

LA EXCEPCIÓN POR DELITO O FRAUDE AL PRIVILEGIO ABOGADO-CLIENTE: PRIVILEGIOS PROBATORIOS Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN ESTADOS UNIDOS*

Christine P. Bartholomew**

Resumen: el artículo se centra en el estudio de la figura del *crime fraud exception* o “excepción por delito o fraude”, creada en los Estados Unidos, que tiene como fin ser una herramienta para combatir la corrupción, mediante la eliminación, en ciertos casos, de la reserva de la doctrina de producto del abogado o del propio privilegio abogado-cliente. En primer lugar, el artículo esboza los elementos

* El título original de este artículo es *The Crime Fraud Exception: Evidentiary Privileges in the fight against corruption in the United States*, y corresponde a la ponencia presentada por la autora en las XLI Jornadas Internacionales de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia (15 al 16 de abril de 2019)–Criminalidad contemporánea y corrupción: ¿efectividad de la pena privativa de la libertad? El presente artículo ha sido traducido por Juan David Bazzani Montoya (Universidad Externado de Colombia).

** Profesora titular en las cátedras de pruebas y prácticas antimonopolio de la Universidad del Estado de Nueva York en Buffalo (Univeristy at Buffalo School of Law). ORCID: 0000-0002-5222-1468. Correo electrónico: cpb6@buffalo.edu. Fecha de recepción: 7 de octubre de 2022. Fecha de aceptación: 13 de abril de 2023. Para citar el artículo: Bartholomew, Christine P. “La excepción por delito o fraude al privilegio abogado-cliente: privilegios probatorios y la lucha contra la corrupción en Estados Unidos”. *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 117 (julio-diciembre de 2023): 149-178.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n117.06>

sobre los que puede recaer la excepción, para luego determinar su naturaleza y alcance. Luego, determina sus aspectos procedimentales, en pro de su invocación y, finalmente, analiza su impacto previo y retos futuros en cuanto a su aplicación frente a la corrupción financiera y política. Concluye señalando que la excepción por delito o fraude es una herramienta poderosa en la lucha contra la corrupción, siempre y cuando se facilite su activación por parte de los abogados.

Palabras clave: privilegio abogado-cliente, doctrina del producto del abogado, reserva, excepción por delito o fraude, corrupción, evidencia, ética.

THE CRIME FRAUD EXCEPTION: EVIDENTIARY PRIVILEGES IN THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN THE UNITED STATES

Abstract: The article focuses on the study of the “crime fraud exception” created in the United States, as a tool to combat corruption by eliminating, in certain cases, the reservation of the attorney product doctrine or the attorney-client privilege itself. First, the article outlines the elements on which the exception may fall, and determines its nature and scope. Then, it explains its procedural aspects, in favor of its invocation and, finally, it analyzes its previous impact and future challenges regarding its application in the face of financial and political corruption. It concludes by identifying that the crime or fraud exception is a powerful tool in the fight against corruption, as long as its activation by lawyers is facilitated.

Keywords: attorney-client privilege, attorney product doctrine, reservation, crime or fraud exception, corruption, evidence, ethics.

INTRODUCCIÓN

En la lucha contra la corrupción, el rol de los abogados es usualmente judicializar o defender una presunta conducta delictiva. En el fomento de estas funciones, las reglas de evidencia proporcionan a los abogados una protección significativa. El producto de trabajo del abogado protege el material producido por los profesionales del derecho y el privilegio abogado-cliente impide que se revelen determinadas comunicaciones sostenidas con los clientes.

Esas protecciones, en todo caso, crean serios obstáculos de aplicación de la ley cuando los abogados ayudan a la corrupción —intencionalmente o no—. Estas protecciones impiden el acceso evidencia potencial. Reconociendo dicho riesgo, los Estados Unidos crearon una excepción denominada *crime fraud exception*¹ [en español excepción por delito o fraude], permitiendo el descubrimiento de

1 Nota del traductor: en español literalmente significa excepción de delito o fraude, quiere decir

información protegida en casos restringidos. Este capítulo se centra en el éxito pasado y en las incertidumbres futuras de la excepción por delito o fraude como una herramienta para luchar contra la corrupción.

El capítulo se desarrolla así: la parte I explica las protecciones probatorias otorgadas a los materiales de los abogados, incluyendo materiales relevantes para descubrir y perseguir la corrupción. La parte II se construye sobre este antecedente detallando el desarrollo de la excepción por delito o fraude en los Estados Unidos. La parte III establece cómo es que la excepción se ha expandido con el tiempo, convirtiéndola en una poderosa arma para luchar contra la corrupción financiera. La parte IV describe cómo la incertidumbre sobre la interpretación de algunos aspectos de la excepción minan la excepción en sí misma. Esto ilustra cómo la incertidumbre puede ser particularmente importante en investigaciones en curso sobre corrupción política en los Estados Unidos.

