sup>6</sup>. Es por esto que tanto árbitros como partes por igual deben enfrentarse a preguntas nuevas y complejas cuando se discute la aplicación de las dispensas.

Se han mencionado un buen número de razones para explicar por qué los temas legales relacionados con los privilegios y su aplicación en el arbitraje internacional, son tan variados y complejos. Así, se ha sugerido que la naturaleza y el concepto de las dispensas probatorias difieren en el Derecho Civil y en el *Common Law*; que existen diferencias esenciales en la calificación de las dispensas como sustantivas o procesales en ambos

<sup>1</sup> Algunos trabajos sustanciales recientes sobre el tema: SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. "Evidentiary Privileges in International Arbitration". En: *Arbitration and ADR* 3. Volumen 5. 2000. p. 12; MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. "Evidentiary Privileges in International Arbitration". En: *International and Comparative Law Quarterly* 50. 2001. p. 345; RUBINSTEIN, Javier H. y Britton B. GUERRINA. "The Attorney-Client Privilege and International Arbitration". *American Journal of International Arbitration* 18. 2001. p. 587; GALLAGHER, Norah. "Legal Privilege in International Arbitration". *International American Law Report*. 2003. p. 45; MEYER-HAUSER, Bernhard F. "Das Anwalt Geheimnis und Schiedsgericht". Zurich. 2004; SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. "Privilege across borders in Arbitration: multi-jurisdictional nightmare or a storm in a teacup?". *Asian International Arbitration Journal* 23. 2005. p. 610; VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. "Conflict of Legal Privileges in International Arbitration: An Attempt to Find a Holistic Solution". En: AKSEN, Gerald et al. "Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner". Paris: International Chamber of Commerce. 2005; BERGER, Klaus P. "Evidentiary Privileges – Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion". En: *Materiales de la Conferencia de la Asian International Arbitration Journal*. Zurich. 2006 (será publicado en el boletín de la *Asian International Arbitration Journal*). Se han colocado otras fuentes en la bibliografía selecta.

<sup>2</sup> POUURET, Jean-François y Sebastien BESSON. "Droit comparé de l'arbitrage international". Génova. 2002. p. 642; GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE Editores. En: "Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration". La Haya. 1999. p. 1266.

<sup>3</sup> SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. pp. 610-612.

<sup>4</sup> MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 352; ROYER, Jean-Claude. "La Preuve Civil". Tercera edición. Éditions Yvon Blais. 2003. pp. 890-891; SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT. "The Law of Evidence in Canada". Segunda edición. Butterworths. 1992. pp. 713-714.

<sup>5</sup> Como se discutió anteriormente, no considerar o no aplicar las reglas de la dispensa en determinadas circunstancias en el arbitraje puede también generar demandas que pueden llegar a interferir con el proceso arbitral durante el curso del mismo.

<sup>6</sup> Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 2 y las fuentes ahí citadas.

sistemas; y que en el arbitraje internacional no hay reglas de conflicto de leyes establecidas para la determinación del derecho aplicable a las dispensas<sup>7</sup>.

A estas razones debe agregarse el largamente inexplorado aspecto de la aplicación de reglas de carácter ético: muchos privilegios están íntimamente ligadas a los códigos de conducta profesional y ética aplicables a los abogados. Éstas reglas son muchas y variadas, y su aplicación, sea realizada por un tribunal arbitral, cuerpos profesionales o por las Cortes, podría tener consecuencias inesperadas y de largo alcance en la conducción del arbitraje por estar relacionado con la producción, admisión y valoración de la prueba y, finalmente, con el laudo y su aplicación.

A pesar de estas complejidades, es ampliamente aceptado que la invocación de la protección proporcionada por los privilegios y el secreto profesional debe ser tomada muy en serio y considerada por el tribunal cuando sea solicitada por una de las partes. El potencial efecto de dejar de lado una regla de carácter de orden público obliga a tomar este acercamiento. Además, la necesidad de predictibilidad y la percepción de que las partes se valen de las dispensas y, por tanto, tienen expectativas legítimas en la aplicación de éstas, hacen que el tribunal arbitral considere las acciones rogatorias y, así, puedan evitarse sorpresas injustas y se logre la igualdad de trato a las partes<sup>8</sup>. Esta necesidad de predictibilidad y la preocupación por las expectativas legítimas de las partes genera el debate que ya nos es familiar sobre si es que deberían existir reglas uniformes, lineamientos o “mejores usos” en contraposición a la toma de decisiones *ad hoc* por el tribunal arbitral en el ejercicio de su amplia discrecionalidad.

## II. LA NATURALEZA DE LOS PRIVILEGIOS PROBATORIOS

### a. Definición

Los privilegios se fundamentan en un derecho reconocido legalmente y, en algunos casos, en la obligación de retener ciertas pruebas documentarias o testimoniales y excluirlas del proceso o procedimiento legal<sup>9</sup>. A diferencia de otras normas relacionadas con el método adversarial<sup>10</sup> de valorar la prueba que están destinadas a excluir las evidencias debido a su inherente falta de valor probativo o fiabilidad, la regla de exclusión que ostenta el privilegio se cimienta en valores sociales externos al procedimiento<sup>10</sup>. El privilegio permite –y en algunos casos requiere– que se excluya la prueba, aunque fuera relevante, probativa y fiable, por contrariar intereses sociales<sup>11</sup>.

A pesar de que el privilegio de exclusión fluye de un concepto diferente y se articula de manera diferente en el *Common Law*, el Derecho Civil reconoce el mismo principio subyacente de exclusión para proteger valores sociales importantes<sup>12</sup>. El principio de confidencialidad profesional (“*secret professionnel*”) del Derecho Civil ha sido definido como sigue:

*“Le secret professionnel a une double finalité, soit celle de protéger la confidentialité des rapports entre un professionnel et son client à l’égard du public en général, soit celle d’assurer la non-divulgation en justice des informations confidentielles confiées par un client à un professionnel. Entendu dans le premier sens, ce secret est un devoir de discrétion qui s’impose au professionnel. Celui-ci ne peut généralement pas divulguer à des tiers les confidences de son client.”*

<sup>7</sup> Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 2. Estas razones son discutidas de forma general en la fuente citada en el pie de página 1. Esto es, sin considerar otros sistemas legales que podrían no reconocer la noción de privilegio tal como está articulada en la legislación común o civil.

<sup>8</sup> Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 2-3 y las fuentes ahí citadas; VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 765-767.

<sup>9</sup> MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 346. Ver también: SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT. Op. Cit. pp. 709-852; ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. pp. 811-983.

<sup>10</sup> Nota del traductor: El método adversarial al que se refiere el autor deviene del llamado sistema adversarial, que según el Black’s Law Dictionary, Octava Edición, es: “un sistema procesal, como el sistema legal anglo-americano, que involucra a partes con comportamiento activo en el que se da una competencia entre ellas para exponer y fundamentar su caso ante el juzgador”. La traducción es nuestra.

<sup>11</sup> SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT. Op. Cit. p. 713.

<sup>12</sup> Ibid. Ver también: CARTER, James H. “The Attorney-Client Privilege and Arbitration”. ADR Chambers Internacional Currents. 1996-1997. p. 16, donde el autor afirma lo siguiente: “No obstante, los privilegios legales se fundamentan en derechos. Los privilegios que protejan comunicaciones como las de abogado-cliente, doctor-paciente, esposo-esposa, sacerdote-penitente y otros parecidos lo hacen sobre la base del orden público cuya finalidad es estimular y proteger las comunicaciones en situaciones en las que el derecho da la libertad para realizarlas por considerarlas más importantes que el derecho a revelarlas para usarlas en el proceso, sea legal o arbitral. Esta es un área del Derecho muy diferente a las reglas probatorias que protegen a los jurados. No hay razón para decir que el alcance del privilegio debería ser distinto en sede arbitral”.

<sup>13</sup> ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. pp. 11-12: “*En droit de la preuve, le privilège et la faculté ou, le cas échéant, l’obligation d’un témoin de ne pas divulguer en justice certaines informations (...) L’existence et l’étendue des communications privilégiées varient en fonction des régimes politiques et des valeurs sur lesquelles ils reposent*”.

<sup>14</sup> Nota del traductor: La traducción del texto sería: “En el derecho de prueba, el privilegio y la facultad u obligación de un testigo de no divulgar cierta información ante un tribunal (...) La existencia y extensión de las comunicaciones privilegiadas varían en función del régimen político y de los valores en los que esos regímenes se fundamentan”.

*Cette obligation peut découler d'une loi, d'un règlement et même de la seule existence d'un rapport contractuel. Sa violation expose le contrevenant à des sanctions. Entendu dans le deuxième sens, le secret professionnel est le droit ou l'obligation d'une personne de ne pas divulguer devant un tribunal des renseignements confidentiels qui lui ont été révélés dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agit d'une immunité ou d'un privilège qui restreint la recevabilité de la preuve et qui est un obstacle à la découverte de la vérité. Le devoir de discrétion du professionnel est plus étendu que son immunité judiciaire. En common law, la confidentialité des communications entre l'avocat et son client a donné naissance à un privilège protégeant la divulgation en justice de certaines, mais non de toutes les communications confidentielles (...).*

*La reconnaissance ou non du secret professionnel est étroitement liée aux valeurs fondamentales d'une société.*"<sup>13</sup> III

La mayoría de autores que comentan la noción de privilegio puntualizan el conflicto subyacente entre las dos normativas en disputa. La primera de ellas se refiere al fomento de la administración de justicia que requiere que toda evidencia relevante y fiable relacionada con los hechos y asuntos a ser determinados sea expuesta ante el Tribunal para que pueda, así, considerar adecuadamente la disputa. La segunda es el interés social existente al preservar e impulsar relaciones particulares cuya viabilidad reposa sobre la base de comunicaciones confidenciales. Por ejemplo, la relación entre un abogado y su cliente es protegida por un privilegio

que sirve a un objetivo propio del orden público: la franca comunicación entre los abogados y sus clientes que es entendida como esencial para el funcionamiento correcto del sistema legal. Dadas las importantes políticas en juego, las reglas que gobiernan el privilegio pueden variar de Estado a Estado así como pueden variar con el tiempo, a la vez que el orden público de su sistema legal evoluciona. Además, las leyes o reglas que establecen el privilegio, están contenidas en estatutos, jurisprudencia o ambos, y se espera que sean detalladas, complejas y sujetas a excepciones.

El rango de áreas en las que los privilegios han sido identificadas es amplio e incluye, entre otras, las siguientes categorías: privilegios profesionales (incluyendo la de abogados-clientes y la gran variedad de confidencias profesionales reconocidas en las jurisdicciones regidas por el Derecho Civil, el privilegio contra la auto-incriminación o las comunicaciones entre esposos, el privilegio del sacerdote-penitente, la solución de controversias y el privilegio de la corona<sup>14</sup>. Estas holgadas categorías de privilegio son implementadas en muchos sistemas legales diferentes. El número, la naturaleza, el alcance y el efecto de los privilegios probatorios implementados pueden variar dramáticamente en cada país<sup>15</sup>.

## **b. La naturaleza de la normativa sobre privilegios probatorios**

Los privilegios probatorios son usualmente descritos como derechos fundamentales importantes. Por ejemplo, en las jurisdicciones en las que rige el Derecho Civil, la relación cliente-abogado

<sup>13</sup> Ibid. pp. 889-890.

■ Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "El secreto profesional tiene una doble finalidad, dar protección la confidencialidad de las relaciones entre un profesional y su cliente con respecto al público en general y asegurar la no divulgación ante la justicia de la información confidencial que el cliente le reveló al profesional. En el primer sentido, este secreto es un deber de discreción impuesto al profesional. Este, por lo general, no puede divulgar a terceros las confidencias de su cliente. La obligación de no revelar información puede nacer tanto de una ley como de un reglamento o hasta de la propia relación contractual. No cumplir con esta obligación expone al infractor a ser sancionado. En el segundo sentido, el secreto profesional es el derecho o la obligación de una persona de no divulgar, ante un tribunal, información confidencial que le fuera revelada durante su ejercicio profesional. Es una inmunidad o un privilegio que restringe la admisibilidad de la prueba y que se convierte en un obstáculo para descubrir la verdad. El deber de discreción del profesional es más extendido que su inmunidad judicial. En el common law, la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente permitió la formación de un privilegio que protege la divulgación ante la justicia de algunas, pero no todas, las informaciones confidenciales... El reconocimiento o no del secreto profesional está estrechamente ligado a los valores fundamentales de una sociedad".

<sup>14</sup> Ver de forma general: SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT. Op. Cit.; ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. Ver también: TAPPER, Colin. "Cross and Tapper on Evidence". Novena edición. p. 10; y, MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. Esta lista no es de ninguna forma exhaustiva. Más aún, muchas nuevas categorías de privilegio podrían emerger tal como, por ejemplo, la protección de los empleados que reportan una conducta contraria al derecho del empleador (*whistleblower*) en los Estados Unidos y en cualquier otro lugar.

<sup>15</sup> Ver, por ejemplo: SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 12; VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit.; LEX MUNDI. "In-House Council and the Attorney-Client Privilege". 2004 (actualizado el 15 de septiembre de 2005); FISH, John. "Regulated Legal Professionals and Professional Privilege Within the European Union, the European Economic Area and Switzerland and Certain Other European Jurisdictions." 2004. Informe realizado para The Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE).

o de "privilegio legal"<sup>16</sup> ha sido descrita como sigue:

*"Solicitor-client privilege is part of and fundamental to the Canadian legal system. While its historical roots are a rule of evidence, it has evolved into a fundamental and substantive rule of law..."*

*The importance of solicitor-client privilege to both the legal system and society as a whole assists in determining whether and in what circumstances the privilege should yield to an individual's right to make full answer and defence. The law is complex. Lawyers have a unique role. Free and candid communication between the lawyer and the client protects the legal rights of the citizen. It is essential for the lawyer to know all of the facts of the client's position. The existence of a fundamental right to privilege between the two encourages disclosure within the confines of the relationship. The danger in eroding solicitor-client privilege is the potential to stifle communication*

*between the lawyer and the client. The need to protect the privilege determines its immunity to attack."*<sup>16</sup>. *R. versus McClure, (2001) 1 SCR 445 (Supreme Court of Canada)*<sup>17</sup>

*"Legal professional privilege is thus more than an ordinary rule of evidence, limited in its application to the facts of a particular case. It is a fundamental condition on which the administration of justice as a whole rests."*<sup>16</sup>. *R. versus Derby Magistrates' Court, (1995) 4 All ER 526 (House of Lords)*<sup>18</sup>.

*"(The purpose of professional privilege is) to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice... The privilege recognizes that sound legal advice or advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the lawyer being fully informed by the client."*<sup>17</sup> *Upjohn Co. versus United*

<sup>16</sup> El privilegio que versa sobre las comunicaciones entre el abogado y sus clientes es llamada de diversas formas dependiendo de la jurisdicción en cuestión. Estos términos incluyen los llamados privilegios abogado-cliente (attorney-client), representante-cliente (solicitor-client), attorney work product privilege y solicitor's brief privilege, entre otros. Por conveniencia adoptamos el término utilizado por VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD, "privilegios legales" ("legal privileges") para hacer referencia a estos, y al privilegio denotado por la noción de *privacidad profesional* en la legislación civil, en la medida que esta se relaciona a las comunicaciones entre un abogado y sus clientes.

<sup>17</sup> Nota del Traductor: La traducción sería la siguiente: "El privilegio cliente-abogado es parte fundamental del sistema legal Canadiense. Mientras que sus raíces históricas la hacen una regla probatoria, ha evolucionado convirtiéndose en una norma fundamental y sustantiva (...). La importancia del privilegio cliente-abogado tanto para el sistema legal y la sociedad en totalidad es que determina si ese privilegio debería ceder ante el derecho individual de tener una defensa y respuestas absolutas, y en qué circunstancias. La ley es compleja. Los abogados tienen un rol especial. La libre y franca comunicación entre el abogado y su cliente protege los derechos legales del ciudadano. Es esencial que el abogado conozca todos los hechos de la posición de su cliente. La existencia de un derecho fundamental al privilegio entre los dos fomenta la comunicación de la información dentro de los confines de la relación. El peligro de erosionar este privilegio hace que exista potencial para reprimir la comunicación entre el abogado y el cliente. La necesidad de proteger este privilegio determina su inmunidad para atacar".

<sup>17</sup> En los puntos 17 y 33. En su fallo, La Corte Suprema de Canadá desarrolla lo siguiente: "*Despite its importance, solicitor-client privilege is not absolute. It is subject to exceptions in certain circumstances. Jones, supra, examined whether the privilege should be displaced in the interest of protecting the safety of the public. Just as no right is absolute so too the privilege, even that between solicitor and client, is subject to clearly defined exceptions. The decision to exclude evidence that would be both relevant and of substantial probative value because it is protected by the solicitor-client privilege represents a policy decision. It is based upon the importance to our legal system in general of the solicitor-client privilege. In certain circumstances, however, other societal values must prevail. However, solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly-defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis."*<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "A pesar de su importancia, el privilegio abogado-cliente no es absoluto. Está sujeto a excepciones en ciertos casos. Jones, Op. Cit., ha estudiado si el privilegio debería ser dejado de lado en interés de la protección de la seguridad pública. Así como ningún derecho es absoluto tampoco lo es el privilegio, incluso si el abogado y el cliente están sujetos a excepciones definidas. La decisión de excluir pruebas que podrían tener valor probativo relevante y sustancial por estar protegido por el privilegio es una decisión de orden público. Está fundamentada en la importancia de este privilegio en nuestro sistema legal en general. En otras circunstancias, sin embargo, otros valores sociales deben prevalecer. No obstante, el privilegio abogado-cliente debe estar lo más cerca posible al absoluto para asegurar la confianza pública y mantener su importancia. Como tal, sólo cederá ante circunstancias claramente definidas y no involucra una ponderación de intereses caso por caso".

<sup>18</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "El privilegio legal profesional es, así, más que una norma de evidencia ordinaria, limitada en su aplicación a los hechos de un caso en particular. Es una condición fundamental en la que la Administración de justicia se apoya en su totalidad".

<sup>18</sup> Estas razones fueron aprobadas por la Cámara de los Lores en una decisión reciente en *Three Rivers District Council & Ors versus Governor & Company of The Bank of England (Number 10), (2003) 3 WLR 1274 (HL)*. Para nuestros propósitos, la opinión de Lord Scott de Fosote es de interés particular. En los puntos 31-33 de su opinión hace referencia a la importancia fundamental del privilegio legal profesional en otras jurisdicciones del *Common Law*. En el punto 25 de su opinión afirma que si una comunicación o documento califica como dentro del privilegio legal profesional, éste es absoluto y no puede ser omitido por supuesto alguno de interés público mayor. En este sentido, Lord Scott de Fosote está en desacuerdo con la Corte Suprema de Canadá y subraya que es la única jurisdicción del *Common Law* que permite el alejamiento de el privilegio legal profesional en caso pueda ser demostrada la existencia de interés público suficientemente comprometedor como por ejemplo la seguridad nacional. Ver también las fuentes citadas por VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 746-748.

<sup>18</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "(El propósito de el privilegio profesional es) incentivar la comunicación total y completa entre los abogados y sus clientes y por tanto promueven intereses públicos relacionados con el cumplimiento del derecho y la administración de justicia (...). El privilegio reconoce que la asesoría legal o el ejercicio del derecho sirven a fines públicos y que tal asesoría o defensa dependen de que el abogado se encuentre completamente informado por el cliente".

*States (1981), 449 US 383 (US Supreme Court).*<sup>19</sup>

En las jurisdicciones regidas por el Derecho Civil, el concepto de *disclosure* obligatorio de documentos no existe, a diferencia del *Common Law*, en el que la noción de privilegio o exención del *disclosure* se ha desarrollado de forma diferente. En muchas jurisdicciones la amplia noción de *secret professionnel* protege las comunicaciones entre profesionales, incluyendo a los abogados y sus clientes, del *disclosure* e impone una obligación de secreto. Generalmente, los abogados están sujetos a obligaciones estrictas para preservar la información confidencial profesional. El incumplimiento puede dar pie a castigos penales y/o procedimientos disciplinarios<sup>20</sup>. La importancia atribuida a las confidencias profesionales se ve reflejada en la protección explícita que se confiere en las leyes civiles y penales de muchos países regidos por el Derecho Civil<sup>21</sup>. Sin embargo, a pesar de estas similitudes generales, el régimen específico de confidencialidad profesional y la exención del *disclosure* de información protegida en los procesos legales puede variar sustancialmente.

En Québec, el concepto de secreto profesional ha sido reconocido expresamente en la Carta de Derechos Humanos y Libertades:

*"Every person has a right to non-disclosure of confidential information.*

*No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.*

*The tribunal must, ex officio, ensure that professional secrecy is respected.*"<sup>viii 22</sup>

Aunque ha sido articulado de forma diferente en distintos Estados (particularmente en el Reino Unido y sus Estados miembros), el derecho de la Unión Europea reconoce la existencia de un privilegio legal general entre clientes y abogados independientes. En *AM&S Europe Ltd. versus la Comisión de las Comunidades Europeas*, la Corte Europea de Justicia sostuvo que aunque el alcance y el criterio para aplicar variaba, existía un principio común entre los estados miembros respecto de la confidencialidad de comunicaciones escritas entre abogados y clientes, siempre que tales comunicaciones sean hechas en interés del derecho de defensa del cliente y que emanen de abogados independientes<sup>23</sup>. En la más reciente decisión de *Akzo Nobel Chemicals Ltd, y Akros Chemicals Ltd. versus la Comisión de las Comunidades Euro-*

<sup>19</sup> Este pasaje fue citado en la decisión de la Cámara de los Lores en *Three Rivers District Council & Ors versus Governor & Company of The Bank of England (Number 10), (2003) 3 WLR 1274 (HL)*. De acuerdo con SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. Op. Cit., el privilegio es absoluto en la medida que protege las comunicaciones abogado-cliente del *disclosure*, sin tomar en cuenta los intereses a compensar con el mismo. Sólo excepciones específicas y limitadas pueden aplicarse. En la legislación de Estados Unidos, el privilegio abogado-cliente sirve a dos políticas: Además de la confidencialidad, estimula a los clientes que revelen información de manera completa y sincera a sus abogados, y, por otro lado, se dice que también sirve al cumplimiento voluntario de la ley al hacer que el abogado pueda brindar consejo sincero sobre lo que la ley exige".

<sup>20</sup> Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 751-755, para conocer la situación en Alemania y Francia además de una discusión interesante sobre por qué el privilegio, como es conocido en el *Common Law*, no es lo mismo que el existente en países regidos por el Derecho Civil, como Alemania.

<sup>21</sup> Por ejemplo, en Alemania y Francia ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 751-755; ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. pp. 893-895.

<sup>viii</sup> Nota de Traductor: La traducción sería la siguiente: "Toda persona tiene derecho a que se revele información confidencial. Ninguna persona obligada por el secreto profesional sea por el derecho así como ningún sacerdote o ministros de otras religiones pueden revelar información confidencial incluso en procedimientos judiciales que le fueron revelados debido a su posición o profesión a menos que esté autorizada expresamente por la persona que le confió la información. El Tribunal deberá asegurar el respeto del secreto profesional *ex officio*".

<sup>22</sup> El texto en francés es el siguiente: "*Chacun a droit au respect du secret professionnel. Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi. Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.*" Esta obligación es cubierta también por una ley distinta, el *Code des Professions*, LRQ, c. C 26, que exige la adopción de códigos de conducta profesionales que contengan previsiones que protejan la información profesional confidencial obtenida al prestar servicios profesionales. Ya que los códigos de conducta profesional son aprobados por orden de un Concejo o de Reglamentos que vienen a ser equivalentes al "derecho" para los propósitos de la Carta de los Derechos Humanos y Libertades, el alcance de la aplicación de la obligación y el privilegio contenidos en el artículo 9 de la Carta es muy amplio. Aunque el alcance de el privilegio o inmunidad para el *disclosure* abarca menos que el deber general de confidencialidad, el alcance potencial se mantiene amplio y es considerado como un derecho fundamental: Ver: ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. pp. 909-911. Ver también: *Descôteaux v. Mierzwinski, [1982] 1 SCR 860*, en la que la Corte Suprema de Canadá revisa la naturaleza del secreto profesional y el privilegio en el derecho quebequés y canadiense y concluye que el privilegio de la confidencialidad protege un derecho fundamental que provoca una norma probatoria y otra sustantiva. Las decisiones de las Cortes de Québec, particularmente aquellas que llegan a la Corte Suprema de Canadá, reflejan una combinación interesante de elementos relacionados con el privilegio del *Common Law* y el Derecho Civil.

<sup>23</sup> 1982 E. Comm. Ct. J. Rep, 1575 (Case 115/79); (1983) 1 Q.B. 878. pp. 949-950.

peas<sup>24</sup>, el Presidente de la Corte de la Primera Instancia de las Comunidades Europeas reconoció nuevamente que el principio del privilegio de confidencialidad de comunicaciones escritas entre abogados y clientes es un principio general común a los estados miembros de la Unión Europea. De esta forma, la Corte reconoció tanto la importancia como las complejidades relacionadas con el privilegio surgido en el caso y las reservó para cuando la Corte decidiera sobre el fondo de la pretensión principal<sup>25</sup>. Además, los artículos 6 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos han sido interpretados para la protección de comunicaciones confidenciales entre abogados y sus clientes<sup>26</sup>.

Ciertas convenciones internacionales e instrumentos reconocen también en términos generales los privilegios y la habilidad de las personas para invocarlas y rehusarse a proveer tal información<sup>27</sup>.

Una serie de iniciativas trasnacionales han reconocido también la aceptación extendida de ciertos privilegios. Estas incluyen las reglas de la International Bar Association para la toma de evidencia en Arbitraje Comercial Internacional (en

adelante, reglas IBA) y los Principios de Procedimiento Civil Transnacional adoptado por el American Law Institute y el International Institute for the Unification of Private Law (en adelante, UNIDROIT)<sup>28</sup>. Además, las reglas de otras instituciones particulares hacen también referencia al privilegio<sup>29</sup>. Muchos autores que comentan el privilegio en el arbitraje internacional han notado la importancia dada al mismo en los sistemas que reconocen estos principios y puntualizan la amplitud de su aceptación general a pesar de las variaciones en su articulación y de su implementación a un nivel detallado<sup>30</sup>. Esto ha llevado a ciertos autores a sugerir que los privilegios probatorios tienen la naturaleza de orden público internacional y que en realidad podrían constituir un orden público trasnacional<sup>31</sup>.

### c. La diversidad de normas nacionales que rigen los privilegios probatorios

Como ha sido indicado anteriormente, el rango de privilegios probatorios reconocidos en sistemas legales diferentes es amplio e incluye muchas categorías distintas que son implementadas con métodos diversos. Estos incluyen previsiones estatutarias<sup>32</sup>, jurisprudencia y códigos de con-

<sup>24</sup> (2003) ECR II-4771. En: <http://curia.eu.int>; *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd. versus Commission. Joined Cases T-125/03 R y T-253/03 R* (2003) ECR II-4771; *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd. Case C-7/04 P(R)*. Orden del Presidente de la Corte Europea de Justicia. 2004. En: <http://curia.eu.int> <http://www.practicallaw.com> (última visita realizada el 22 de enero de 2006); SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. pp. 628-629. La Corte no reconoció la misma protección o privilegios respecto de las comunicaciones con asesorías internas que con abogados no europeos. VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD señalan que esto se dio a pesar de que en procesos realizados en Inglaterra, donde la compañía investigada estaba localizada, las comunicaciones en cuestión hubieran sido muy probablemente privilegiadas. Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 755-756.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 755 y las fuentes citadas ahí.

<sup>27</sup> Ver: Ibid. p. 762, donde se refieren a la Convención de la Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia Civil y Comercial cuyo artículo 11 permite que una persona se niegue a mostrar pruebas al mismo tiempo que tiene un privilegio o deber de negarse a revelar pruebas en respuesta a una Carta de Pedido bajo la ley del Estado de ejecución o del Estado de origen. Los autores también se refieren al artículo 12 de la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero de 1975 y el Reglamento de la Corte Europea 1206/2001. Ver también: MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit., quien señala que las leyes nacionales relacionadas con el litigio civil internacional y penal usualmente reflejan el mismo enfoque que el de la Convención de la Haya: un testigo de quien se busca evidencia puede invocar un amplio rango de privilegios disponibles en cada Estado relevante. La doctrina señala que el enfoque de las Cortes que tratan los pedidos de obtención de pruebas difiere en que algunas Cortes exigen usar los privilegios aplicables extranjeras mientras que otras no.

<sup>28</sup> Las reglas IBA sobre la Obtención de Pruebas en Arbitrajes Comerciales Internacionales pueden encontrarse en: [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org); y los Principios de Procedimiento Transnacional en: [www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf). Los párrafos relevantes se señalan abajo.

<sup>29</sup> Ver el artículo 20.6 de las reglas sobre Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association (AAA); el artículo 22.6 de las reglas del Commercial Arbitration and Mediation Centre for the Americas (CAMCA), la regla 12.2 de las Reglas de Arbitraje no Administrado del International Institute for Conflict Prevention and Resolution; el artículo 38 de las reglas de Arbitraje de Zurich. Volveremos a éstas y a las soluciones trasnacionales señaladas arriba luego.

<sup>30</sup> Ver, por ejemplo, las citas del pie de página 1.

<sup>31</sup> Ver: MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp. 380-381. No obstante, más allá de un reconocimiento general de algunos de los privilegios o confidencialidad respecto de ciertas comunicaciones, particularmente las que se dan entre abogados y clientes, es difícil identificar con precisión a qué regla o principio de orden público nacional pertenece. Mientras que esto no es aún una investigación comprensiva del manejo de los privilegios probatorios en una amplia base comparativa, estos estudios existentes revelan una gran variación en la articulación e implementación de los privilegios probatorios, su aplicación, excepciones y renuncia. Por ejemplo, una revisión de la *Lex Mundi Multi-Jurisdictional Survey*, Op. Cit., revela que la noción de privilegio probatorio no es un principio bien establecido en jurisdicciones como la República Popular China y Taiwan, y un número de Estados en desarrollo, mientras que es altamente desarrollado en buen número de jurisdicciones regidas por el *Common Law* y el Derecho Civil.

<sup>32</sup> Estos estatutos pueden diferir en naturaleza y pueden ir de, por ejemplo, la Carta de los Derechos Humanos y Libertades de Québec, citadas arriba, a previsiones incluidas en Códigos Civiles o Códigos Procesal y estatutos específicos sobre prueba que en jurisdicciones del *Common Law* complementan la jurisprudencia relativa a los privilegios.

ducta profesional<sup>33</sup>. Asimismo, las categorías de privilegios probatorios no son fijas o cerradas. Por ejemplo, en Canadá la Corte Suprema ha reconocido específicamente que el *Common Law* permite el desarrollo de nuevas categorías de privilegio y la aplicación del mismo en nuevas situaciones en las que la razón, las experiencias y la aplicación de los principios que subyacen los privilegios tradicionalmente reconocidos así lo dicten<sup>34</sup>. Al margen de las similitudes generales y de la cercanía entre los sistemas *Common Law* y Derecho Civil, el examen detallado de las leyes y normas nacionales revelan diferencias significativas entre las reglas comúnmente complejas y detalladas, y su aplicación. Lo mismo puede decirse de las leyes nacionales que entran dentro del mismo sistema legal<sup>35</sup>. La situación no debería generar sorpresa debido a los objetivos de orden público importantes que los privilegios probatorios reflejan.

Dada la diversidad de las reglas nacionales relativas a los privilegios, los conflictos entre las reglas potencialmente aplicables en un arbitraje internacional son fáciles de imaginar. Entre los ejemplos recientes usados por autores se encuentran los siguientes:

*"In an arbitration based in Switzerland, a US multinational company pursues a claim against a*

*German multinational company for breach of an agreement governed by English law. Each requests production of documents. Among the documents requested are communications between management and in-house counsel and reports prepared by an outside consulting firm and taxation advice prepared by the company's accountants. Also included in the requests are notes prepared by employees of the company to external lawyers for advice on the transaction with the other party."*<sup>36</sup> IX;

*"In an arbitration an English party asks the managing director of the opposing party about the advice he received from his German lawyers concerning the matter in dispute;*

*In an arbitration a US party is asked to disclose all communications with its in-house lawyers based in France concerning the matter in dispute."*<sup>37</sup> X

*"A French company and an English company are involved in an ICC arbitration with its seat in Paris, concerning the English company's shares in the Argentine subsidiary of the French company. The contract in dispute is governed by New York law. The tribunal orders limited document discovery concerning the reasons for which the Argentine company launched a particular product at a particular time. The English company then*

<sup>33</sup> Estas pueden ser adoptadas de acuerdo a instrumentos internacionales como la Directiva Europea 98/5EC del 16 de febrero de 1998 o de acuerdo con leyes nacionales como el *Code Des Professions* LRQ, c. C-26 de Québec, al que nos referimos líneas arriba. Estos códigos de conducta pueden ser también multinacionales por naturaleza como lo es Código de Conducta para Abogados de la Unión Europea (en adelante, Código CCBE). Además, como se discute más adelante, los códigos de conducta profesional o de ética de los Colegios de Abogados pueden ser tenidos en cuenta y aplicados por las cortes en áreas específicas como las privilegios legales.

<sup>34</sup> Ver: *M(A) versus Ryan*, (1997) 1 SCR 157, citado en SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT Op. Cit. p. 724. Por ejemplo, en ciertas jurisdicciones se ha desarrollado un tipo de privilegio estatuario para los asesores de víctimas de ataques sexuales incluyendo a California y Canadá. Ver también: MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp.349-367. De otro lado, los intentos gubernamentales de referirse al terrorismo, lavado de activos y corrupción han llevado a algunos países a desarrollar leyes, con mayor o menor éxito, que restringen ciertos aspectos de privilegios.

<sup>35</sup> Por ejemplo, el enfoque del *Common Law* refleja un sistema adversarial con exigencias de *disclosure* no voluntario que son temperados con los privilegios, los que incluyen a la asesoría legal y los documentos preparados en el contexto del litigio y los documentos elaborados por el abogado en relación con el mismo. Por otro lado, en las jurisdicciones regidas por el Derecho Civil, no hay *disclosures* involuntarios en los procesos civiles y, como resultado, los privilegios no surgen de la misma forma que en el *Common Law*. En realidad, el enfoque sobre la confidencialidad o el secreto profesional es más general. Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 745-746. Mientras la inmunidad de revelación de información respecto de ciertos documentos es común a ambos sistemas (por ejemplo, las comunicaciones con abogados externos y los documentos intercambiados con los mismos), lo mismo no se da en otros casos (por ejemplo, las comunicaciones y documentos intercambiados con la asesoría interna están protegidos en el *Common Law*, pero no en todas las jurisdicciones del Derecho Civil). Si bien existe algún grado de similitud entre los dos sistemas legales, los principios y reglas aplicables pueden variar significativamente y su aplicación en casos específicos puede generar reglas muy distintas. Lo mismo puede decirse de las leyes nacionales dentro de los sistemas del *Common Law* y el Derecho Civil. La mayoría de autores dedicados al tema del privilegio ofrecen una variedad de ejemplos de tales diferencias. Ver, por ejemplo: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 746-755; SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN, Op. Cit. pp. 614-618 y las otras fuentes citadas en el pie de página 1.