I. PROTECCIÓN PROBATORIA PARA ABOGADOS

Durante las últimas cuatro décadas las reglas de evidencia en los Estados Unidos han experimentado un enorme cambio. En vez de limitar evidencia pertinente, la judicatura y el Congreso han optado por liberalizar las reglas de admisibilidad de la evidencia. La aprobación en 1975 de las Reglas Federales de Evidencia guió en este nuevo enfoque. Se eliminaron muchas de las más restrictivas limitaciones en materia de competencia [del testigo], prueba de referencia y opinión del testimonio experto. En cambio, el punto de partida para evaluar la evidencia pasó a ser la presunción de que “toda la evidencia pertinente es admisible, excepto que se prevea lo contrario por la Constitución de los Estados Unidos, una ley del Congreso, por las reglas de evidencia, o por cualquier otra regla prescrita por la Corte Suprema de acuerdo con una fuente de autoridad estatutaria”². Esta liberalización tenía la intención de incrementar la evidencia disponible para el buscador de los hechos y, a su turno, proveer resultados más precisos en la búsqueda por la justicia³.

Pese a esta tendencia, una categoría se mantuvo por fuera de la discusión: la información privilegiada. Esa evidencia podría ser relevante, incluso podría ser determinante, en algún caso. No obstante, la exclusión de evidencia privilegiada refleja una política de protección de ciertas comunicaciones, independientemente de su utilidad potencial para probar o defender ciertos casos.

que cuando el cliente y el abogado están cometiendo o planeando cometer fraude o crimen no opera la protección del privilegio.

2 Reglas federales de Procedimiento Civil, 401.

3 Pese a que este capítulo se enfoca específicamente en las Reglas Federales de Evidencia, [vale decir] que esta aproximación más liberal “rápidamente se esparció en las Cortes estatales”. Véase Edward J. Imwinkelried, *The Need to Amend Federal Rule of Evidence 404(b): The Threat to the Future of the Federal Rules of Evidence*, 30 Vill. L. Rev. 1465, 1466 (1985).

Los Estados Unidos reconocen numerosos tipos de privilegio, incluyendo el privilegio clerical, el privilegio de psicoterapeuta-paciente y una serie de privilegios respecto de las comunicaciones entre esposos⁴. Quizá el más antiguo y mejor conocido de todos estos privilegios es el que aplica a los abogados. Estas protecciones son consideradas necesarias para abogados para que puedan cumplir funciones fiduciarias⁵ y adversariales⁶. Los abogados pueden representar a sus clientes mejor cuando saben que su trabajo no será usado por la contraparte. De manera similar, la fortaleza de una buena representación depende de que el cliente comparta la información completa y sinceramente⁷.

Dadas estas preocupaciones, dos tipos de protección probatoria aplican a los abogados: el privilegio abogado-cliente y la doctrina de producto de trabajo del abogado. El privilegio abogado-cliente protege: “comunicaciones (1) entre el abogado y su cliente (2) que pretendían ser y, de hecho, se mantuvieron como confidenciales (3) que tienen como propósito de obtener o dar asistencia legal”⁸. Comunicaciones relativas a asuntos personales o asuntos genéricos de negocio no están protegidas. Una vez activado, el privilegio aplica más allá de la duración entre el abogado y el cliente. El litigio no debe estar en curso, ni tampoco el cliente debe formalmente contratar al abogado para que el privilegio aplique⁹. Pero no toda conversación con un abogado cuenta: el privilegio solo protege ciertas comunicaciones¹⁰.

4 Véase, por ejemplo, *Tremmel v. United States*, 445 U.S. 40, 53 (1980) (acerca del privilegio entre esposos); *Jaffee v. Redmond*, 518 U.S. 1, 10 (1996) (reconoce el privilegio psicoterapeuta paciente); *In re Grand Jury Investigation*, 918 F.2d 374, 379 (3d Cir. 1990) (acerca del privilegio clerical).

5 Nota del traductor: por fiduciarias deben entenderse la relación de confianza que existe con el cliente. No se hace referencia aquí a la figura mercantil de la fiducia.

6 Véase, por ejemplo, *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 510-11 (1947) (acerca de cómo la protección del producto del abogado es vital para la práctica del derecho).

7 Véase, por ejemplo, *Upjohn v. U.S.*, 449 U.S. 383, 389 (1981) (“El propósito del privilegio es fomentar comunicaciones completas y francas entre los abogados y los clientes y de este modo promover intereses públicos más abiertos en observancia de la ley y de la administración de justicia. El privilegio reconoce que un buen asesoramiento legal o defensa sirve a fines públicos y que dicho asesoramiento o defensa depende de que el cliente haya informado completamente al abogado”); *U.S. v. Buitrago-Dugand*, 712 F. Supp. 1045, 1048 (D.P.R. 1989) (“El privilegio abogado-cliente existe para fomentar que las personas busquen consejo legal libremente y que hablen sinceramente al abogado sin el temor de que esas comunicaciones serán descubiertas con terceros”); Ladd, *Privileges*, 1965 LAW & SOC. ORD. 555, 577: “La teoría del privilegio es que la relación abogado-cliente requiere completa libertad por parte del cliente para informar al abogado, sobre todo, bueno o malo, relacionado con la materia sobre la cual se buscan los servicios legales de tal forma que el abogado pueda dar un buen consejo y pueda representar al cliente apropiadamente de acuerdo con la ley”.