<sup>36</sup> Ver: SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. p. 618.

<sup>37</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "En un arbitraje con sede en Suiza, una compañía estadounidense multinacional demanda a otra multinacional alemana por incumplimiento de un acuerdo regido por el Derecho inglés. Cada parte requiere la producción de documentos. Entre los mismos existen comunicaciones entre la administración y la asesoría interna, informes preparados por una empresa de asesoría externa, así como la asesoría en materia tributaria es dada por los contadores de la compañía. También están incluidas en las solicitudes de producción las comunicaciones de los empleados de la compañía en que hacen consultas a abogados externos sobre las transacciones con la otra parte".

<sup>38</sup> Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 757.

<sup>39</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "En un arbitraje, la parte inglesa pregunta al director administrador de la parte contraria sobre los consejos recibidos de sus abogados alemanes en relación con el caso en disputa; En un arbitraje, se requiere a la parte estadounidense que revele todas las comunicaciones con sus abogados internos con sede en Francia en relación con el asunto en disputa".



*demands production of documents reflecting the advice from the French company's general counsel and the French and Argentine company's outside counsel to the president of the Argentine company on the decision to launch the product in dispute. The English company argues that general counsel's advice is not privileged under French law and that advice received from outside counsel is not privileged, as far as a shareholder is concerned, under New York law.*

*The Argentine company counters that an order applying French law to the question of privilege and requiring it to produce the French general counsel's documents would violate the principle that parties must be treated fairly and equally since the tribunal had already agreed to apply English law to the question of privilege in respect of the English company's general counsel and excluded certain documents on that basis.*

*In respect of the advice of outside counsel, the French company argues that the notion that shareholders are entitled to disregard privilege in disputes with the companies they hold as shareholders is a procedural rule which could not have been imported with a choice of law in the contract. Rather, French law, the procedural law of the place of arbitration, governs and the documents are privileged.*

*At the same time, the English company claims privilege over critical documents reflecting the*

*notes of its own general counsel, a qualified New York lawyer, taken during a meeting with the French company. The French company argues that at English law, notes taken at a meeting between multiple parties are not privileged. The English company argues that the notes, taken in New York by a New York lawyer, are subject to New York law and covered by privilege.*"<sup>38</sup> XI

Estos tipos de escenarios no son inusuales en el arbitraje comercial internacional. Uno puede también considerar otros que surgen con relativa frecuencia en proyectos de gran infraestructura donde una de las dos partes involucrada es un consorcio compuesto de varios miembros procedentes de países distintos. Estos proyectos involucran generalmente el desempeño de ciertas partes del proyecto como es la ingeniería y diseño, en un país, la provisión de materiales y equipos de distintos países y el montaje o construcción en otro distinto. Puede recurrirse a asesoría legal distinta respecto de cada una de las etapas y provista en distintos países por abogados (incluida la consultoría interna) que ejercen en distintas jurisdicciones. Existe, entonces, un potencial aparente para la aplicación de reglas de dispensa distintas en estos y otros escenarios referidos líneas arriba, y así nace el dilema de identificar los criterios apropiados para escoger entre las reglas en disputa.

Estos problemas pueden surgir en todo el rango de dispensas probatorias que fue brevemente descrito arriba. Sin embargo, las dispensas más probables o los aspectos de confidencialidad que

<sup>38</sup> Ver: YANOS, Alexander A. "Problems Arising From the Interplay of Common Law and Civil Law in International Arbitration: Defining the Scope of the Attorney-Client Privilege". En: Transnational Dispute Management 3. 2006 (disponible también en: Transnational-Dispute-Management.com). Este escenario sólo ha sido citado en parte y se ha modificado un poco para nuestros propósitos. Uno de los aspectos más interesantes de este ejemplo es que el privilegio respecto de la asesoría interna podría estar determinado por las leyes de Inglaterra, los Estados Unidos, Argentina o Francia; mientras que las comunicaciones mantenidas con la asesoría interna pueden ser privilegiadas en las tres primeras leyes, no siendo así cuando se aplica la ley francesa. Tanto en el derecho inglés como en el de los Estados Unidos existen requisitos amplios y no voluntarios y los privilegios legales relativamente amplios están disponibles para el cliente. En Argentina y Francia el principio de secreto profesional es una obligación ética y profesional del abogado y su incumplimiento puede llevar a sanciones penales. En Francia el privilegio es aplicable sólo a los abogados. En Argentina el privilegio alcanza a las comunicaciones con la asesoría interna.

<sup>XI</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "Una compañía francesa y una inglesa están envueltas en un arbitraje en la Corte Internacional de Arbitraje con sede en París, relativo a las acciones de la compañía inglesa en la subsidiaria argentina de la compañía francesa. El contrato en controversia está regido por la Ley de Nueva York. El Tribunal ordena la revelación limitada de los documentos relacionados con las razones por las que la compañía argentina lanzó un producto en particular en un momento específico. La compañía inglesa luego reclama la producción de documentos que reflejen las recomendaciones de la asesoría general de la compañía francesa y el de la asesoría externa de las compañías francesas y argentina sobre la decisión de lanzar el producto en controversia. La compañía inglesa sostiene que las recomendaciones de la asesoría general no caen dentro del privilegio del derecho francés y que las recomendaciones recibidas de su asesoría externa tampoco pueden ser privilegiadas en lo que concierna a los accionistas según las normas de Nueva York. La compañía argentina, por su parte, contra argumenta que una orden que aplique el derecho francés a la cuestión del privilegio y que requiera la producción de los documentos de la consultoría general significaría violar el principio de que las partes deben ser tratadas de forma justa e igualitaria, puesto que el Tribunal aceptó aplicar la ley inglesa al asunto del privilegio respecto de la consultoría general de la compañía inglesa y, sobre tal base, se excluyeron ciertos documentos. Respecto de las recomendaciones hechas por la consultoría externa, la compañía francesa sustenta que la noción de que los accionistas tienen derecho de dejar de lado el privilegio en caso de disputas con las compañías en las que tienen acciones es una regla procesal que no puede importarse con la simple elección en el contrato del derecho aplicable. En cambio, en el derecho francés, que es el derecho procesal de la sede del arbitraje, rigen los documentos y, así, los mismos caen dentro del privilegio. Al mismo tiempo, la compañía inglesa exige el privilegio sobre documentos esenciales que reflejen las notas de su propia asesoría general, un abogado calificado de Nueva York, tomadas durante una reunión con la compañía francesa. Ésta argumenta que en el derecho inglés las notas tomadas en una reunión con muchas partes no caen dentro de el privilegio. La compañía inglesa agrega que las notas, tomadas en Nueva York por un abogado de esa ciudad, están sujetas a la ley de Nueva York y cubiertas por el privilegio".

pueden emerger en un arbitraje internacional son: la dispensa legal<sup>39</sup>, dispensa de transacción (*settlement privilege*)<sup>40</sup>, secretos de negocios o de comercio<sup>41</sup>, y la dispensa de la corona o el secreto nacional<sup>42</sup>. Para nuestros propósitos, nos centraremos en la dispensa legal que es la que ha atraído mayor atención hasta el momento y la tomaremos como un ejemplo de los asuntos que pueden nacer al tener muchas clases de dispensas probatorias en el arbitraje internacional.

La gran diversidad de las reglas nacionales (incluyendo la falta de reglas) sobre los privilegios presentan la posibilidad de un trato injusto y desigual a las partes en un arbitraje, esto dependiendo de cómo el Tribunal Arbitral identifica la regla o reglas aplicables. Por ejemplo, una decisión tomada por un Tribunal Arbitral para aplicar las normas del lugar en el que un documento fue creado puede resultar en la aceptación o denegación del privilegio y, por tanto, en la inmunidad o protección de la revelación de documentos sobre la base formal del lugar en que el abogado ha brindado la asesoría legal. Como resultado, el privilegio podría ser concedido y cubriría documentos confidenciales de una parte pero de no de la otra, dependiendo de las reglas aplicables del lugar en que el consejo fue dado.

Alternativamente, aunque algún grado de privilegio podrá estar disponible de acuerdo con las

reglas aplicables del lugar donde cada una de las partes recibió asesoría legal, el alcance de la protección puede ser diferente. Por ejemplo, las reglas de países distintos varían en relación con quién tiene el privilegio (el abogado o el cliente), cómo es que el privilegio ha de ser invocado y cómo puede ser perdido. Las mismas consideraciones son aplicables si el Tribunal decide emplear las normas del país en que el abogado asesor es titulado.

Quizá el ejemplo más saltante es el de la asesoría interna que cae dentro de la dispensa legal en la mayoría de jurisdicciones regidas por el *Common Law* pero no en muchos países pertenecientes al Derecho Civil<sup>43</sup>. Si el tribunal arbitral escoge una tercera ley o, mejor dicho, una ley "neutral" para regir la cuestión de la dispensa, corre el riesgo de no considerar o aplicar reglas que pueden ser consideradas de orden público por naturaleza. Esto puede dar pie a un cuestionamiento del laudo o a la resistencia a su aplicación dependiendo de la sede del arbitraje o del lugar de la aplicación del laudo. Esto puede fundamentarse alegándose un trato injusto y desigual, y, por consiguiente, una violación del debido proceso, que es generalmente entendido como un elemento de orden público procesal internacional; o, de forma más general, puede fundarse sobre la base de la inaplicación de una norma de orden público. Asimismo, el derecho material y las obligaciones éticas aplicables a la asesoría dentro de sus propias jurisdic-

<sup>39</sup> Como ya se definió anteriormente en el pie de página 16. Esto se refiere a las comunicaciones entre el asesor legal y su cliente con el propósito de obtener o dar asesoría legal y en relación con el litigio contemplado o existente. Para nuestros propósitos, esto incluye las comunicaciones con la asesoría interna.

<sup>40</sup> Esto está relacionado con la información y los documentos preparados para las negociaciones entre las partes y la discusión o las negociaciones incluyendo las ofertas de transacción entre las partes. Ver sobre este tema: FRY, Jason A. "Without Prejudice And Confidential Communications In International Arbitration: When Does Procedural Flexibility Erode Public Policy?". *International American Law Reports*. 1998. p. 209. Se ha sugerido que este tipo de dispensa constituye un principio transnacional de dispensa: BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 13-14. Si bien parece haber un reconocimiento bastante amplio del fundamento de política pública detrás del estímulo de los acuerdos y, por tanto, de la protección contra la producción probatoria, la naturaleza y alcance de la exclusión varía de las ofertas realizadas en pro de un acuerdo además de las negociaciones para llegar al mismo. Por ejemplo, algunos materiales pueden ser pasibles de revelación dependiendo de las circunstancias, si es que son relevantes para el caso en disputa, lo que llevará a la revelación de pruebas admisibles, si es que son relevantes para llegar a un acuerdo de los intereses de las partes o si causan un perjuicio, o si es que son relevantes para ser usados como sustento del *impeachment* en algunas jurisdicciones de Estados Unidos. Hay una variedad de teorías que buscan fundamentar la exclusión de los acuerdos que finalizan negociaciones incluyendo el hecho de que son poco fiables o irrelevantes. Ver: SOPINKA, John; L. LEDERMAN, Sidney y Alan W. BRYANT, pp. 808-809, tomando la cita de *Wigmore on Evidence*. Ciertamente, la información o documentos que emanen del acuerdo que finaliza las negociaciones son irrelevantes para los asuntos a ser determinados por el Tribunal Arbitral y son comúnmente ofrecidas para fines colaterales.

<sup>41</sup> Esto es comúnmente llamado "confidencialidad comercial" y es usualmente tratado mediante la imposición de ciertas condiciones de cómo es que la información debe manejarse y quién tiene acceso a la misma. Esto usualmente no tiene el efecto de evitar completamente que la información protegida se convierta en prueba en el proceso.

<sup>42</sup> Éste es un tipo complejo de dispensa o inmunidad que puede tener muchas fuentes y pueden variar significativamente de Estado a Estado. Ver, por ejemplo, SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT. Op. Cit. p. 15; MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp. 363-367. Para revisar una decisión interesante sobre un aspecto de la dispensa de la corona en el contexto de un arbitraje entre inversionistas y el Estado Ver la decisión del Tribunal en *Pope & Talbot Inc. and the Government of Canada* de 6 de setiembre de 2000 y la orden procesal 10 en *S.D. Myers Inc. and the Government of Canada*, en ambas dadas en arbitrajes de acuerdo con el capítulo 11 de la NAFTA y disponibles en: [http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/dsp/sdm\\_archive-en.asp](http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/dsp/sdm_archive-en.asp) y [http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/dsp/pope\\_archive-en.asp](http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/dsp/pope_archive-en.asp) Ver también la Orden Procesal 2 del tribunal en *Bivwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic in Tanzania, ICSID, Case ARB/05/22*, disponible en: <http://ita.law.uvic.ca>. El Tribunal en ese caso desarrolla la noción general de "inmunidad de interés público" en el Derecho de Tanzania y la dispensa. En su análisis, el Tribunal subraya la importancia de la igualdad de trato entre las partes.

<sup>43</sup> Ver entre otras fuentes: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit.; BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 4-5; PARK, William W. "Procedural Evolution in Business Arbitration: Three Studies in Change" (reimpreso de: PARK, William W. "Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice". Oxford University Press. 2006 pp. 59-60. Sobre este tema bastante comentado y difícil pueden revisarse también las fuentes anotadas en la bibliografía selecta.

ciones normalmente continuará aplicándose en los arbitrajes internacionales cualquiera sea el lugar en que se realicen. Estas reglas, que pueden incluir sanciones penales o regulatorias, podrían afectar la forma en que los abogados manejan un caso así como su habilidad para cumplir con órdenes de carácter procesal del Tribunal. Volveremos a estas cuestiones en la Sección IV.

De cualquier forma tratar a las partes desigual e injustamente será visto por lo menos como arbitrario por una de las partes y resultará en el desbaratamiento y la pérdida de la confianza en el proceso.

### III. CUESTIONES REFERIDAS A LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE

Aun cuando se considera que los árbitros se encuentran privilegiados de aplicar las normas nacionales sobre pruebas o procedimiento civil, parece ampliamente aceptado que las partes no ejercen su derecho a invocar automáticamente las privilegios probatorios cuando deciden ir a un arbitraje<sup>44</sup>. Como se discute líneas abajo, la mayoría de autores están de acuerdo en que por una variedad de razones los pedidos de privilegio deben ser considerados y que, en los casos apropiados, debe ser otorgado cierto grado de protección o inmunidad respecto del *disclosure*. La razón principal para esto parece ser el creciente reconocimiento de que las reglas de privilegio son por naturaleza más que meramente procesales y que de hecho son reglas sustantivas que reflejan las políticas públicas o el orden público. La dificultad está en determinar qué reglas deben utilizarse en arbitrajes internacionales en los que la *lex fori* no es automáticamente aplicable y en los que la naturaleza de las transacciones involucradas usualmente genera un número de normas potencialmente aplicables.

La pregunta de qué derecho es el aplicable en la administración de pruebas es notoriamente compleja y difícil en el Derecho Internacional Privado<sup>45</sup>. La pregunta es incluso mucho más difícil en el arbitraje internacional, en el que existe muy poca información al respecto, si la hay; incluso un cre-

ciente número de fuentes expresan la necesidad de considerar y aplicar las normas legales y éticas que rigen el privilegio. Las principales fuentes que se preocupan de la cuestión del privilegio en el arbitraje internacional sobre esta arista son expuestas más abajo.

#### a. Leyes nacionales

La mayoría de leyes modernas sobre arbitraje internacional otorgan gran discrecionalidad al Tribunal Arbitral en la obtención y valoración de la prueba, aunque a la vez lo sujetan a un deber general de dar a las partes al menos la oportunidad razonable para exponer su posición y pedir trato justo. Mientras que las leyes nacionales usualmente contienen provisiones generales sobre la elección del derecho aplicable al fondo de la controversia, no se refieren a qué ley procesal es la aplicable o cuál ha de aplicarse a los privilegios. No obstante, algunas leyes le dan poder al Tribunal Arbitral para determinar específicamente la admisibilidad y valoración de la evidencia discrecionalmente. La adopción específica de una regla así sugiere que el Tribunal Arbitral tiene poder suficiente como para ejercitar independientemente su discrecionalidad y para aplicar una ley diferente a la ley aplicable al contrato o al fondo de la controversia<sup>46</sup>. Como resultado, las normas sobre arbitraje nacional proveen muy poca orientación, casi ninguna, sobre la ley aplicable a los privilegios probatorios que puedan presentarse en el curso de un arbitraje internacional.

Además, mejores resultados no se han obtenido en la legislación nacional en relación con la ley aplicable a los privilegios probatorios en los procesos civiles<sup>47</sup>. Ésta es una cuestión compleja, sujeta a incertidumbre y complejidades considerables que han recibido una variedad de soluciones distintas a la hora de realizar el análisis del conflicto de leyes diferentes países<sup>48</sup>. Por ejemplo, en Bélgica las obligaciones de secreto profesional o privilegio se estipula que se aplicará la ley del lugar en el que el profesional que cuenta con el privilegio ejerce su profesión<sup>49</sup>. Esta situación puede ser con-

<sup>44</sup> SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit.; GALLAGHER, Norah. Op. Cit. p. 45; RUBINSTEIN, Javier H. y Britton B. GUERRINA. Op. Cit. pp. 593-595.

<sup>45</sup> POUURET, Jean-François y Sebastien BESSON. Op. Cit. p. 581 y las citas ahí señaladas.