8 *Brennan Center for Justice v. U.S. Dept. of Justice*, 697 F.3d 184, 207 (2d Cir. 2012).

9 Ver *Alexander v. U.S.*, 138 U.S. 353, 358, (1891) (“Ni el pago de los honorarios ni que el litigio esté pendiente eran necesarios para darle derecho al privilegio”).

10 Véase *Towne Place Condo. Ass’n v. Philadelphia Indem. Ins. Co.*, 284 F. Supp. 3d 889, 895

Los abogados también se benefician de la doctrina del producto del abogado, que tiene dos subconjuntos. La doctrina protege el producto de trabajo “hecho”: (1) materiales (2) preparados por el abogado (3) en anticipación o durante un litigio¹¹. También protege la “opinión del abogado en el producto de trabajo” —definida como los materiales que reflejan las impresiones mentales de los abogados y las conclusiones sobre la litigación—¹². La doctrina no protege los hechos en los que el abogado se basó, sino el producto de trabajo resultante¹³.

Combinadas, estas salvaguardas protegen la divulgación de la información relevante en cualquier etapa del litigio. La información protegida no tiene que ser producida durante el descubrimiento, ni es admisible frente al Gran Jurado o el juicio¹⁴. El grado de protección difiere. La doctrina de producto de trabajo del abogado es cualificada¹⁵, lo que quiere decir que la parte puede buscar información protegida si demuestra una necesidad sustancial¹⁶. La opinión del abogado en el producto de trabajo tiene una mayor protección que el producto de trabajo en general¹⁷. Consecuentemente, una parte que busca la opinión del producto de trabajo del abogado debe demostrar una mayor necesidad sustancial. En contraste, para el privilegio abogado-cliente, el valor probatorio de la información privilegiada no altera la protección. Más bien, es como si la evidencia simplemente no existiera, a menos que el cliente renuncie al privilegio o alguna de las excepciones que el mismo aplique¹⁸. No obstante, la comunidad jurídica ha reconocido por mucho tiempo que esta protección radical también podría proteger las irregularidades

(N.D. III. 2018) (“No todas las comunicaciones entre el abogado y el cliente están protegidas”); *Grossman v. Schwarz*, 125 F.R.D. 376, 387 (S.D.N.Y. 1989) (“El hecho de que un documento sea enviado o recibido entre el abogado y el cliente no lo hace automáticamente privilegiado, a menos que contenga información confidencial relacionada con asesoría legal”); *U.S. v. Lofton*, 507 F. Supp. 108, 112 (S.D.N.Y. 1981) (“El hecho de que una persona sea abogado no hace privilegiado todo lo que diga o haga, para o con un cliente”).

- 11 *In re Grand Jury Proceedings*, 33 F.3d at 348; *see also In re John Doe*, 662 F.2d 1073, 1076 (4th Cir.1981) (definiendo el producto de trabajo hecho).
- 12 *In re Grand Jury proceedings #5*, empaneled enero 28, 2004, 401 F.3d 247, 250 (4th Cir. 2005) (Define el producto de trabajo de opinión como material que “contiene el fruto de los procesos mentales de un abogado”).
- 13 Advisory Committee’s Notes to 1970 Amendment to Fed. R. Civ. P. 26.
- 14 *See, e.g.*, Fed. R. Civ. P. 26(b) (1) (limita el alcance del descubrimiento a información “no privilegiada”).
- 15 *See, e.g.*, *United States v. Nobles*, 422 U.S. 225, 237 (1975) (describe la naturaleza cualificada de la doctrina del producto de trabajo).
- 16 Fed. R. Civ. P. 26(b)(3); *see, e.g.*, *Feld v. Fireman’s Fund Ins. Co.*, 991 F. Supp. 2d 242, 247 (D.D.C. 2013) (Como cuestión general, la doctrina del producto de trabajo no será reconocida cuando hacerlo “no sea necesario para mantener un sistema adversarial saludable”).
- 17 *See* Fed. R. Civ. P. 26(b)(3).
- 18 *See, e.g.*, *San Francisco Residence Club, Inc. v. Baswell-Guthrie*, 897 F. Supp. 2d 1122, 1215 (N.D. Ala. 2012).

del abogado y el cliente. Con ese fin, Estados Unidos reconoce una excepción por delito o fraude, que se discutirá a continuación.

II. EL SURGIMIENTO Y EL ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN POR DELITO O FRAUDE

La excepción por delito o fraude aplica al privilegio de abogado cliente y a la doctrina de producto de trabajo del abogado. Cuando se satisfacen los requisitos, la excepción niega cualquier protección, permitiendo el descubrimiento y potencial admisibilidad de evidencia que de otra manera no lo sería. La excepción levanta la capa del secreto cuando la relación de abogado cliente tenía por propósito considerar o continuar con actividades ilegales¹⁹.

En el corazón de la excepción está la conciencia de que la relación abogado cliente puede ser abusada. Cuando esto ocurre, la política de protección de las comunicaciones entre el abogado y el cliente y el producto de trabajo resultante se afectan. Como lo explica la Corte Federal del Circuito Noveno de los Estados Unidos:

Mientras existe un interés social en permitir a los clientes recibir un completo y adecuado consejo legal, el cual atendemos al proteger comunicaciones confidenciales entre el cliente y el abogado del consumo público, no existe ese mismo interés cuando el cliente consulta al abogado para promover la comisión de crímenes o fraudes. Así la excepción por delito o fraude asegura que la confidencialidad que envuelve la relación abogado cliente no abarca comunicaciones “hechas con el propósito de obtener consejo para la comisión de un fraude o crimen...”²⁰

Esta excepción tiene sus raíces atrás en el argumento de un abogado en un sórdido caso inglés del siglo XVIII, el cual involucra un homicidio, violencia y un drama familiar. En *Annesley v. Earl of Angelsea*, el sobrino del Conde de Angelsea afirmó que su tío fraudulentamente le negó su herencia. Al mismo tiempo, el sobrino manifestó sus preocupaciones, él estuvo involucrado en un accidente de caza donde dispararon y mataron al guardabosque. El Conde consultó con el abogado encargado de enjuiciar el incidente y presionó para que su sobrino fuera condenado por homicidio. Después de haber sido exonerado de responsabilidad, el sobrino buscó el testimonio del abogado que su tío habría consultado. El abogado del Conde afirmó que su conversación estaba protegida por el privilegio abogado-cliente.

19 See, e.g., David J. Fried, *Too High A Price for Truth: The Exception to the Attorney-Client Privilege for Contemplated Crimes and Frauds*, 64 *N.C. L. Rev.* 443, 444 (1986) (“la excepción aplica ya sea porque el cliente descubre su intención maligna al abogado, u oculta dicha intención solo hasta obtener el consejo legal”).

20 *In re Grand Jury proceedings*, 87 F.3d 377, 381 (9th Cir. 1996) (citaciones internas omitidas).

El abogado del sobrino se opuso a la pretensión de protección por el privilegio, argumentando que la obligación moral pública para revelar información debería anteponerse cuando un abogado es contratado para un propósito ilegal. La Corte eventualmente negó la existencia del privilegio, sosteniendo que la conversación tuvo lugar por fuera de los confines de la relación abogado-cliente. En todo caso, el argumento del abogado proporcionó los fundamentos para una excepción por delito o fraude²¹.

Estados Unidos importó esta excepción como parte del desarrollo de su *common law*. Para 1891, la Corte Suprema de Justicia reconoció la excepción, sin embargo solo aplicaba donde la parte estaba siendo de hecho juzgada por el delito que se relataba en la comunicación²². En 1932, la Corte expandió la excepción en *Clark v. U.S.*, aunque ese no era el asunto de fondo a resolver, se trata un caso que involucra supuestas faltas de conducta del jurado. Allí, uno de los jurados omitió revelar relaciones personales y profesionales con el acusado. La Corte decidió que el miembro del jurado no tenía derecho a la protección que usualmente se da a las deliberaciones del jurado. Así lo anotó la Corte, “el privilegio se levanta si la relación abogado-cliente se abusa. Un cliente que consulta un abogado para obtener un consejo que le servirá a él en la comisión de un fraude no podrá tener ayuda de la ley. Deberá dejar que la verdad sea contada”²³.

Las cortes aplicaron la excepción judicial creando una regla de *common law* para las décadas siguientes. El Congreso eventualmente codificó la excepción en la Regla Federal de Evidencia 502(d)(1), que establece,

no habrá privilegio bajo esta regla de abogado cliente [...] si los servicios del abogado fueron buscados u obtenidos para permitir o ayudar a cualquiera a cometer o planear aquello que el cliente sabe o razonablemente debería haber sabido que podría constituir delito o fraude.²⁴

La excepción existe para asegurar que el privilegio abogado-cliente y la doctrina de producto del abogado no se utilicen como “mecanismos para encubrir”²⁵. En cada escenario ha habido una distorsión de la relación abogado-cliente. Ya no

21 17 Howell’s State Trials 1139 (1743); ver también Christopher Paul Galanek, *The Impact of the Zolin Decision on the Crime-Fraud Exception to the Attorney-Client Privilege*, 24 Ga. L. Rev. 1115, 1122 (1990) (donde se discute la evolución histórica de la excepción por delito o fraude).

22 *Alexander v. U.S.*, 138 U.S. 353 (1891).

23 289 U.S. 1, 15 (1933).

24 Fed. R. Evid. 502(d)(1).

25 Geoffrey C. Hazard, *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, 66 Cal. Rev. 1061, 1062 (1978).

existe necesidad de una relación confidencial para que los clientes puedan alegar sus derechos procesales y sustantivos.