<sup>46</sup> Por ejemplo, el artículo 19(2) del Modelo Legal de UNCITRAL y otras leyes como el *Arbitration Act 1996*, s.34(2)(f), que es aún más detallada, le dan poderes específicamente al Tribunal Arbitral al respecto. Esta norma y el poder que confiere parece ser separado e independiente del s. 28 del Modelo Legal que trata el derecho aplicable al fondo de la controversia. Esto genera preguntas muy interesantes, considerando la naturaleza procesal y sustantiva de las reglas del privilegio.

<sup>47</sup> SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 12.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Ver el comentario de P. HOLLANDER en: *Ibid.* p. 14.

trastada con la de Inglaterra, donde una corte inglesa sostuvo que la *lex fori* rige la cuestión de la admisibilidad de un documento sobre el que se ha solicitado el privilegio. En cambio en los Estados Unidos, parecería que en casos internacionales las cortes generalmente aplican el estándar del “contexto/relación más significativa”, pero que a la vez consideran factores como la costumbre, el interés de estados extranjeros en los Estados Unidos, el contacto que pueda tener la comunicación o documento en cuestión y los propios Estados Unidos, además de otros factores<sup>50</sup>.

## b. Reglas arbitrales

Las reglas arbitrales generalmente establecen que ante la ausencia de pacto en contrario, el Tribunal Arbitral tiene amplia discrecionalidad sobre la admisibilidad y valoración de la evidencia y, de forma más general, sobre la conducción del procedimiento. Así, muy pocas reglas lidian específicamente con los privilegios probatorios. Aquellas pocas que tratan los privilegios requieren que el Tribunal Arbitral tome en cuenta, y en algunos casos aplique, los principios de los privilegios legales.

Las reglas sobre arbitraje internacional de la American Arbitration Association establecen:

*“Article 20(6) The Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of*

*the evidence offered by any party. The Tribunal shall take into account applicable principles of legal privilege, such as those involving the confidentiality of communications between a lawyer and client.”*<sup>51</sup> XII

Las reglas arbitrales del Commercial Arbitration Mediation Center for the Americas establecen:

*“Article 22(6) The admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered by any party shall be determined by the Tribunal, provided that the Tribunal shall consider applicable principles of legal privileges.”*<sup>52</sup> XIII

Las reglas para el arbitraje no administrado del International Institute for Conflict Prevention and Resolution dictan:

*“Rule 12.2. If either party so requests or the Tribunal so directs, a hearing shall be held for the presentation of evidence and oral argument. Testimony may be presented in written and/or oral form as a Tribunal may determine is appropriate. The Tribunal is not required to apply the rules of evidence used in judicial proceedings. The Tribunal shall determine the applicability of any privilege or immunity and the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered.”*<sup>53</sup> XIV

<sup>50</sup> SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 24-26. SMIT anota que dos de los más citados *Restatements* del Derecho norteamericano que tratan con la elección de la ley aplicable respecto de los privilegios adoptan enfoques diferentes. Ver la discusión de la página 25 al respecto, así como la discusión de la jurisprudencia estadounidense que indica que las Cortes de Estados Unidos han confirmado que los privilegios son aplicables en el arbitraje. Esto ha llevado, al parecer, a un tratamiento más específico del privilegio en las Reglas de Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association y las reglas para arbitrajes no administrados del International Institute for Conflict Prevention and Resolution. La situación es similarmente compleja en el Derecho canadiense. En las jurisdicciones del *Common Law* de Canadá, la existencia y alcance del privilegio es generalmente regida por la *lex fori*, la ley del lugar en que el proceso tiene su sede. No obstante, esto puede tener excepciones. En Québec, la prueba está regida por la ley aplicable al fondo de la disputa, sujeta a la aplicación de reglas más favorables para el establecimiento o administración de la prueba. Respecto del posible surgimiento de privilegios en los casos internacionales, es muy probable que la corte de Québec aplique la *lex fori* cuando una objeción esté fundamentada en un privilegio existente fuera de Québec y no reconocida en su derecho. Generalmente, la ley de Québec favorece a la aplicación de la ley más favorable a la admisión de pruebas. Sin embargo, el artículo 3079 del Código Civil de Québec permite la aplicación de la previsión obligatoria del derecho extranjero en el que los intereses legítimos y manifiestamente preponderantes así lo requieren. Esta previsión ha sido interpretada restrictivamente y su efecto es la limitación de la admisibilidad de la prueba. Ver: ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. punto 1044; y la interesante decisión tomada *Banque Paribas (Suisse) S.A. c. Wightman, J.E. 97 - 3006 (CA)* en donde se rechazó la aplicación de la ley suiza sobre el secreto bancario.

<sup>51</sup> Enmendada y en efecto desde el 1 de julio de 2003. La misma norma está contenida en las Reglas de Arbitraje Comercial de la American Arbitration Association, enmendada y en efecto desde el 1 de julio de 2003, artículo R-31(c).

<sup>52</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: “Artículo 20(6) El Tribunal deberá determinar la admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de la prueba ofrecida por cualquier parte. El Tribunal deberá tomar en cuenta los principios aplicables al privilegio legal, como aquellos que involucran la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente”.

<sup>53</sup> En efecto desde el 15 de Marzo de 1996.

<sup>54</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: “Artículo 22(6) La admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de la prueba ofrecida por una de las partes deberá ser determinada por el Tribunal, siempre que el Tribunal considere aplicables los principios de los privilegios legales”.

<sup>55</sup> Revisada y en efecto desde el 15 de junio de 2005.

El comentario a la Regla 12 establece, en la parte relevante, lo que sigue:

*“The Tribunal need not apply rules of evidence used in judicial proceedings. Rule 12.2 provides that the Tribunal shall determine the applicability of any privilege or immunity. That protection is intended to apply to pre-hearing disclosure as well as to evidence at the hearings”*<sup>56</sup>.

Las reglas para arbitrajes no-administrados del International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR) (también revisados y en efecto desde el 15 de junio de 2005) dictan como sigue en la parte relevante:

*“Rule 12.2 (...) The Tribunal is not required to apply the rules of evidence used in judicial proceedings, provided, however, that the Tribunal shall apply the lawyer-client privilege and the work product immunity. The Tribunal shall determine the applicability of any*

Los privilegios probatorios no parecen ser específicamente desarrollados en otras reglas institucionales vigentes<sup>54</sup>.

Dos instrumentos internacionales de naturaleza privada han tocado el tema de los privilegios probatorios. Las reglas IBA establecen que un Tribunal Arbitral podrá excluir de la evidencia o producción o inspección materiales sujetos a privilegio. El artículo 9(2) dicta lo siguiente:

*"Article 9 – Admissibility and Assessment of Evidence.*

(2) The Arbitral Tribunal shall, at the request of a party or on its own motion, exclude from evidence or production any document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons:

- (a) lack of sufficient relevance or materiality;
- (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the arbitral tribunal to be applicable; (...)
- (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been

classified as secret by a government or public international institution) and that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or (g) considerations of fairness or equality of the parties that the arbitral tribunal determines to be compelling." <sup>XVII</sup>

El comentario realizado a las reglas IBA indican que el grupo de trabajo consideró que la potencial aplicación de los privilegios era importante pero que a la vez no había prestado importancia al problema de la ley aplicable<sup>55</sup>. Es interesante notar que el comentario a las reglas IBA relaciona el privilegio con las consideraciones de justicia e igualdad en sus comentarios del Artículo 9(2)(g):

*"Documents that might be considered to be privileged within one national legal system may not be considered to be privileged within another. If the situation were to create unfairness, the arbitral tribunal may exclude production of the technically non-privileged documents pursuant to this provision."* <sup>56 XIX</sup>

*privilege or immunity and the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered". (emphasis added). Rule 1.1 and the General Commentary on these rules indicate that they apply unless the parties specifically agree to the application of the International Rules. As a result, although the rule contained in Rule 12.2 of these rules appears address to internal or domestic arbitrations, it could apply in international arbitrations where the parties choose the CPR Rules for Non-Administered Arbitration but do not specify the International Rules."* <sup>XVI</sup>

<sup>XVI</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"Regla 12.2. Si cada parte así lo requiere o el Tribunal así lo establece, se llevará a cabo una audiencia para la presentación de evidencia y argumentos orales. Los testimonios podrán ser presentados en escrito y/o en forma oral y como el Tribunal determine que sea apropiado. El Tribunal no requiere que se apliquen las reglas sobre la prueba usadas en los procesos judiciales. El Tribunal deberá determinar la aplicabilidad de cualquier privilegio o inmunidad y la admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de la evidencia ofrecida".

<sup>XV</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"El Tribunal no necesita aplicar las reglas probatorias usadas en los procesos judiciales. La Regla 12.2 establece que el Tribunal debe determinar la aplicabilidad de cualquier privilegio o inmunidad. La protección debe aplicarse a *disclosure* previo a la audiencia así como también a la prueba en las audiencias".

<sup>XIV</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"Regla 12.2 (...) El Tribunal no está obligado a aplicar las reglas de la prueba usadas en los procesos judiciales siempre que el Tribunal aplique el privilegio abogado-cliente y la inmunidad sobre los materiales que el abogado elabore para el proceso (*work product immunity*).

La regla 1.1 y el Comentario General a estas reglas indican que se aplicarán a menos que las partes acuerden específicamente a la aplicación de las Reglas Internacionales. Como resultado, aunque la norma contenida en la Regla 12.2 de este cuerpo normativo parece referirse a los arbitrajes internos o domésticos, podría aplicarse en arbitrajes internacionales en los que las partes elijan las Reglas CPR para arbitrajes no administrados y cuando no especifiquen las reglas Internacionales.

<sup>54</sup> El artículo 38 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Zurich (adoptadas en 1989) establece que un testigo podría negarse a testificar contra sí mismo si su testimonio llega a infringir el secreto oficial o profesional protegido por el Derecho Penal. Sin embargo, esta regla ha sido suplantada por las nuevas Reglas Suizas sobre Arbitraje Internacional. Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 6.

<sup>XIII</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"Artículo 9- Admisibilidad y Valoración de la Prueba

(2) Si lo solicitase una de las partes o de oficio, el Tribunal Arbitral debe excluir de las pruebas o la producción de cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las razones siguientes:

- (a) falta de relevancia o materialidad suficiente;
- (b) impedimentos legales o privilegio bajo las reglas legales o éticas determinadas aplicables por el Tribunal Arbitral;
- (...)

(f) por ser causa de sensibilidad especial de tipo política o institucional (incluyendo la prueba que ha sido clasificado como secreta por el Gobierno o institución pública internacional) que el Tribunal entiende como obligatoria; o

(g) consideraciones de justicia e igualdad de las partes que el Tribunal determine como obligatorias".

<sup>55</sup> Ver el comentario a las Reglas IBA sobre la obtención de evidencia, puntos 14 y 33 y los comentarios de VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 759-760.

<sup>56</sup> Business Law International 14. 2000. p. 34; y, VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 759-760, quienes concluyen que mientras el grupo de trabajo IBA consideró que los privilegios legales deberían reconocerse en el arbitraje internacional, algunos reajustes eran necesarios para asegurar la "igualdad de poder" o el trato igualitario a las partes. Ver también: RAESCHKE-KESSLER, Hilmar. "The Production of Documents in International Arbitration - A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence". En: Arbitration International 18. 411. 2002. 428 429, quien usa el ejemplo de la asesoría interna para ilustrar la desigualdad o injusticia que puede surgir de las diferencias en las reglas de los privilegios. Al comparar las reglas estadounidenses y alemanas el autor señala:

*"If the Arbitral Tribunal were to issue an order against the German party to produce documents prepared by its in-house counsel,*

Los principios del Procedimiento Civil Transnacional preparados por el American Law Institute (en adelante, ALI) y el UNIDROIT tratan el tema de los privilegios probatorios e inmunidades de alguna manera más detallada<sup>57</sup>. Los principios ALI-UNIDROIT establecen lo siguiente:

*"16. Access to Information and Evidence  
16.1 Generally the court and each party should have access to relevant and non-privileged evidence, including testimony of parties and witnesses, expert testimony, documents, and evidence derived from inspection of things, entry upon land, or, under appropriate circumstances, from physical or mental examination of a person. The parties should have the right to submit statements that are accorded evidentiary effect.  
18. Evidentiary Privileges and Immunities  
18.1 Effect should be given to privileges, immunities, and similar protections of a party or non-party concerning disclosure of evidence or other information."* <sup>xxviii</sup>

### c. Convenciones e instrumentos internacionales

Al menos dos convenciones internacionales tratan específicamente del privilegio. La Convención de la Haya de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el extranjero en materia Civil y Comercial aborda al privilegio en el contexto de las comisiones rogatorias. El Artículo 11 establece:

"La comisión rogatoria no será ejecutada si la persona a la que se refiere invoca un privilegio o una prohibición de deponer, establecidas:

- a) Sea por la ley del Estado requerido.
- b) Sea por la ley del Estado requirente y especificadas en la comisión rogatoria o, en su caso, certificadas por la autoridad requirente a petición de la autoridad requerida.

Además, todo Estado contratante puede declarar que reconoce tales privilegios y prohibiciones esta-

*while refusing a similar order against the American party based on the objection of an existing legal privilege, this would result in a considerable imbalance regarding the rights of each party to request the production of internal documents. It is the sole purpose of Article 9, Section 2(g) to eliminate this imbalance.*

*One party will only be able to ask for the production of internal documents of the other party as far as itself is required to produce documents of the same type, when referring to Article 9, Section 2(b) for its own protection. Article 9, Section 2(g) suggests especially to parties from a civil law background that they should – for their own protection – be informed about the extent of the legal privilege of the American side well in advance, in order to be able to use the objection in Article 9, Section 2(g) effectively."* <sup>xxviii</sup>

<sup>xxviii</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"Si el Tribunal Arbitral diera una orden de producción de documentos elaborados por la asesoría interna a la parte alemana y al mismo tiempo denegase una orden similar contra la parte estadounidense sobre la base de un privilegio legal existente, se crearía desigualdad en los derechos de cada parte para solicitar la producción de documentos internos. Éste es el solo propósito del artículo 9, sección 2 (g) para eliminar tal desigualdad.

Una parte sólo podrá requerir la producción de documentos internos de la otra parte mientras a ella misma pueda solicitársele la producción del mismo tipo, refiriéndose al artículo 9, sección 2(b) para su propia protección. El artículo 9, sección 2 (g) sugiere especialmente a las partes que provienen de una jurisdicción regida por el Derecho Civil que –por su propia protección– deben ser informadas sobre la extensión del privilegio legal de la parte americana por adelantado, de forma tal que pueda usar efectivamente la objeción estipulada en el artículo 9, sección 2 (g)".

<sup>xxix</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"Los documentos que puedan ser considerados como privilegiados dentro de un sistema legal nacional podrán no ser considerados como privilegiados en otro. Si la situación creara injusticia, el Tribunal Arbitral podrá excluir la producción de documentos técnicamente no privilegiados relacionados con esta norma".

<sup>57</sup> Ver los Principios del Procedimiento Civil Transnacional de ALI-UNIDROIT adoptados por el ALI en mayo del 2001 y por UNIDROIT en abril de 2004. Uniform Law Review p. 758. Aunque ellos se refieren al proceso civil, los principios estipulan que son igualmente aplicables al arbitraje internacional, excepto cuando sean incompatibles con el procedimiento arbitral. Los Principios del Procedimiento Civil Transnacional dan ejemplos de los principios relacionados con la jurisdicción y publicidad de los procedimientos, así como de la apelación.

<sup>xx</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"16. Acceso a la información y pruebas

16.1 Generalmente, la corte y cada parte deberían tener acceso a pruebas relevantes y no privilegiada, incluyendo testimonios de las partes y testigos, testimonios de expertos, documentos y evidencia derivada de la inspección de cosas, terrenos o, bajo circunstancias apropiadas, del examen físico o mental de una persona. Las partes deben tener el derecho de presentar declaraciones de acuerdo con el efecto probatorio.

18. Privilegios probatorias e inmunidades

18.1 Deberá darse efecto a las privilegios, inmunidades y protecciones similares de una parte o un tercero en lo relacionado con la revelación de pruebas u otra información".

<sup>58</sup> Disponible en: [www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf).

El comentario de estos artículos dice:

*"P-18A All legal systems recognize various privileges and immunities against being compelled to give evidence, such as protection from self-incrimination, confidentiality of professional communication, rights of privacy, and privileges of a spouse or family member. Privileges protect important interests, but they can impair establishment of the facts. The conceptual and technical bases of these protections differ from one system to another, as do the legal consequences of giving them recognition. In applying such rules choice-of-law problems may be presented.*

*P-18B The weight accorded to various privileges differs from one legal system to another and the significance of the claim of privilege may vary according to the context in specific litigation. These factors are relevant when the court considers drawing adverse inferences from the party's failure to produce evidence.*

*P-18C Principles 18.2 and 18.3 reflect a distinction between direct and indirect sanctions. Direct sanctions include fines, astreintes, contempt of court, or imprisonment. Indirect sanctions include drawing adverse inferences, judgment by default, and dismissal of claims or defences. A court has discretionary authority to impose indirect sanctions on a party claiming a privilege, but a court*

blecidas por la ley de otros Estados además del Estado requirente y el Estado requerido, en la medida especificada en esta declaración”.

La Convención Interamericana sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero contiene normas similares:

“Artículo 12.-

La persona llamada a declarar en el Estado requerido en cumplimiento de exhorto o carta rogatoria podrá negarse a ello cuando invoque impedimento y excepción o el deber de rehusar su testimonio:

1. Conforme a la ley del Estado requerido; o
2. Conforme a la ley del Estado requirente, si el impedimento, la excepción, o el deber de rehusar invocados consten en el exhorto o carta rogatoria o han sido confirmados por la autoridad requirente a petición del tribunal requerido”.