La parte que alega la excepción debe satisfacer dos requisitos. Primero, la parte requirente debe “mostrar *prima facie* que el cliente estaba cometiendo o intentando cometer un fraude o delito...”²⁶. La planeación es suficiente, aun si la conducta “se queda corta frente a la entera realización del ilícito civil de fraude”²⁷. Esto podría incluir futuros esfuerzos para ocultar irregularidades pasadas, como espoliación²⁸. Sin embargo, actos ilegales pasados no activan la excepción²⁹, tampoco lo hará un cliente buscando consejo sobre la legalidad de un determinado curso de acción³⁰.

Segundo, estas comunicaciones deben haberse realizado con la intención de promover actos ilegales o fraudulentos³¹. Los actos deben estar en curso o contemplándose. Esto significa que la excepción podría aplicar si después de la conversación, el abogado o el cliente toma algunos pasos adicionales dirigidos a cometer el acto ilegal. Pero el abogado no necesita ser consciente de que está colaborando con una conducta ilícita³². Tal como lo explicó el Magistrado Cardozo, “la pérdida del privilegio tampoco depende de la demostración de una conspiración, de que el cliente y el abogado están involucrados con el mismo grado de culpa. El abogado puede ser inocente y, aun así, el cliente culpable debe revelar la verdad”³³. Aun así, los casos en que un abogado le dice a un cliente que un plan es ilegal o se niega a ayudar permanecen protegidos. La excepción tampoco aplica si el cliente discute un intento de cometer un delito futuro y que luego él mismo abandona. Cuando la excepción aplica, solo el producto de trabajo o las comunicaciones que

26 *In re Grand Subpoena*, 745 F.3d 681, 687 (3d Cir. 2014) (citaciones internas omitidas).

27 *Harris Mgmt., Inc. v. Coulombe*, 151, A.3d 7, 18-19 (Me. 2016). *But see In re Sealed Case*, 223 F.3d 775, 778 (exigir que el cliente realmente “haya cometido el delito o fraude”).

28 Nota del editor: la traducción jurídica de esta palabra tiene dos posibles alternativas: (i) despojo; (ii) alternación o destrucción de evidencia. En este caso, la autora parece referirse específicamente al segundo caso.

29 *See, e.g., Intervenor v. United States (In re Grand Jury Subpoenas)*, 144 F.3d 653, 660 (10th Cir. 1998); *In re Pub. Def. Serv.*, 831 A.2d at 902; *Sutton v. Stevens Painton Corp.*, 951 N.E.2d 91, 96 (Ohio Ct. App. 2011); *In re Disciplinary Proceeding Against Schafer*, 66 P.3d 1036, 1044 (Wash. 2003).

30 *United States v. Doe*, 429 F.3d 450, 454 (3d Cir.2005) (señalando que “el privilegio abogado-cliente ‘no se pierde si el cliente propone inocentemente acciones para explorar con su abogado lo que puede o no hacer”).

31 *United States v. Zolin*, 491 U.S. 554, 556 (1989).

32 *In re Grand Jury Investigation (Schroeder)*, 842 F.2d 1223, 1227 (11th Cir. 1987); *Gutter v. E.I. DuPont De Nemours*, 124 F. Supp. 2d 1291, 1300-01 (S.D. Fla. 2000).

33 *Clark v. U.S.*, 289 U.S. 1, 15 (1933).

promueven la conducta irregular son revelables. Toda la información diferente a eso permanece protegida por el privilegio³⁴.

III. PROCEDIMIENTO PARA INVOCAR LA EXCEPCIÓN POR DELITO O FRAUDE

La excepción por delito o fraude aplica tanto a casos civiles como penales. Para casos civiles, la excepción usualmente aparece durante el descubrimiento³⁵. En el contexto criminal, la excepción usualmente surge cuando el caso está en la etapa del Gran Jurado³⁶. Una parte busca información potencialmente protegida, sea privilegiada o producto de trabajo, y, por lo tanto, no es sujeta a ser descubierta. La parte respondiente está obligada entonces a mostrar por qué esa información en particular está protegida de ser producida. Esta información se provee a través de un registro de privilegios, en el cual la parte alegando la protección debe: “describir la naturaleza de los documentos retenidos, comunicaciones o cosas tangibles en una manera que, sin revelar la información privilegiada o protegida, permita a las partes evaluar la pretensión”³⁷.

Una vez hecho eso, la carga cambia de nuevo a la parte que formula la solicitud. Es en esta etapa que la parte solicitante podrá traer una potencial excepción por delito o fraude. La parte solicitante entonces alega que la excepción aplica y presenta una moción³⁸ que trae el asunto frente a la corte para que sea resuelto³⁹. En ella, la parte solicitante debe demostrar *prima facie* que la excepción por delito o fraude aplica.

Para hacer esa demostración, la parte solicitante comienza por ocuparse del primer elemento de la excepción, a saber, que “el cliente estaba participando en o planeando un ardid fraudulento o criminal” mientras trabajaba con el abogado. Para este primer paso, la parte solicitante puede acudir a información no privilegiada o buscar una revisión en cámara⁴⁰. La Corte Suprema así lo explicó en *U.S. v. Zolin*,

34 *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum*, 731 F.2d 1032, 1041 (2d Cir. 1984).