El Reglamento 1206-2001 del Consejo de la Unión Europea contiene, a su vez, una regla afín:

“Artículo 14.- Denegación de la ejecución

1. No se ejecutará la solicitud de tomar declaración a una persona cuando dicha persona alegue el derecho de negarse a declarar o la prohibición de declarar:
  - a) previstos por el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido, o
  - b) previstos por el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente e indicados en la solicitud o, si fuera preceptivo, confirmados

por el órgano jurisdiccional requirente a petición del órgano jurisdiccional requerido (...)”.

Se pueden también encontrar referencias a la protección de privilegios en instrumentos internacionales como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>59</sup>.

Estos instrumentos internacionales reconocen privilegios probatorios en ciertas circunstancias y permiten que las personas saquen ventaja de los privilegios que estén más disponibles<sup>60</sup>. Sin embargo, dan muy pocas indicaciones de cómo se debe determinar la ley aplicable en el caso de un conflicto de privilegios, particularmente en el arbitraje internacional.

#### **d. ¿Cómo debería determinar la ley aplicable el Tribunal Arbitral?**

Dado que las leyes nacionales, las reglas institucionales e instrumentos internacionales dan al tribunal arbitral amplia discrecionalidad y poca orientación sobre cómo determinar las leyes aplicables a los privilegios, ¿cómo es que el Tribunal Arbitral debe determinar la ley aplicable? En situaciones en las que las partes no tienen un pacto específico relacionado con la ley aplicable y el Tribunal debe determinar qué ley debería aplicar, un Tribunal usualmente comienza el análisis identificando la intención de las partes. Esto puede resultar ser difícil cuando las partes no

*ordinarily should not impose direct sanctions on a party or nonparty who refuses to disclose information protected by a privilege. A similar balancing approach may apply when blocking statutes hinder full cooperation by a party or nonparty. P-18D In some systems, the court cannot recognize the privilege sua sponte but may only respond to the initiative of a party benefited by the privilege. The court should give effect to any procedural requirement of the forum that an evidentiary privilege or immunity be expressly claimed. According to such requirements, a privilege or immunity not properly claimed in a timely manner may be considered waived.”<sup>xxi</sup>*

Ver también los comentarios de VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 760-761, respecto de los Principios del Procedimiento Civil Transnacional.

<sup>xxi</sup> Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

“P 18A Todos los sistemas legales reconocen varias privilegios e inmunidades que evitan que se obligue a una persona a prestar declaración. Algunos son: la protección de la auto-incriminación, la confidencialidad de la comunicación profesional, los derechos a la intimidad, y los privilegios de los cónyuges o miembros de la familia. Los privilegios protegen intereses importantes pero ellos pueden evitar el establecimiento de los hechos. Las bases conceptuales y técnicas de estas protecciones difieren de un sistema a otro, como lo hacen las consecuencias legales de darles reconocimiento. Se pueden presentar problemas en la elección de la ley aplicable al usar tales reglas.

P 18B El peso concedido a varios privilegios difiere de un sistema legal a otro y la importancia de la invocación del secreto profesional puede variar según el contexto en la controversia particular. Estos factores son pertinentes cuando el tribunal los considera para realizar inferencias adversas sobre el hecho de que las partes no produjeran la evidencia.

P 18C Los principios 18.2 y 18.3 reflejan una distinción entre sanciones directas e indirectas. Las sanciones directas incluyen multas, *astreintes*, el rechazo del tribunal, o el encarcelamiento. Las sanciones indirectas incluyen esbozar las inferencias adversas, el juicio por omisión, y el despido de reclamos o defensas. El tribunal tiene la autoridad discrecional para imponer sanciones indirectas a una parte que reclama un privilegio; ordinariamente el Tribunal no puede imponer sanciones directas a una parte ni a un tercero que se niegue a revelar información protegida por un privilegio. Un enfoque equilibrante similar puede aplicarse cuando el bloquear los estatutos entorpezca una cooperación total de una de las partes o un tercero.

P 18D En algunos sistemas, el tribunal no puede reconocer el privilegio *sua sponte* pero puede responder solamente a la iniciativa de una parte beneficiada por el privilegio. El tribunal debe dar efecto a cualquier requisito procesal del foro que establezca expresamente que un privilegio o inmunidad probatoria puede ser solicitada. Según tales requisitos, el privilegio o la inmunidad reclamada inapropiadamente puede considerarse como una renuncia a la misma”.

<sup>59</sup> Ver el artículo 69(5) y la referencia que se hace en MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 379.

<sup>60</sup> Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 762, quienes se refieren a este enfoque como “el enfoque más favorable del privilegio”.

han previsto nada sobre las reglas aplicables al privilegio y cada una tiene expectativas propias y diferentes sobre la base de sus leyes y costumbres nacionales.

A diferencia de las Cortes Judiciales, que enfrentan la misma pregunta en escenarios de litigio internacional, el Tribunal no tiene la obligación de aplicar automáticamente la *lex fori*. Si bien es aceptado que los privilegios tengan la naturaleza de orden público, el Tribunal no tiene el deber de atenerse o hacer respetar los órdenes públicos de otros estados. El Tribunal, por el contrario, sí tiene el deber de emitir un laudo susceptible de ejecución legal y es este objetivo, junto con el deber de trato justo a las partes, el que lleva al Tribunal a realizar un análisis que considere todos los factores relevantes al enfrentarse a esta cuestión.

Como sucede con otras opciones de la ley aplicable, el análisis comienza con la pregunta de si los privilegios son por naturaleza sustantivos o procedimentales. La respuesta común a esto ha sido afirmar que los privilegios tienen características tanto sustantivas como procesales, lo que hace posible que el Tribunal tenga muchas formas de abordar el privilegio y cada una de las cuales busca determinar el derecho que tenga el "vínculo más directo" con el problema a tratar.

Cuando una ley nacional es aplicable, los asuntos procesales del arbitraje internacional son determinados comúnmente por la ley del lugar del Arbitraje o la *lex arbitri*. Así, determinar que los privilegios son procesales por naturaleza nos lleva a concluir que el Tribunal sólo necesita conceder privilegios si las partes han acordado la competencia de una ley procesal o si la ley procesal del foro requiere ser aplicada en el arbitraje<sup>61</sup>. Debido a que los privilegios están muy relacionados con la obtención de pruebas, cuentan con un elemento procesal. En la mayoría de jurisdicciones regidas por el Derecho Civil, la noción de *secret professionnel* se funda en la ética profesional y acarrea sanciones penales por su incumplimiento<sup>62</sup>. Los privilegios, en estos sistemas, son comúnmente considerados como una cuestión procesal<sup>63</sup>.

Las cuestiones de derecho sustantivo en el arbitraje internacional son resueltas mediante la aplicación de la ley del contrato que se acuerda usualmente por las partes y en ausencia de tal pacto, es determinado por el Tribunal. Así, la clasificación de los privilegios como sustantivos por naturaleza requiere que el Tribunal escoja la ley aplicable al contrato para determinar las reglas relevantes para la valoración de los privilegios<sup>64</sup>. En las jurisdicciones regidas por el *Common Law*, las cortes han clasificado a los privilegios como sustantivos por naturaleza<sup>65</sup>.

Así, si los privilegios se consideran sustantivos, el resultado usual de la aplicación del Derecho del contrato es la búsqueda del derecho que esté más vinculado con la prueba en concreto. Sin embargo, como ha sido mencionado antes, muchas leyes establecen específicamente que el Tribunal Arbitral tiene discrecionalidad para determinar las cuestiones probatorias, sugiriendo que el Tribunal puede aplicar un derecho distinto o ejercitar su discrecionalidad de manera independiente. En realidad, los privilegios son por naturaleza tanto procesales como sustantivos<sup>66</sup>.

Además de las obvias elecciones de la *lex arbitri* o la ley que rige el acuerdo o el fondo la disputa, algunos autores han sugerido que ciertos privilegios pueden ser vistos como principios generales del Derecho Internacional<sup>67</sup>.

En ausencia de un acuerdo específico entre las partes sobre qué ley aplicar a los privilegios, se cuestiona si la elección de las partes de la sede del arbitraje o la ley que regirá su contrato puede dar a entender que se pretende usar tales reglas a los privilegios<sup>68</sup>. Los privilegios son vistos como poseedores de una naturaleza más personal que otras figuras de procedimiento o derecho sustantivo, por estar relacionadas con las partes y su asesoría. Al señalar esto, los autores han sugerido un número de métodos alternativos para determinar qué ley debería aplicarse a los privilegios, los que están potencialmente disponibles debido a la discrecionalidad con la que cuentan los árbitros en estos temas. Una opción es que el Tribunal elija la ley cuyo vínculo es el más cercano con la

<sup>61</sup> MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp. 376-377.

<sup>62</sup> SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. pp. 615-616.

<sup>63</sup> Ibidem; MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 368.

<sup>64</sup> MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 377.

<sup>65</sup> SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. p. 616; *ibid.* p. 368.

<sup>66</sup> VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 764.

<sup>67</sup> MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 378-379; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. "Discovery in International Arbitration: How Much is Too Much?". *Schieds VZ*. 2004. p. 19.

<sup>68</sup> VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 770; BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 11.



prueba o privilegio en cuestión; algunos hasta han argüido que es ésta la mejor forma de abordar la situación<sup>69</sup>. Se agrega que esta opción es la que probablemente responda mejor a las legítimas expectativas de las partes<sup>70</sup>. No obstante, este acercamiento tiene también desventajas, una de ellas es el hecho de que pueden haber muchas leyes aplicables a los privilegios dentro de un arbitraje y otra la posibilidad de un trato injusto a las partes en caso la prueba de una de ellas esté más cercanamente conectada con un derecho que es menos protector que la ley más vinculada con la prueba de la otra parte.

Se ha afirmado también que la “conexión más cercana” o el examen del “centro de gravedad” se ha convertido en una regla transnacional de conflicto de leyes que ha de ser aplicada a los privilegios probatorios en el arbitraje internacional<sup>71</sup>. Mientras que a algunos autores les gustaría ver emerger una regla predecible, por ejemplo, la ley del lugar en que la relación abogado-cliente tiene sus efectos predominantes<sup>72</sup> o la ley del lugar donde el abogado tiene su domicilio profesional<sup>73</sup>, la mayoría de autores argumentan a favor de un acercamiento acumulativo donde un número de posibles leyes aplicables diferentes son examinadas para determinar si el privilegio reclamado es reconocido en cada uno de los derechos<sup>74</sup>. La solución sería relativamente directa si todos los derechos aplicables reconocieran el privilegio reclamado<sup>75</sup>. La cuestión es entonces determinar si la prueba en particular que se busca proteger cae realmente dentro del privilegio solicitado<sup>76</sup>. La situación es menos clara si el análisis acumulativo da como resultado que el privilegio es reconocido por algunos sistemas y no por otros. Si las potenciales leyes aplicables están en con-

flicto, entonces el Tribunal tendrá que elegir el derecho que ha de aplicar.

Bajo un análisis acumulativo, muchas leyes (además de la ley del lugar de la sede del arbitraje y la ley que se aplica a los méritos de la disputa) podrán ser revisadas para determinar su elección. Estas incluyen la ley del lugar en que el documento o testigo se encuentre; la ley del lugar al que el documento fue enviado; la ley del domicilio de la parte que solicita el privilegio; la ley del domicilio profesional del abogado o las reglas aplicables de la ética profesional. Dependiendo del tipo de prueba en cuestión, por ejemplo, un documento o un testigo, cada una de estas opciones podrá tener un mayor o menor grado de importancia.

En un intento por reconciliar la necesidad de tratar a las partes de forma justa y de mantener las expectativas legítimas de las partes respecto de los privilegios probatorios, se ha sugerido que los árbitros aborden el problema usando el criterio del “privilegio más favorable”<sup>77</sup>. Esta opción recomienda que el Tribunal revise las leyes de la jurisdicción de cada una de las partes y aplique la ley que ofrezca mayor protección<sup>78</sup>. Así, las dos partes tendrán protección de forma igualitaria. Es discutible que este sea el acercamiento más prudente por resultar siempre en un trato igualitario de todas las partes y por lograr evitar cuestionamientos al laudo, cubriendo las expectativas de todas las partes en relación con los privilegios<sup>79</sup>. Una desventaja reconocida de esta solución es que puede promover el *forum shopping*<sup>80</sup> <sup>xxii</sup>. Otro menoscabo que causa mayor preocupación es que aplicar la regla del privilegio más favorable puede favorecer la exclusión de evidencia relevante, yendo así contra el otro

<sup>69</sup> MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 382; VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 768.

<sup>70</sup> MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 382.

<sup>71</sup> BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 12.

<sup>72</sup> Ibid. pp. 12-13.

<sup>73</sup> VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 771.

<sup>74</sup> Ver, por ejemplo, KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. Op. Cit. p. 19.

<sup>75</sup> VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 769.

<sup>76</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. Op. Cit. p. 20.

<sup>77</sup> VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 773.

<sup>78</sup> RUBINSTEIN, Javier H. y Britton B. GUERRINA. Op. Cit. p. 598.

<sup>79</sup> Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 773. Sin embargo, como lo reconocen los autores, en realidad no siempre será fácil determinar cuál es la regla sobre el privilegio más favorable. Aun más, el concepto de “expectativas legítimas” de una parte no puede significar que la regla del privilegio que cubre más supuestos siempre habrá de aplicarse. Las partes provenientes de jurisdicciones con una protección del privilegio más limitada no tendrán expectativa alguna de que cierta información o documentos sean protegidos y pueden esperar obtener los mismos tipos de documentos de la parte contraria en caso surja un arbitraje.

<sup>80</sup> RUBINSTEIN, Javier H. y Britton B. GUERRINA. Op. Cit. p. 599; Ibid. p. 771.

<sup>xxii</sup> Nota del traductor: Se llama *forum shopping* a la práctica realizada esencialmente por el demandante al escoger entre dos o más cortes que tienen jurisdicción para considerar su demanda, aquella que considera será más favorable al considerar su caso. En algunas instancias una demanda puede ser interpuesta en dos o más Cortes así como también a nivel internacional puede demandarse en las Cortes de diferentes Estados. También puede darse cuando los demandados buscan transferir el caso a Cortes que creen serán más benignas con sus intereses.

aspecto fundamental del deber del Tribunal: el establecimiento de todos los hechos del caso y la necesidad de permitir a las partes la justa oportunidad de exponer su caso. Para compensar esto los árbitros necesitarán adoptar un saludable grado de escepticismo y sentido práctico al valorar las solicitudes de privilegio.

El corolario del privilegio más favorable viene a ser entonces "el criterio del privilegio menos favorable". Este estándar establece también la igualdad formal entre las partes, pero adopta un estándar de protección más bajo y tiende a obligar a la admisión de pruebas antes que a su exclusión<sup>81</sup>. Sin embargo, este criterio corre el claro riesgo de cometer una injusticia con la parte que tiene derecho a una protección más amplia del privilegio bajo la ley más vinculada a las comunicaciones con su abogado, quien a su vez esperaba una protección de acuerdo a ese derecho<sup>82</sup>.

Otra opción es la aplicación de un principio general del derecho internacional o alguna forma de estándar trasnacional de privilegio. Esta alternativa resulta atrayente por ofrecer un estándar neutral que no refleja normas de carácter público de un sistema legal en particular. Las reglas nacionales sobre privilegios son el producto de la naturaleza particular de un sistema legal, de las minuciosas normas procedimentales y el especial acercamiento elegido para balancear los intereses en pugna. Por ejemplo, en un nivel muy general, la producción obligatoria de todos los documentos relevantes en sistema adversarial regido por el *Common Law*, en el que los asesores son vistos como oficiales de la corte, ha resultado en el desarrollo de un sistema complejo de reglas que rigen el privilegio perteneciente al cliente. Sacar este tipo de regla procesal o probatoria de un sistema legal nacional y aplicarlo en un arbitraje internacional, especialmente donde estas reglas serán aplicadas a una parte cuyo sistema legal tiene un enfoque completamente diferente del privilegio, es particularmente difícil de justificar. El problema con el enfoque trasnacional es que no existen principios generales o estándares tras-

nacionales de privilegio que ofrezcan orientación. Lo máximo que puede decirse es que los privilegios son por naturaleza más que meramente procedimentales y que deben ser considerados cuando sean solicitados de buena fe de forma que pueda asegurarse un trato justo e igualitario a las partes, y la factible ejecución del laudo arbitral. Incluso si se llega a aceptar el punto de vista de ciertos autores que expresan que en el área de los privilegios legales han surgido principios generales o trasnacionales<sup>83</sup>, el hecho de que algunos aspectos muy generales del privilegio sean reconocidos ampliamente no brinda orientación a los Tribunales Arbitrales o a las partes respecto de asuntos específicos que emanan de las diferencias entre las reglas de privilegio aplicables. Aunque puede y debería hacerse más para desarrollar estas nociones básicas, la mayoría de autores aceptan que el desarrollo de las reglas trasnacionales a estas alturas no es muy realista<sup>84</sup>.

#### IV. CÓMO AFECTA EL PRIVILEGIO LEGAL A UN ARBITRAJE INTERNACIONAL

La preocupación central relativa a los privilegios probatorios en un arbitraje internacional es que se pueda terminar dando un trato desigual e injusto a alguna de las partes si es que el Tribunal Arbitral no aplica los mismos estándares de privilegio para ambas partes. La habilidad de una de las partes para exponer su caso (bien estableciendo un reclamo o defendiéndose del mismo) puede verse afectada y así violarse el debido proceso si diferentes estándares de privilegio son aplicables a la producción de documentos e información o a la admisibilidad de la prueba. Esto puede generar a que se cuestione el laudo o que una de las partes se resista a cumplirlo<sup>85</sup>.