35 Nota del traductor: se refiere al *Discovery*, etapa procesal del procedimiento norteamericano.

36 *See, e.g., In re Grand Jury Investigation*, 445 F.3d 266, 269 (3d Cir. 2006); *In re Grand Jury Subpoena*, 419 F.3d 329, 335 (5th Cir. 2005).

37 Fed. R. Civ. P. 45 (e)(2)(A).

38 Nota del traductor: en inglés se denomina *motion to compel*, que corresponde al nombre técnico de tipo de mociones.

39 *See, e.g., MC Asset Recovery, LLC v. Castex Energy, Inc.*, No. 4:07-CV-076-Y, 2012 WL 12919303, at *2 (N.D. Tex. May 31, 2012) (raising the exception on a motion to compel).

40 *See, e.g., In re Grand Jury Proceedings #5 Empaneled January 28, 2004*, 401 F.3d 247, 253(4th Cir. 2005); *In re Grand Jury Proceedings, Thursday Special Grand Jury Sept. Term*, 33 F.3d 342, 350 (4th Cir. 1994).

para activar la revisión en la cámara del juez⁴¹ (*In Camera Review*), la parte solicitante debe tender “una base fáctica adecuada para soportar la creencia de buena fe de una persona razonable” de que existe una razón para que la corte examine la evidencia para establecer si la excepción debe aplicar⁴². Esta demostración *prima facie* aplica tanto para la revisión en cámara de los materiales o testigos⁴³.

No es suficiente mostrar una conexión temporal entre la comunicación con el abogado y la mala conducta. Así lo explicó la Corte del Circuito de Washington D.C.,

las compañías que operan en la complejidad legal y regulatoria de hoy en día rutinariamente buscar consejo legal sobre cómo manejar todo tipo de situaciones [...] no hay nada necesariamente sospechoso acerca de los oficiales de estas compañías buscando asesoría [...] mostrar proximidad temporal entre la comunicación y el delito no es suficiente.⁴⁴

El segundo paso requiere demostrar que la comunicación o el material buscado se hizo “en fomento” de la actividad ilegal. Para este paso, la revisión en la cámara del juez es obligatoria. La Corte del Noveno Circuito ayuda a explicar por qué estos dos pasos difieren procedimentalmente:

Mientras que la revisión en cámara podría...asistir [...] a la corte para determinar si *prima facie* la violación se cometió (paso uno), la revisión en la cámara del juez se realiza para determinar el alcance de la orden, por ejemplo, determinar si [los documentos] reflejan comunicaciones o producto de trabajo hechos en fomento de un crimen o fraude contemplado o que está ocurriendo (paso dos).⁴⁵

Una vez se ha cumplido con la demostración *prima facie*, “la decisión sobre si acudir a la revisión en la cámara del juez descansa en la amplia discreción de la

41 Nota del traductor: cuando la parte que alega que se cometió delito o fraude tiene un documento que demuestre *prima facie* que en efecto se pudo haber actuado de esa manera, le debe entregar la evidencia al juez quien podrá revisarla en solitario en su cámara o despacho. Por eso se habla de *In Camera Review* o revisión en cámara, porque el juez revisa el documento en su cámara o despacho. Así, en el texto a continuación se hará referencia a la revisión en la cámara del juez o revisión en cámara para hacer referencia al mismo tópico.

42 *United States v. Zolin*, 491 U.S. 554, 572 (1989).

43 *See id. at 560* (excepción aplicable a documentos y grabaciones); *In re Grand Jury Investigation*, 445 F.3d 266, 280 (3d Cir.2006) (confirmando la decisión del tribunal de distrito de que la excepción por delito o fraude se aplica cuando el tribunal de distrito examinó los documentos presentados por el abogado a puerta cerrada).

44 *In re Sealed Case*, 107 F.3d 46, 50 (D.C.Cir.1997).

45 *In re Grand Jury Investigation*, 810 F.3d 1110, 1114 (9th Cir. 2016) (citaciones internas omitidas).

corte del distrito⁴⁶. El umbral para establecer si la excepción es aplicable, pese a ser indefinido, es mayor que aquel requerido para que proceda la revisión en la cámara del juez⁴⁷. Aun si la Corte encuentra que la excepción es aplicable, debe mantener los materiales bajo sello hasta que el periodo de apelar los archivos expire⁴⁸. Si se interpone apelación, los hallazgos de la Corte de Distrito quedan sujetos a un estándar de abuso de la discreción. En todo caso, esas determinaciones raramente se revocan en apelación⁴⁹.

IV. CÓMO EVOLUCIONÓ LA EXCEPCIÓN PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN FINANCIERA

En las últimas décadas, las cortes han abierto el alcance de la excepción y han facilitado los requisitos para su aplicación. Tal como se detalla en esta parte, esta expansión ha hecho más fácil para las cortes aplicarla a un amplio rango de irregularidades financieras.

A. Interpretaciones de delito o fraude más expansivas

En las últimas décadas, las cortes han expandido el alcance de la excepción por delito o fraude. Primero, para establecer la intención del cliente, las cortes han expandido la definición de cliente, así como la forma para establecer qué constituye intento. La excepción ahora aplica ampliamente a actores corporativos. Bajo la ley de Estado Unidos, el privilegio de abogado cliente y producto de trabajo del abogado aplican a la representación de las corporaciones⁵⁰. Aun afirmaciones hechas por empleados de bajo nivel al abogado están potencialmente protegidas⁵¹.