Asimismo, el aspecto sustantivo del privilegio que refleja la normativa del Estado adoptante hace que nos preocupemos sobre la posibilidad de que al no considerar o aplicar las reglas específicas de privilegio pueda llegar a ser un incumplimiento de normativa de orden público. Mientras que las privilegios probatorios caen dentro de lo procesal y la obtención y evaluación de las pruebas sobre

<sup>81</sup> Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 18.

<sup>82</sup> Ibidem. Da como ejemplos la situación en que se le quita a una de las partes la expectativa legítima de que los documentos que están en posesión de la asesoría interna puedan ser excluidos por esta regla. También menciona que la aplicación de la misma será estricta cuando el efecto sea excluir el uso del principio de secreto profesional, dejando a la asesoría sujeta a sanciones si es que no cumple con sus obligaciones de secreto profesional.

<sup>83</sup> Ver: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. Op. Cit. p. 8; MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp. 378-381.

<sup>84</sup> Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 13 y las fuentes varias mencionadas ahí.

<sup>85</sup> Estas pueden entrar dentro de un número de fundamentos aceptados en la Convención de Nueva York y muchas leyes sobre arbitraje: una parte se ve imposibilitada de exponer su caso, el procedimiento arbitral no estaba de acuerdo con el acuerdo de las partes o el laudo va contra el orden público del Estado en que el arbitraje tuvo su sede o en que se busca sea ejecutado.

las que el Tribunal Arbitral tiene amplia discrecionalidad<sup>86</sup>, la preocupación persiste sobre el posible cuestionamiento del laudo o la resistencia a su ejecución debido al aspecto sustantivo de orden público del privilegio. Por ejemplo, las Cortes de Nueva York esperan que el Tribunal Arbitral aplique las reglas de privilegio y que de no hacerlo adecuadamente se entenderá que existen bases como para fundamentar la anulación del un laudo<sup>87</sup>. Como se discute líneas abajo, las reglas éticas (que incluyen el privilegio) y su aplicación en ciertas jurisdicciones pueden también generar la intervención de las Cortes durante el proceso arbitral.

Finalmente, incluso si es que la inaplicación de una privilegio en particular no llega a determinar un incumplimiento de una norma perteneciente al ordenamiento de un Estado o un motivo para el cuestionamiento del laudo, las decisiones *ad hoc* tomadas por un Tribunal Arbitral pueden resultar arbitrarias y dar pie a una incertidumbre e inconsistencia que puede afectar la conducta del arbitraje y la confianza que las partes tienen en el procedimiento<sup>88</sup>.

Es importante también recordar que en muchos países las reglas concernientes al privilegio están contenidas en códigos de conducta profesional y estándares éticos. La aplicación de estas reglas no está restringida normalmente al país en que el abogado se titula profesionalmente, sino que tien-

de a seguir al abogado cuando presta servicios legales fuera de su país. Estas reglas pueden afectar la forma en que el juez abordará el caso, su conducta durante el proceso y su habilidad para llevar a cabo órdenes y mandatos del Tribunal Arbitral. Por ejemplo, las reglas sobre el secreto profesional o el privilegio en los códigos de conducta profesional de los abogados, por las que se rigen, modelarán sus visiones de qué documentos están disponibles como parte de la producción de los mismos, cuáles podrían requerir y producir, y qué obligaciones, de haberlas, se aplican a los documentos privilegiados de la otra parte. Además, generalmente se requiere que los abogados que ejerzan en otros estados se atengan a reglas éticas locales<sup>89</sup>.

Hasta la fecha los estándares éticos para los consultores y su aplicación en el arbitraje internacional han recibido relativamente poca atención<sup>90</sup>. Las reglas éticas pueden afectar una serie de aspectos de la conducta del consultor en un arbitraje y, a su turno, el proceso arbitral. Por ejemplo, las reglas éticas pueden aplicarse y afectar conflictos de interés del consultor, el contacto del consultor de una de las partes con el cliente o los empleados del cliente, y el trato y manejo de los documentos privilegiados. Estos ejemplos de obligaciones éticas han generado disputas en el curso del litigio y, en ciertos casos, respecto de los arbitrajes llevados a cabo en los Estados Unidos y en otros lugares<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Ver: POUURET, Jean-François y Sebastien BESSON. Op. Cit. pp. 582-583, quienes señalan que algunas leyes incluyen específicamente dentro de los amplios poderes del Tribunal Arbitral el poder de conducción del arbitraje como considere apropiado, el poder de determinar la admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de la prueba; BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 14-15.

<sup>87</sup> CARTER, James H. "The Attorney-Client Privilege and Arbitration". 2 ADR Currents 1. 1996/97. p. 15; BORN, Gary B. "International Commercial Arbitration". En: "Kluwer Law Internacional. Segunda edición. 2001. pp. 489-490. Es interesante lo que BORN señala: los temas relacionados al privilegio son usualmente fácticos por naturaleza y las Cortes, aplicando la Federal Arbitration Act, tienden a ceñirse a ellas al revisar las determinaciones fácticas del árbitro respecto de las solicitudes de privilegio.

<sup>88</sup> Sobre este punto ver: PARK, William W. Op. Cit. pp. 60-61; PARK, William W. "The 2002 Freshfields Lecture- Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion". En: Arb. Int'l. 19. 2003. p. 279.

<sup>89</sup> Ver, por ejemplo, el artículo 6 de la Directiva 98/5/EC; VEEDER, Van V. "The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith: The 2001 Goff Lecture". En: Arb. Int'l 18. 2002. pp. 432-433; el CCBE, especialmente los artículos 2.3, 2.4, 3.2, 4.1, 4.5, 5.3 y 5.5. El artículo 4.5 deja en claro que las reglas que rigen las relaciones de los abogados con las Cortes también han de aplicarse en sus relaciones con los árbitros. El artículo 4.1 estipula que un abogado debe seguir las reglas de conducta aplicables a una Corte o al Tribunal. En Nueva York, las cortes sostienen que las leyes locales sobre la descalificación de la asesoría por razones éticas se aplica en los arbitrajes que tengan su sede en ese Estado ya que Nueva York tiene el interés más fuerte en la conducta de los abogados en los foro de este Estado. Ver: *Tekni-Plex, Inc. versus Meyner and Landis*, 220 A.D. 2d 326, discutido en el pie de página 92.

<sup>90</sup> Entre los pocos artículos sobre este tema, ver: PAULSSON, Jan. "Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration", American Review of International Arbitration 3. 1992. p. 214; VEEDER, Van V. Op. Cit. Nota 3, *supra*; THOMAS, Peter C. "Disqualifying Lawyers in Arbitrations: Do the Arbitrators Play any Proper Role?". En: American Review of International Arbitration 1. 1990. p. 562; ROGERS, Catherine A. "Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration". En: Michigan Journal of International Law 23. 2002. p. 241; ROGERS, Catherine A. "Context and Institutional Structure in Attorney Regulation: Constructing an Enforcement Regime for International Arbitration". Stanford Journal of International Law 39. 2003.

<sup>91</sup> Por ejemplo, diferentes tribunales arbitrales han llegado a conclusiones contrarias sobre si los estándares éticos son o no aplicables. En un arbitraje ICC, el Tribunal prefirió no aplicar el código de ética del Colegio de Abogados "en el contexto de un proceso arbitral internacional" en el que se pidió la descalificación del abogado de la parte demandada ya que el mismo previamente brindó asesoría a uno de los demandantes sobre la inversión en controversia en ese arbitraje. Una de las defensas presentadas por los demandantes está directamente relacionada con la asesoría previamente ofrecida por su abogado a uno de los demandantes. Ese demandante pidió que se descalificara a tal abogado como representante de los demandantes sobre la base las normas existentes en los códigos civiles y penales, así como también las normas sobre conflictos de interés del código de ética del país del que provenía el demandado y su abogado. El Tribunal decidió que el pedido de descalificación no estaba dentro del alcance de la cláusula arbitral y que esto debía ser visto en un proceso doméstico y separado. Además, el Tribunal, entre otros fundamentos, manifestó tener dudas sobre la aplicación del Código de Ética de un Colegio de Abogados privado en el proceso a su cargo. Por otro lado, en un caso distinto con sede en Nueva York, otro Tribunal Arbitral no dudó en aplicar el código local de ética al rechazar el pedido de exclusión del abogado. Ver: GRIGERA NAÓN, Horacio. "Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration". Cursos recopilados de la Academia de Derecho Internacional de la Haya. Volumen 289. 2001. pp. 157-161.

En Nueva York las cortes intervienen para aplazar los procedimientos arbitrales y así lidiar primero con las solicitudes de una de las partes que buscan que los asesores de la parte contraria sean descalificados sobre la base de fundamentos éticos<sup>92</sup>.

Un buen ejemplo de cuándo es que las reglas éticas pueden afectar la integridad y justicia de un procedimiento es el trato y uso de documentos privilegiados de la parte contraria cuando son revelados inadvertidamente u obtenidos fuera del proceso de producción de documentos. Este tema ha recibido atención sustancial en las Cortes de una serie de jurisdicciones regidas por el *Common*

*Law*. En estos casos, las Cortes han sostenido que no seguir las reglas éticas sobre cómo los documentos privilegiados de la parte contraria deben ser manejados al ser revelados inadvertidamente u obtenidos fuera del procedimiento de descubrimiento puede afectar la integridad y justicia de los procedimientos así como a la administración de justicia. Una serie de decisiones han llevado a la exclusión de documentos privilegiados de las pruebas, la descalificación del abogado y, en casos extremos, a la desestimación de la pretensión de la parte que ha participado en la obtención impropia y uso de documentos e información privilegiados<sup>93</sup>. La experiencia indica que los mismos tipos de problemas pue-

<sup>92</sup> Ver: *Bidermann Industries Licensing Inc. versus Avmar N.V., N.Y.L.J.* 1990, p. 23. (*Sup. Ct. N.Y. Co. 1990*), *aff'd. 570 N.Y.S. 2d 33 (1<sup>st</sup> Dept. 1991)*). En ese caso, el abogado de los demandantes pidió la descalificación del abogado de los demandados porque éste había representado previamente a uno de los demandantes del arbitraje. Los demandados recurrieron a las Cortes para pedir la interrupción del arbitraje porque consideraban que el Tribunal Arbitral no podía decidir sobre las obligaciones éticas del abogado por ir en contra del orden público de Nueva York. La Corte interrumpió el arbitraje sobre la base de que la cuestión de la descalificación de uno de los abogados involucraba "largamente un interés importante público" y que "(...) la regulación sobre los abogados, y la determinación sobre si los clientes ya no han de contar con el abogado de su elección debido a responsabilidades profesionales y obligaciones éticas, implican intereses públicos fundamentales y políticas que deben ser reservadas a las Cortes y no materia del arbitraje". Esta decisión fue confirmada en la apelación. Ver: THOMAS, Peter C. "Disqualifying Lawyers in Arbitrations: Do the Arbitrators Play Any Proper Role?". En: *American Review of International Arbitration*. 1991. pp. 562 y 565-566. El autor presenta una crítica muy dura sobre la decisión *Bidermann* y desarrolla el argumento convincente al sustentar que una solicitud de descalificación de un abogado por conflictos de intereses (u otros incumplimientos de obligaciones éticas) entre las partes de un arbitraje deben ser decididas por el Tribunal Arbitral para poder asegurar la justicia del proceso. Desde el punto de vista de Thomas, los árbitros tienen poderes directos e indirectos para regular la conducta de los abogados. Él considera que el Código de Responsabilidad Profesional que hace que los abogados estén obligados a actuar éticamente en los arbitrajes así como también en los procesos llevados en las Cortes otorga directamente poderes a los árbitros para ver la conducta del abogado (pp. 576-577). Ver además: *Tekni-Plex Inc. versus Meyner and Landis*, 220 A.D. 2d 326 (*Sup. Ct. N.Y. A.D. 1995*), en donde la corte confirma la decisión de una instancia menor en la que se descalifica a un estudio de abogados para ejercer la representación de una de las partes de un arbitraje, apoyados por el American Arbitration Association, por la existencia de un conflicto de interés. En su decisión, la Corte sostuvo que la ley de Nueva York, ley del foro, se aplicaba a la cuestión del conflicto de interés y la descalificación.

<sup>93</sup> En los Estados Unidos ver, por ejemplo: *In re Beiny*, 517 N.Y.S.2d 474 (*App. Div. 1<sup>st</sup> Dept 1987*) (el abogado fue descalificado por el uso y la obtención impropia de documentos privilegiados excluidos de las pruebas); *Fayemi versus Hambrecht & Quist*, 174 F.R.D. 319 (*S.D.N.Y. 1997*) (información confidencial impropriamente obtenida fue excluida de las pruebas; se dieron mayores sanciones por la mala conducta de la parte); *Sgambellone versus Wheatley*, 630 N.Y.S.2d 835 (*Sup. Ct. Schenectady County 1995*) (el abogado obtuvo indebidamente historiales médicos excluidos de las pruebas. Se impuso al abogado una multa pero no se lo descalificó debido a la naturaleza de la información y el estadio del proceso); *Stephen Slesinger, Inc. versus Walt Disney Co.*, No. BC022365, 2004 WL 612818 (*Cal. Super. Ct. Mar. 29, 2004*) (el demandante contrató a un investigador privado para adquirir secretamente documentos confidenciales privilegiados, muchos de los cuales tenían esa característica. El agente del demandante violó la propiedad del defendido para rebuscar la basura y así obtener los documentos. El demandante y sus abogados circularon los documentos y los revisaron al detalle. La pretensión del demandante fue sobreseída con posibilidad de apelación); *Herrera versus Clipper Group*, Nos. 97-CIV-560, 97-CIV-561, 1998 WL 229499 (*S.D.N.Y. May 6, 1998*) (el demandante obtuvo indebidamente documentos confidenciales/privilegiados fuera del proceso de *discovery* con conocimiento del abogado. El demandante solicitó pagar los costos pero pidió que no se descalificara al abogado. La información no privilegiada fue admitida); *MMR/Wallace Power & Industrial, Inc. versus Thames Associates*, 764 F. Supp. 712 (*D. Comm. 1991*) ("(...) si una Corte concluye que la violación de los estándares éticos del abogado amenaza con afectar la integridad del proceso adversarial, debe tomar medidas apropiadas, incluyendo a la descalificación, para eliminar tal problema. El abogado se contactó con un ex empleado de confianza de la parte contraria que dio información privilegiado respecto de la preparación del proceso y la estrategia". El abogado fue descalificado); *Maldonado versus New Jersey*, *Civ. A. No. 03-4703*, 2004 WL 2904898 (*D.N.J. 2004*) (el demandante obtiene de forma inexplicable un memorando interno del defendido importante y privilegiado. El abogado no sigue la norma de conducta profesional que indica "dejar, notificar y devolver" y revisa el documento. El abogado fue descalificado). En estos casos, la atención principal de las Cortes está en el efecto de la conducta impugnada sobre la justicia e integridad del procedimiento y el perjuicio a la otra parte antes que el incumplimiento de una norma ética por sí misma. Una serie de Cortes han distinguido entre estos casos y su jurisdicción en procesos disciplinarios promovidos por los Colegios de Abogados por el incumplimiento de reglas éticas. Para casos canadienses similares ver: *National Bank Financial Ltd. versus Daniel Potter*, 2005 NSSC 113 ("La importancia subyacente de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados-clientes no es menos importante en el contexto del Derecho Civil que en el del Derecho Penal. Una vez que el abogado sabe que tiene en su poder comunicaciones del abogado de la otra parte y su cliente o al menos pueda entender razonablemente que está en posesión de tal comunicación, debe dejar de ver los documentos. Debe alertarse a todos los potenciales beneficiados con el privilegio para así darles una oportunidad razonable de ejercitar el privilegio". El abogado fue removido por no cumplir con este requerimiento. Los documentos privilegiados fueron excluidos de las pruebas). *Nova Growth Corp. versus Kapinski*, 2001 O.J. No. 5993; *Celanese Canada Inc. versus Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, en donde la Corte Suprema de Canadá sostuvo en el contexto de la ejecución de una orden *Anton Piller* que la protección de las confidencias entre el abogado y su cliente es un asunto de gran importancia y que la violación del privilegio no necesita ser el resultado de una mala conducta extrema para lograr la descalificación del abogado. Como el abogado que obtuvo los documentos privilegiados de la otra parte no cumplió con demostrar que no se usaría información privilegiada, fueron descalificados. Para revisar casos ingleses, por ejemplo: *Ablitt versus Mills & Reeve*, *The Times*, 25 October 1995; *English and American Insurance Co. Ltd. & Ors versus Herbert Smith & Co.* En: *New Law Journal*. 1987. p. 148; *Ridehalgh versus Horsefield*, (1994) Ch. 205, (1994) 3 All. E.R. 848.

den y han de surgir en el arbitraje internacional<sup>94</sup>.

Cuando estos problemas suceden en un arbitraje, el Tribunal Arbitral debe entenderlos como parte de su jurisdicción sobre el proceso y de su deber de dar un trato igualitario y justo a las partes. La atención de la investigación y determinación del Tribunal Arbitral debe ser la justicia e integridad del proceso. Si bien la aplicación de reglas éticas contenidas en códigos profesionales e instrumentos similares o la sanción de infracciones a los mismos no es parte del deber del Tribunal, esto no significa que estas reglas resulten irrelevantes para la determinación de los asuntos relacionados con los privilegios. Como fue mencionado anteriormente, en muchos países las reglas del privilegio o de secreto profesional están contenidas en reglas de conducta profesional y códigos de ética.

Asimismo, las normas de carácter ético se entienden generalmente destinadas a asegurar los intereses de la justicia y que ciertos estándares de integridad y justicia se cumplan. Como resultado, pueden servir para demostrar el estándar de justicia en el proceso que el Tribunal aplica en el arbitraje internacional. Esto puede ser así particularmente ahí donde el estándar ético es compartido por los abogados de ambas partes y pasará a formar partes de las expectativas comunes de las partes y sus defensores, por ejemplo en el caso del manejo de documentos privilegiados de la parte contraria. Aun así, estas obligaciones éticas también serán relevantes donde haya estándares éticos distintos para los abogados y se necesite que el Tribunal establezca un estándar que trate a las partes justa e igualmente.

Es muy probable que el privilegio legal surja en un arbitraje durante el curso de la producción de

documentos o en el proceso de admisión y evaluación de las pruebas. El manejo que realice el Tribunal Arbitral sobre estos asuntos durante estas fases del proceso puede lograr que las Cortes intervengan durante el proceso arbitral o que se cuestione el laudo en desmedro de la aplicación del mismo.

#### a. Producción de documentos

El privilegio es una razón reconocida para resistirse a la producción de un documento o información en la producción de éstos. Esto se indica así, por ejemplo, en el artículo 9(2)(b) de las Reglas IBA sobre la Obtención de Pruebas.

Dependiendo de las circunstancias del arbitraje, incluida la identidad de las partes, su abogado y los miembros del Tribunal Arbitral, la cuestión del privilegio o la inmunidad frente a la revelación debido al principio del *secret professionnel* puede nunca surgir. Esto puede deberse a que no existen documentos relevantes que puedan estar sujetos a protección o porque ambas partes y su defensa son de jurisdicciones regidas por el Derecho Civil y no consideran que la producción de documentos sea relevante o necesaria. Por otro lado, en un arbitraje entre partes regidas por el *Common Law* o entre partes representadas por abogados que ejercen dentro del *Common Law*, quizá compartan un enfoque parecido de la producción de documentos e intercambien solicitudes de producción de documentación sustancial y listas de documentos sobre los que solicitan privilegio.

En cualquier situación, las expectativas de las partes y los abogados pueden ser similares y puede que no se susciten disputas respecto de los privilegios o, en caso se suscitasen, los principios aplicables pueden ser iguales o similares y por tanto el Tribunal tendrá muy poca dificultad para deter-

<sup>94</sup> Pruebas anecdóticas indican que las partes intentan usar documentos o información que la parte contraria considera que es confidencial o privilegiada. El mejor ejemplo bien puede ser el uso de documentos o información intercambiada en el curso de las negociaciones entre las partes. Parece haber un consenso relativamente amplio sobre el hecho que éstas son cubiertas por una "settlement privilege" y que usualmente son excluidas de la prueba. Ver por ejemplo: BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 13-14. Además, estos documentos e información son usualmente vistos como irrelevantes (de marginal importancia) para los asuntos del Tribunal Arbitral. Otro ejemplo es cuando una parte obtiene documentos internos privilegiados y confidenciales de la otra parte a través de una revelación inadvertida de esa parte de forma indebida, incluyendo el hurto, la entrada no autorizada a la propiedad privada o contacto inapropiado con los empleados de la otra parte. En algunos casos la forma en que los documentos privilegiados o confidenciales fueron obtenidos permanecen sin explicar y el Tribunal debe lidiar con la difícil tarea de investigar al respecto. Una serie de escenarios son tocados en los casos citados en el pie de página 93, particularmente en la abundante jurisprudencia de Estados Unidos. Un ejemplo de un arbitraje entre un inversionista y el Estado es la decisión tomada en Methanex Corporation y los Estados Unidos, en donde se pidió al Tribunal que prestara atención a la admisibilidad de documentos que se alegaron fueron obtenidos ilegalmente, incluyendo la entrada a la propiedad privada sin autorización para obtener documentos confidenciales de la basura del agente de una de las partes. Ver la Parte II. c. 1. "The USA's Application for the Exclusion of Certain of Methanex's Evidence". En su fallo, el Tribunal decidió que cierta documentación fue obtenida ilegalmente y que sería inapropiado permitir la introducción de tal evidencia en violación de un deber general de buena fe que incumbía a todos los que participaron en el Arbitraje Internacional: Ver la parte II. c.1. puntos 58-59. El laudo puede encontrarse en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MethanexFinalAward.pdf>.

minar la regla aplicable y, así, emplearla con los hechos en disputa.

No obstante, hay más posibilidades de que se incrementen las dificultades cuando las partes tienen expectativas distintas respecto del privilegio y confían en reglas distintas. El Tribunal puede luego verse obligado a elegir la regla aplicable para determinar la existencia de objeción alguna a la producción de un documento importante. Como ya ha sido discutido, el Tribunal tendrá ante sí una serie de posibilidades y deberá tener en cuenta que puede haber pedidos de producción de documentos que emanen de ambas partes y que los privilegios pueden incluso ser solicitados durante la exposición de prueba documentaria o durante el curso de las audiencias y, por tanto, la consecuencia entre sus decisiones será muy importante. No considerar o aplicar las reglas de privilegio apropiadas en un estadio de la producción de documentos del proceso puede dar pie a que se cuestione el laudo o a que no se ejecute. Si el Tribunal no tiene en cuenta una regla de privilegio o no la aplica, la parte que se resiste a la producción del documento puede negarse a presentar tal documento en cualquier escenario, lo que puede llevar a una inferencia adversa o a pensar que se ha realizado la misma, y generar así un cuestionamiento. Alternativamente, la parte opositora puede sentirse obligada a revelar la información o documentos que alega están privilegiados y que luego cuestione el laudo sobre la base de una revelación coercitiva.

De otro lado, si es que el Tribunal aplica la regla de privilegio y exonera el documento o información de ser revelado, debe considerar que la solicitud fue hecha de buena fe y si es que el privilegio se puede aplicar. En caso contrario, una de las partes podrá usar el privilegio como una excusa para acusar al Tribunal de una impropia ocultación de documentación relevante. Si esto ocurriese, podría dar pie a un cuestionamiento del laudo dependiendo de la naturaleza de los documentos

ocultados y de si tal ocultamiento resultó ser una injusticia sustancial<sup>95</sup>.

Otro aspecto de la dispensa que puede llegarse a tratar en el curso de la producción de documentos es cómo debe tratar el abogado a los documentos privilegiados de la parte contraria que puedan llegar a sus manos durante la etapa de producción y recolección de documentos. En algunas jurisdicciones regidas por el *Common Law*, los códigos de conducta profesional o reglas éticas similares requieren que el abogado a cuyas manos ha llegado un documento que parece estar privilegiado bajo circunstancias en las que es claro que no se ha querido que los reciba, ha de abstenerse de examinar los materiales, notificar al abogado que los envió y atenerse a las instrucciones del mismo. Cualquier disputa sobre el uso de los documentos y su admisibilidad como pruebas debe entonces llevarse a las cortes o en un tribunal competente. Las mismas reglas se aplican a un abogado cuyo cliente produce documentos que aparentan estar legalmente protegidos y el abogado sabe que los documentos no han sido obtenidos en el proceso de descubrimiento<sup>96</sup>. Las Cortes que han lidiado con este deber han descubierto que el incumplimiento de obligaciones éticas como lo es el tratar de cierta forma a los documentos privilegiados puede afectar fundamentalmente la justicia e integridad del procedimiento<sup>97</sup>. En ciertos casos las Cortes han descalificado al abogado o han ido tan lejos como desestimar la demanda o la defensa de una parte por incumplimiento de su deber relativo al trato de documentos privilegiados. Una conducta similar puede darse en el contexto del arbitraje y podría afectar la integridad fundamental y justicia del procedimiento y, de ser descubierto, requiere que el Tribunal tome los pasos necesarios para proteger o reestablecer la justicia en el proceso. Alternativamente, el asunto podrá ser llevado ante las Cortes, bien durante el curso del procedimiento arbitral o como una forma de cuestionar el laudo o resistirse a su ejecución<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Para este tema ver la decisión de la Corte Comercial de Inglaterra en *Profilati Italia S.r.L. versus Paine Webber Inc.* 2001. Informe de Lloyd. pp. 715-720, en donde un documento importante que debió ser revelado fue escondido deliberadamente y, como resultado, el Tribunal falló a favor de la parte que escondió el documento. La Corte puede considerar que el laudo iba en contra del orden público y era sujeto a anulación. Ver también VEEDER, Van V. Op. Cit. pp. 442-443, en donde el autor se refiere a este caso y sugiere que esconder deliberadamente documentos importantes constituye mala fe y un incumplimiento del deber de buena fe que rige el arbitraje. Veeder menciona que este caso es un ejemplo de la ampliación de la excepción de orden público de la sección 68(2)(g) del *Arbitration Act* de 1996.

<sup>96</sup> Estas reglas son discutidas en una serie de decisiones citadas en el pie de página 93.

<sup>97</sup> Este efecto no se limita a la admisión de los documentos probatorios sino que ha sido interpretado como incluyendo la adquisición simple de la información dispensada y su uso en el interrogatorio o al formular una estrategia.

<sup>98</sup> Sobre esto, ver las decisiones citadas en el pie de página 92. En éstas las Cortes de Nueva York interrumpieron el proceso arbitral para resolver las solicitudes de descalificación de un abogado por incumplimiento de obligaciones éticas relacionadas con conflictos de intereses.

Mientras tanto estos problemas relacionados con el manejo inadecuado de los documentos privilegiados (o posiblemente otros incumplimientos de obligaciones éticas como la de evitar conflictos de interés al incumplir con el deber de lealtad de abogado al cliente) son excepcionales y sirven para ilustrar la relación entre las reglas éticas y la justicia en el proceso, y su posible impacto en el arbitraje internacional. Ellos muestran también que las Cortes nacionales han manejado estos temas en términos de justicia procesal fundamental y de normativa pública, por tanto han tratado incumplimientos de obligaciones éticas que afectan muy seriamente la justicia del procedimiento. En estas circunstancias, los tribunales arbitrales y los abogados deben dar importancia a estos asuntos.

Además, incluso si la desigualdad en la aplicación de las reglas de privilegio o de incumplimiento de obligaciones éticas relacionadas no es de tanta magnitud como para cuestionar la validez del laudo, el entendimiento de las reglas aplicables desde el comienzo del arbitraje contribuirá mucho con la eficiencia del proceso y la satisfacción de las partes. En lo que concierne la producción de documentos esto servirá para permitir que los abogados y el Tribunal identifiquen el alcance de las solicitudes de producción de documentos, objeciones permisibles y cómo solicitar o manejar el privilegio.

#### **b. Admisión y valoración de las pruebas**

Los temas discutidos relacionados con el privilegio y la producción de documentos se aplican en general en lo relacionado con la admisión y evaluación de las pruebas. Usualmente, los asuntos concernientes a la producción de documentos no se hacen aparentes hasta el estadio en que las pruebas son ofrecidas por las partes o los testigos son interrogados en la audiencia. Esto suele ser una sorpresa e interrumpen la audiencia.

#### **c. Intervención de las Cortes**

El fundamento elemental para que las cortes se inmiscuyan en los asuntos del privilegio en un arbitraje internacional es que se haya dado un in-

cumplimiento del deber del Tribunal de tratar a las partes de forma igualitaria y justa. Esta situación puede generarse si es que el Tribunal no aplica la misma regla sobre el privilegio a ambas partes y, por tanto, resultan siendo tratadas desigualmente. Alternativamente, la aplicación de la misma norma sobre el privilegio puede resultar en una injusticia a una de las partes al evitar que tal parte pueda hacer uso de una regla más amplia y favorable que legítimamente esperaba aplicar, lo que resulta en la negación de la justicia básica procesal, desde el punto de vista de la Corte que revisa el fallo.

La otra posibilidad es que el no aplicar la regla de privilegio específica puede ser visto por las Cortes como un incumplimiento del orden público en el arbitraje o por las Cortes al momento de ejecutar el laudo. Hasta la fecha parece no haberse reportado casos en los que se hayan dado cuestionamientos en este punto en específico.

De cualquier manera la amplia discrecionalidad dada a los árbitros en las legislaciones nacionales y normas internacionales para conducir los procesos arbitrales adecuadamente en la ausencia de un pacto de las partes, incluyendo la admisibilidad y valoración de las pruebas, requiere una prueba clara de que el Tribunal Arbitral erró al no considerar aplicables las reglas de privilegio y que por tanto se cometió una injusticia respecto de una de las partes, de tal forma que afectó el laudo. En la mayoría de los casos éste es un estándar muy difícil de lograr. Sin embargo, la posibilidad de que ocurran cuestionamientos en cualquiera de los dos escenarios no puede ser ignorada.

La intervención de las Cortes respecto de los privilegios surgidos en un arbitraje se da principalmente mediante la apelación del laudo o por la resistencia a su aplicación. Si bien es posible que las Cortes intervengan durante el curso del arbitraje, como se ha demostrado en los casos de Nueva York mencionados previamente<sup>99</sup>, es muy probable que esto no suceda en las jurisdicciones que han adoptado la Ley Modelo UNCITRAL u otras con provisiones similares a las de ese modelo en lo referente a la intervención de las Cortes. Ba-

<sup>99</sup> Ver los casos *Bidermann* y *Tekni-Plez* referidos en el pie de página 92. Debido al enfoque favorable al arbitraje adoptado por las Cortes estadounidenses a partir de estos casos, uno se pregunta si es que estos casos se deciden de igual forma hoy en día. Seguramente la conducta del abogado y sus efectos en el proceso arbitral deben ser solucionados en primer lugar por el Tribunal Arbitral, cuyo deber es asegurar la integridad y justicia del proceso. La decisión del Tribunal puede ser revisada después de que el laudo es emitido, mediante una apelación o resistiéndose a su ejecución. La aplicación de reglas éticas como éstas y como la disciplina deben permanecer como un asunto de mucha relevancia para los colegios profesionales o las cortes donde forman parte del régimen para la aplicación de los códigos éticos y de la disciplina del abogado. Sobre un tema más amplio, interesante y desafiante, como lo es el de las reglas éticas para los abogados en el arbitraje internacional, ver: ROGERS, Catherine A. Op. Cit.; y, THOMAS, Peter C. Op. Cit.

jo ese modelo, la intervención de éstas se excluye, con excepción de los casos en que la ley disponga lo contrario específicamente y no haya normas que regulen la intervención durante el proceso. En realidad, el artículo 19(2) establece que en ausencia de acuerdo de las partes sobre el procedimiento a seguir, el Tribunal tiene discrecionalidad para conducir el arbitraje de la forma que considere apropiada, incluyendo el poder de determinar la admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de la prueba.

## V. ¿ARMONIZAR LAS NORMAS ES LA SOLUCIÓN?

La incertidumbre que rodea cómo tratar la compleja noción de los privilegios en un caso determinado ha dado pie al familiar debate sobre la necesidad de universalizar las reglas o estándares<sup>100</sup>. Algunos autores favorecen una mayor armonización de las normas de privilegio<sup>101</sup>, un mayor desarrollo de las reglas transnacionales<sup>102</sup> o una serie de reglas de privilegio autónomas en el arbitraje internacional<sup>103</sup>. Otros, al ver los lineamientos generales o el consenso que ha sido logrado a la fecha y los peligros de normativa ilimitada, concluyen que no hay necesidad de una mayor armonización<sup>104</sup>. A su vez, otros sostienen que los lineamientos no ayudan y que se debe preservar la máxima discrecionalidad y flexibilidad del Tribunal. No es sorprendente entonces que cada una de las posiciones tenga méritos y que el desafío sea encontrar el balance apropiado entre la predictibilidad y la flexibilidad.

A pesar del reconocimiento general de la naturaleza sustantiva del privilegio, su importancia y la de algunos aspectos comunes de la protección otorgada por el privilegio, no puede decirse que existe un grupo armónico de reglas de privilegio o que sea factible su creación en el corto plazo. Si bien han empezado a nacer principios generales, las nociones sobre el privilegio están tan imbuidas

en los sistemas legales nacionales y en el orden público, y son de naturaleza demasiado detallada como para permitir un progreso significativo en el desarrollo de reglas más detalladas en el futuro próximo. Todavía queda mucho por decir sobre un posible conjunto de reglas autónomas que traten el privilegio en el arbitraje internacional, siempre y cuando la flexibilidad y discrecionalidad sean mantenidas, y esto requerirá alejarse de los contextos legales nacionales en los que las nociones existentes del privilegio o del secreto profesional han sido desarrolladas.

Las normas sobre el privilegio como las conocemos han sido desarrolladas dentro de los sistemas legales nacionales y reflejan el orden público de tales sistemas, como por ejemplo, la ley criminal o la ley de competencia. Cuando las partes eligen ir a un arbitraje están optando por una alternativa distinta a los sistemas legales nacionales y a los métodos seguidos en su proceso civil, incluida la materia probatoria. El contexto en que los árbitros internacionales aplican las nociones sobre privilegio en una disputa internacional es muy diferente a las de las Cortes nacionales. Los Tribunales Arbitrales deben centrarse primariamente en las partes y en asegurar que su controversia sea resuelta de forma justa dentro de las circunstancias específicas de cada caso. Las reglas autónomas sobre el privilegio deberán reflejar esta perspectiva y ser lo suficientemente flexibles como para acomodar la diversidad del arbitraje internacional. Asimismo, el desarrollo exitoso de estas reglas requerirá apartarse de la noción de "expectativas legítimas" de una parte fundamentadas sobre la base de sus reglas nacionales de privilegio y moverse hacia expectativas comunes de las partes relacionadas con lo que constituye un trato justo en el arbitraje internacional.

Cualquier grupo de normas armonizado tendrá que ser de naturaleza general, de forma tal que pueda lograr una aceptación suficiente. Esto

<sup>100</sup> Para un buen desarrollo de este debate al nivel más amplio de las Reglas IBA sobre pruebas ver: GUNTER, Pierre-Yves. "Transnational Rules on the Taking of Evidence". En: GAILLARD, Emmanuel. "Towards a Uniform International Arbitration Law". 2005. pp. 129-161.