Así, cualquier comunicación de un empleado puede estar potencialmente privilegiada. El título del empleado o el cargo no importan. En cambio, lo que importa es que sea el sujeto de la comunicación. El privilegio aplicará a las comunicaciones del abogado con los empleados que estén relacionadas con las responsabilidades de trabajo de este y que están destinadas a ser apoyadas por la representación del

46 *Zolin*, 491 U.S. at 574

47 *In re Grand Jury Investigation*, 974 F.2d 1068, 1073 (9th Cir. 1992). Como resultado, la parte que alega el privilegio debe introducir evidencia compensatoria antes de que el juez decida descubrir el material [protegido] en un caso civil.

48 *See, e.g., In re General Motors Corp.*, 153 F.3d 714 (8th Cir. 1998).

49 *In re Grand Jury Proceedings #5 Empaneled January 28, 2004*, 401 F.3d 247, 254 (4th Cir. 2005) (aplicando el estándar del abuso de discreción a la determinación de la corte de inferior jerarquía sobre la existencia de un delito o fraude).

50 *See Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383, 390 (1981) (aprobar el privilegio abogado-cliente y la doctrina del producto de trabajo tal como es aplicada a una corporación).

51 *See id.* at 391.

abogado de la corporación⁵². Las corporaciones son indirectamente responsables por sus empleados. Los actos de los empleados deben ocurrir durante el curso de su empleo y deben estar destinados a beneficiar la corporación. Esto significa que aun las conductas de empleados de menor nivel pueden activar la excepción “pese a que los directivos de la corporación ni pretendieran ni toleraran la mala conducta”⁵³. Además, la mala conducta que activa la excepción tiene que haber sido cometida por la corporación, no por el empleado “en una fiesta propia”⁵⁴.

Las cortes también han expandido el criterio de demostración *prima facie* para la intención como elemento de la excepción. Por ejemplo, la Corte del Tercer Circuito asumirá la intención en ciertas circunstancias. En el caso *In re Grand Jury Subpoena*, la Corte del Tercer Circuito confirmó una decisión de una corte de instancia en la que se infririó una intención preexistente de hacer un pago considerado corrupto por la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA, por sus siglas en inglés). Allí, el cliente buscó asesoría de su abogado en abril del 2008. Durante esa reunión, el abogado lo aconsejó en contra de la realización de un pago a un banquero asociado con un proyecto de la compañía, para que el banco no retrasara la aprobación del proyecto. Sin embargo, en 2008 y 2009, el cliente realizó pagos al banquero. La corte se basó en los tiempos de los pagos y las declaraciones del abogado acerca de las reuniones para inferir la intención. La Corte del Tercer Circuito, al respecto, sostuvo, “podemos inferir una intención preexistente del cliente de hacer un pago [corrupto], en parte, por lo dicho a su abogado de que pagaría en cualquier caso, pese a que el abogado le había aconsejado que no debería hacerlo”⁵⁵. Esta inferencia supera lo que de otro modo podría ser un obstáculo insuperable para hacer valer la excepción, ya que, como han reconocido los estudiosos del derecho: “es difícil, pero ni imposible, para los abogados o las cortes determinar objetivamente cuál era la intención con la cual el cliente estaba buscando asesoría legal”⁵⁶.

Las cortes también han permitido interpretaciones más generosas del elemento “fomento de delito o fraude” de la excepción. En este punto, la conducta contraria a la ley no necesita ser un crimen. Una falta civil basta. Más aún, la irregularidad

52 *See id.* (“reconociendo como en el contexto corporativo [...] siempre habrá empleados más allá del grupo directivo... que son quienes tienen la información que necesita el abogado de la corporación”).

53 H. Lowell Brown, *The Crime-Fraud Exception to the Attorney-Client Privilege in the Context of Corporate Counseling*, 87 Ky. L.J. 1191, 1210 (1999).

54 *In re Sealed Case*, 107 F.3d 46, 50 (D.C. Cir. 1997).

55 *In re Grand Jury Subpoena*, 745 F.3d 681, 692 (3d Cir. 2014).

56 Auburn K. Daily & S. Britta Thornquist, *Has the Exception Outgrown the Privilege?: Exploring the Application of the Crime-Fraud Exception to the Attorney-Client Privilege*, 16 Geo. J. Legal Ethics 583, 585–86 (2003)

no necesita ser llevada a cabo para activar la excepción⁵⁷. La mala conducta similar al fraude o la deshonestidad es suficiente. El concepto de irregularidad que activa la excepción incluye una variedad de malas conductas, incluido desacato a la corte, comunicaciones inapropiadas con la parte representada, negligencia grave, litigación simulada, e infligir internacionalmente angustias emocionales⁵⁸.