<sup>101</sup> VOSER, Nathalie. "Harmonization by Promulgating Rules of Best International Practice in International Arbitration". *Schieds VZ* 3. 2005. p. 118.

<sup>102</sup> MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp. 380-383; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. Op. Cit. p. 21.

<sup>103</sup> VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 774.

<sup>104</sup> BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 18-19. El autor entiende que se ha logrado un "consenso pragmático" respecto de cuatro puntos esenciales: 1. las cuestiones relacionadas con los privilegios deben ser calificadas como cuestiones de derecho sustantivo; 2. la cláusula estándar de las partes en el contrato sobre elección de la ley aplicable usualmente no se extiende a los temas de privilegios probatorios; 3. al determinar la ley aplicable a ciertas cuestiones de privilegios probatorios, el Tribunal deberá aplicar la ley de la jurisdicción con la que la comunicación relevante tiene la conexión más cercana; por ejemplo, la ley del lugar en que la parte desarrolla sus negocios; y, 4. el Tribunal podrá excluir pruebas de ambas partes que están privilegiadas bajo la ley de una parte y no bajo la ley de la otra, sobre la base de consideraciones de justicia e igualdad.



deberá ser así particularmente en el caso del privilegio, debido a la naturaleza altamente ligada a los hechos y a la especificidad de las circunstancias con que los privilegios surgen. Los escenarios descritos en páginas anteriores demuestran esto ampliamente. Es muy improbable que reglas armonizadas y detalladas tomen en cuenta el crisol de escenarios en que el privilegio puede surgir dentro del marco de una transacción internacional y, por tanto, es también muy difícil que puedan ser puestas en práctica<sup>105</sup>. Como resultado, las reglas armonizadas que eventualmente puedan desarrollarse continuarán jugando un papel importante.

Lineamientos generales y flexibles combinados con discrecionalidad arbitral serán suficientes para manejar satisfactoriamente la mayoría de asuntos relacionados con el privilegio. Aunque la cuestión del privilegio puede ser problemática, no siempre surge. Además, el privilegio comúnmente puede ser evitado o reducido tomando un enfoque práctico. Es importante recordar que el privilegio recurre a pruebas relevantes que de otra forma serían admisibles. La documentación o información respecto de las que se han solicitado privilegios son generalmente irrelevantes o inmateriales, y por tanto puede ser excluidas de la prueba por estos fundamentos. Así, un enfoque acumulativo de las reglas sobre el privilegio a aplicarse en cualquier situación puede identificar suficientes áreas comunes como para resolver el privilegio sin tener que aplicar una regla y excluir a las otras. Finalmente, un enfoque saludablemente escéptico de las solicitudes de privilegio puede ayudar a eliminar acciones frívolas, particularmente si este enfoque se realiza en etapas tempranas del proceso y aplicadas de forma consecuente por el Tribunal.

La predictibilidad en el régimen del privilegio a aplicarse dentro del arbitraje puede ser incrementada con la consideración y discusión temprana de la situación desde el principio de proceso. Un análisis anticipado de la naturaleza del caso, las partes involucradas, los antecedentes y la experiencia de los abogados usualmente dará una orientación útil sobre la naturaleza de los privilegios que surjan, si lo hacen. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal o la parte puede cuestionar las reglas sobre el privilegio aplicables a la controversia.

Mientras esto puede no resultar útil o necesario en todos los casos, considerar el tema del privilegio puede llevar a un acuerdo entre las partes, particularmente si ésta surge antes de que comience la etapa de actuación de pruebas o, dependiendo del procedimiento adoptado, si una de las partes interpone la demanda. Esto puede llevar a un acuerdo general sobre las reglas aplicables. Si no es posible, la discusión antelada entre el Tribunal y las partes puede lograr que se llegue a un acuerdo sobre el procedimiento para manejar las solicitudes. Por ejemplo, las partes podrán acordar en cómo y cuándo las invocaciones del secreto profesional se pedirán, la particularidad con que los documentos sobre los que se pide privilegio deben ser identificados y si el Tribunal deberá conducir *in camera* la revisión de los documentos respecto de los cuales se ha pedido el privilegio o si otros procedimientos han de ser adoptados. En caso no se diera acuerdo entre las partes en estos puntos, el Tribunal debería considerar la utilidad de proveer directivas en un estadio temprano. Si los asuntos son identificados y solucionados tempranamente, muchos de los problemas que pueden surgir de un conflicto de reglas de privilegio y culturales pueden evitarse o reducirse.

Dada la gran diversidad del régimen del privilegio y la variedad de las situaciones y disputas que pueden surgir en el arbitraje internacional, los lineamientos generales y las etapas procesales delineadas con antelación pueden quizá no abarcar todos los problemas espinosos que surgen en un arbitraje. Después de todo, casos especiales y difíciles siempre van a existir. Estos serán resueltos de mejor manera con el enfoque flexible que es distintivo del arbitraje internacional: el ejercicio de la discrecionalidad arbitral guiada por el principio de trato justo e igualitario a las partes.

## VI. BIBLIOGRAFÍA SELECTA

### a. Privilegio probatorio en la conducción del arbitraje internacional

1. BURN, George y Zara SKELTON. "The Problem with Legal Privilege in International Arbitration". *Arbitration* 72. 2006. p. 124.
2. FRY, J.A. "Without Prejudice and Confidential Communications in International Arbitration".

<sup>105</sup> SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. p. 637. Por ejemplo, cuestiones como la calificación legal de la asesoría interna, la vigencia de la pertenencia al Colegio de Abogados en una o más jurisdicciones y la determinación del lugar en que las recomendaciones fueron brindadas se convertirán muy probablemente en desafíos formidables para el establecimiento de una norma uniforme.

- En: When Does Procedural Flexibility Erode Public Policy?. *International American Law Report*. 1998. p. 209.
3. GALLAGHER, Norah. "Legal Privilege in International Arbitration". *International American Law Report*. R. 2003. p. 45.
  4. M. HILL, Allison. "A Problem of Privilege: In-House Counsel and the Attorney-Client Privilege in the United States and the European Community". 27 *Case W. Res. J. Int'l L.* 1995. p. 145.
  5. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. "Globalization of Arbitral Procedure". 36 *Vand. J. Transnat'l L.* 2003. p. 1313.
  6. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. "Discovery In International Arbitration: How Much Is Too Much?". *Schieds VZ* 17. 2004.
  7. MOSK, M. Richard y Tom GINSBERG. "Evidentiary Privileges in International Arbitration". *International and Comparative Law Quarterly* 50. 2001. p. 345.
  8. H. RUBINSTEIN, Javier y Britton B. GUERRINA. "The Attorney-Client Privilege and International Arbitration". *American Review of International Arbitration*. 2001.
  9. SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. "Privilege across borders in arbitration: multi-jurisdictional nightmare or a storm in a teacup?". *Swiss Arbitration Association* 23. 2005. p. 4.
  10. F. VAGTS, Detlev. "Notes and Comments The International Legal Profession: A Need For More Governance". 90 *American Journal of International Law* 90. 1996. p. 250.
  11. VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. "Conflict of Legal Privileges in International Arbitration: An Attempt to Find a Holistic Solution". EN: AKSEN, Gerald et al. "Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution". Paris: International Chamber of Commerce, 2005.
  12. YANOS, Alexander A.. "Problems Arising from the Interplay of Common Law and Civil Law in International Arbitration: Defining the Scope of the Attorney-Client Privilege". Presentación del 15 y 17 de Noviembre de 2005 publicada en: *Transnational Dispute Management*. Volumen 3. 2006. Además, disponible en: <http://www.transnational-dispute-management.com>.
  14. BAUDOUIN, J.L. "Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve". Paris: L.G.D.J. 1965.
  15. D. MANES, Ronald y Michael P. SILVER. "Solicitor-Client Privilege in Canadian Law". Toronto: Butterworths. 2001.
  16. BURCKHARDT, Peter. "Legal Professional Secrecy and Privilege in Switzerland". En: *International Litigation News* 33. Octubre del 2004. International Bar Association, diario del Comité internacional de litigio de la Sección de Derecho Empresarial. Disponible en: <http://www.ibanet.org> (última visita en enero de 2006).
  17. MARZORATI, Osvaldo J. "Privilege and Professional Secrecy: The Civil Law Model". *Paper* presentado ante el International Bar Association, Sección de Resolución de Disputas. 2005 (*paper* inédito ubicado en los archivos del autor).
  18. MCKERRY, M. "Bridging Ethical Borders: International Legal Ethics With an Islamic Perspective". *Texas International Law Journal* 35. 2000. p. 289.
  19. PLC GLOBAL COUNSEL. "Privilege: A World Tour". 2004-2005. En: <http://www.practicallaw.com/aboutglobal> (última visita en enero de 2006).
  20. RAESCHKE-KESSLER, Hilmar. "The Production of Documents in International Arbitration - A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence". *Arbitration International* 18. 2002. p. 411.
  21. SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. "Evidentiary Privileges in International Arbitration". En: *Arbitration and ADR* 3. Volumen 5. 2000. (Diario del Comité D, Sección de Derecho Empresarial del International Bar Association). Disponible en: <http://www.ibanet.org> (International Bar Association) (última visita en enero de 2006).

#### Canadá

22. SOPINKA, John et al. "The Law of Evidence in Canada". Segunda edición. Toronto: Butterworths. 1999.
23. SOPINKA, John et al. "The Law of Evidence in Canada". Segunda edición. Toronto: Butterworths. 2004.
24. *Smith versus Jones*. 1 S.C.R. 455. 1999.

#### Québec

25. ROYER, Jean-Claude. "La preuve civile". Tercera edición. Cowansville: Yvon Blais. 2003.
26. *Banque Paribas (Suisse) S.A. versus Wightman*. 1997. *Montreal* 500-09-002739-969, J.E. 97-306 (C.A.).

#### b. Privilegio "abogado-cliente"

13. HAZARD C., Geoffrey. Jr. "An Historical Prospective on the Attorney-Client Privilege". *California Law Review* 66. 1978. p. 1061.

27. *Frenette versus Metropolitan Life Insurance Co.* 1 S.C.R. 647. 1992.
28. *Foster Wheeler Power Co. Societe intermunicipale de gestion et d'elimination des dechets (SIGED) inc.* 1 S.C.R. 456. 2004.
- c. Privilegios y asesoría interna**
29. PRACTICAL LAW COMPANY. "A Guide to In-House Legal Privilege". 2006. Cross-border Quarterly. Disponible en: <http://www.practicallaw.com> (última visita el 27 de enero de 2006).
30. EUROPEAN COMPANY LAWYERS ASSOCIATION. "The Case for In-House Legal Privilege in EC Law". En: <http://www.ecla.org> (última visita el 2 de febrero de 2006).
31. EUROPEAN COMPANY LAWYERS ASSOCIATION. "In-House Legal Privilege Needed with Modernization of EC Competition Law: August 2003 Position Paper". En: <http://www.ecla.org> (última visita el 2 de febrero de 2006).
32. EUROPEAN COMPANY LAWYERS ASSOCIATION. "In-House Legal Privilege Needed with Modernization of EC Competition Law: December 2000 Position Paper". En: <http://www.ecla.org> (última visita el 2 de febrero de 2006).
33. LEX MUNDI. "In-House Counsel and the Attorney-Client Privilege" (Multi-Jurisdictional Survey). En: [www.lexmundi.com](http://www.lexmundi.com), actualizado el 15 de septiembre de 2005.
34. FISH, John. "Regulated legal professionals and professional privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzerland, and certain other European jurisdictions". 2004. (Informe presentado al Council of the Bars and Law Societies de la Unión Europea). En: [http://www.ccbe.org/doc/En/fish\\_report\\_en.pdf](http://www.ccbe.org/doc/En/fish_report_en.pdf) (última visita el 8 Febrero de 2006).
35. GOOD, Diana. et al. "Privilege: The In-House View". 2005. En: <http://www.practicallaw.com> (última visita de 27 de enero de 2006).
36. VAN CAENEGEM, Jettie. "Update on legal privilege for in-house counsel in Europe". 2002. (Ponencia presentada al IBA International Corporate Counsel Conference February). En: <http://www.practicallaw.com> (última visita el 10 de enero de 2006).
- d. Jurisprudencia reciente**
37. *AM&S Europe Ltd. versus Commission of the European Communities* (1982), (1983) 1 Q.B. 878. (Excerpt).
38. BRADFORD, Katie. et al. "Legal Advice Privilege: Here To Stay". Comentarios al caso *Three Rivers District Counsel and others v. Governor and Company of the Bank of England*. (2004). UKHL 48. Disponible en: <http://www.practicallaw.com> (última visita el 27 de enero de 2006).
39. POLONSKY, Michael y Lorraine DESAI. "Recent Developments in the English Law of Legal Professional Privilege". Comentarios del caso *Three Rivers District Counsel and others v. Governor and Company of the Bank of England* (No 5), (2003) EWCA Civ 474; *Three Rivers District Counsel and others v. Governor and Company of the Bank of England* (No 10), (2004) EWCA Civ 218; *United States of America v. Philip Morris Inc. and others*, (2004) EWCA Civ 330; International Litigation News. Octubre de 2004. (Diario del Comité de Litigio Internacional, Sección de Derecho Empresarial de la International Bar Association). Disponible en: <http://www.ibanet.org> (International Bar Association) (última visita el 26 de enero de 2006).
40. *Three Rivers District Counsel and others (respondents) versus Governor and Company of the Bank of England (appellants)*. 2004 UKHL 48.
41. *Three Rivers District Counsel and others versus Governor and Company of the Bank of England* (No 5). 2003 EWCA Civ 474.
42. *Three Rivers District Counsel and others versus Governor and Company of the Bank of England* (No 10). 2004 EWCA Civ 218.
43. *United States of America versus Philip Morris Inc. and others*, 2004 EWCA Civ 330.
44. MURPHY, Gavin. "CFI Signals Possible Extension of Professional Privilege to In-House Lawyers", Comentarios al caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akcros Chemicals Ltd. versus Commission*, Joined Cases T-125 T-125/03 R y T-253/03 R. En: [http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n\\_america/canada/LPP%20and%20Akzo%20edit%201.0%20\(changes%20integrated\)2.pdf](http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n_america/canada/LPP%20and%20Akzo%20edit%201.0%20(changes%20integrated)2.pdf) (última visita el 1 de febrero de 2006).
45. "ECJ annuls CFI interim relief order in legal privilege case". Resumen del caso *Commission versus Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akcros Chemicals Ltd.* Caso C-7/04 P(R). En: <http://www.practicallaw.com>. (última visita el 27 de enero de 2006).
46. *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akcros Chemicals Ltd. versus Commission*, Joined Cases T 125/03 R and T-253/03 R [2003] ECR II-4771.
47. *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akcros Chemicals Ltd.*, Case C-7/04 P(R) Orden del

- Presidente de la Corte Europea de Justicia. 2004. Disponible en: <http://www.curia.eu.int> <http://curia.eu.int> (última visita el 22 de enero de 2006).
48. HEALY, Geoff. "Current Developments Australia: Application of Attorney/Client Privilege to Communications with Non-Australian Lawyer" Comentario del caso *Kennedy v. Wallace*, 2004. FCAFC 337 (Diario del Comité de Litigio de la Sección de Derecho Empresarial de la International Bar Association). *International Litigation News* 37. 2004. (Diario del Comité de Litigio de la Sección de Derecho Empresarial de la International Bar Association). Disponible en: <http://www.ibanet.org> (última visita en 2006).
49. *Kennedy versus Wallace*. FCAFC 337. 2004.
50. *Pratt Holdings Pty Ltd. versus Commissioner of Taxation*, (2004) FCAFC 122.
51. *Vance versus Air Marshall McCormack*. ACTSC 78. 2004.
- e. Consideraciones éticas**
52. BLOCK, Sheila. "Ethics in International Proceedings". En: *International Litigation News* October 15. 2004. (Diario del Comité de Litigio de la Sección de Derecho Empresarial de la International Bar Association). Disponible en: <http://www.ibanet.org> (última visita en enero de 2006).
53. BRAND, Ronald A. "Professional Responsibility in a Transnational Transaction Practice". *L. y Com* 301. 1997-1998.
54. DALY, Mary C. "The Dichotomy Between Standards y Rules: A New Way of Understanding the Differences in Perceptions of Lawyer Codes of Conduct by US and Foreign Lawyers". *V y Journal of Transnational Law & Policy* 32. 1999. p. 1117.
55. ROGERS, Catherine A. "Context and Institutional Structure in Attorney Regulation: Constructing an Enforcement Regime for International Arbitration". *Standford Journal of International Law* 39. 2003.
56. ROGERS, Catherine A. "Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration". *Michigan Journal of International Law* 23. 2002. p. 341.
57. THOMAS, Peter C. "Disqualifying Lawyers In Arbitrations: Do The Arbitrators Play Any Proper Role?". *American Review of International Arbitration* 4. 1990. p. 562.
58. TOULMIN, John. "A Worldwide Common Code of Professional Ethics?". *Fordham International Law Journal* 15. 1991-1992. p. 673.
59. PAULSSON, Jan. "Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration". *American Review of International Arbitration* 3. 1992. p. 214.
60. VEEDER, Van V. "The 2001 Goff Lecture: The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith" . *Arbitration International* 18. 2002. p. 431.
61. *National Bank Financial Ltd. versus Daniel Potter*. NSSC 113 (CanLII). 2005.
62. *Nova Growth Corp. versus Kepinski*. O.J. No. 5993 (Ont. S.C.J.) (QL). 2001.
63. *Celanese Canada Inc., et al. versus Murray Demolition Corp., et al.* (2004), 244 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 33, 73 O.R. (3d) 64 (C.A.), 2006 SCC 36.