Relacionado con lo anterior, las cortes también han expandido el concepto de “en fomento” como elemento de la excepción al aplicarla cuando el cliente solo involucra al abogado indirectamente en la conducta irregular. El caso *Haigh v. Matsushita Electric Corporation* involucraba una disputa de trabajo. El cliente secretamente grabó conversaciones con más de 50 individuos. Las cintas fueron producidas únicamente con la iniciativa del cliente; el abogado ni sugirió ni aconsejó al cliente hacer las grabaciones. Al garantizar la moción para compeler, la Corte del Distrito Este de Virginia encontró que la doctrina del producto de trabajo del abogado estaba viciada por “conducta no profesional”⁵⁹. El abogado se basó en las cintas para preparar los documentos de litigación, incluyendo solicitudes de descubrimiento. La corte sostuvo que esa conducta era más que una simple aquiescencia a la mala conducta —incapaz de activar la excepción por delito o fraude—. En cambio, “la aquiescencia del abogado dejó de ser pasiva y no comprometedor, y se convirtió en un estímulo activo y un apoyo afirmativo”⁶⁰. En ese momento, la excepción por delito o crimen se volvió aplicable⁶¹.

De hecho, la excepción puede ahora también aplicar cuando o el abogado⁶² o el cliente están al tanto de la irregularidad. Por ejemplo, en el caso *Parrott v.*

57 *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated Sept. 15, 1983*, 731 F.2d 1032, 1039 (2d Cir. 1984) (“El delito o fraude no tiene que haber ocurrido para que la excepción sea aplicable; solo necesita haber sido el objetivo de la comunicación del cliente.”); *Ott v. State*, 222 S.W. 261, 263 (Tx. 1920) (se aplicó la excepción sobre la afirmación hecha por el cliente a su abogado amenazando con matar a su exesposa). Ver *In re Sealed Case*, 107 F.3d 46, 49 (D.C. Cir. 1997) (mantener la excepción solo aplica para delitos o fraudes que efectivamente tuvieron lugar).

58 *See, e.g., United States v. Moazzeni*, 906 F. Supp. 2d 505, 517 (E.D. Va. 2012) (negligencia grave); *Nat.-Immunogenics Corp. v. Newport Trial Grp.*, No. SACV1502034VJSCGX, 2018 WL 6137597, at *3 (C.D. Cal. May 16, 2018), *on reconsideration in part*, No. SACV152034VJSCGX, 2019 WL 3110021 (C.D. Cal. Mar. 19, 2019) (litigio simulado); *Diamond v. Stratton*, 95 F.R.D. 503, 505 (S.D.N.Y. 1982) (afectación intencional de angustia emocional); *see generally Coleman v. Am. Broad. Cos., Inc.*, 106 F.R.D. 201, 208 (D.D.C. 1985) (se discute la expansión de la excepción por delito o fraude a procesos por daños no comerciales).

59 *Haigh v. Matsushita Elec. Corp. of Am.*, 676 F. Supp. 1332, 1357 (E.D. Va. 1987).

60 *Id.* at 1359.

61 *Id. Accord Pfeifer v. State Farm Ins. Co.*, 1997 WL 276085, *3 (E.D. La. 1997) (encontrar grabaciones secretas del cliente en consejo con el abogado niega la protección de la doctrina de producto de trabajo del abogado).

62 *United States v. Chen*, 99 F.3d 1495, 1504 (9th Cir. 1996) (se mantuvo la excepción de fraude criminal a pesar de que los “abogados en el caso eran inocentes de intención ilícita, y no sabían que sus servicios en materia de valores estaban siendo utilizados [ilegalmente].”).

Wilson, el cliente alegó protección del producto de trabajo del abogado sobre las conversaciones de dos testigos grabados que su abogado realizó en secreto. La corte encontró la grabación secreta como una falta ética, suficiente para activar la excepción por delito o fraude – pese a que el cliente nunca supo que las grabaciones se hicieron en secreto⁶³.

B. El uso de la excepción para combatir la corrupción financiera

Tal como la excepción por delito o fraude se ha expandido con el tiempo, también lo han hecho las formas de corrupción. Entre más complejos los mecanismos en juego en un plan de corrupción, más probable que un abogado esté involucrado. La asistencia de un abogado puede hacer más fácil esconder bienes⁶⁴; transacciones fraudulentas⁶⁵; presentar reportes tributarios falsos⁶⁶; o crear sociedades fraudulentas⁶⁷. Dada esta realidad, la excepción aplica en una gran variedad de casos. Esta parte provee ejemplos de cómo la excepción ha ayudado en la persecución de criminalidad financiera, específicamente prácticas corporativas corruptas. Los abogados exitosamente han alegado esta excepción en casos que van desde prácticas antimonopolio, hasta títulos valores, propiedad intelectual y asuntos regulatorios.

Primero, la excepción por delito o fraude ha ayudado a erradicar litigios simulados de un competidor contra otro para retrasar la entrada de éste último al mercado. Si el litigio carece de una base fáctica o legal, la demanda expone a la empresa demandante a la responsabilidad antimonopolio bajo la Ley Sherman. Es también terreno propicio para la excepción por delito o fraude en la medida que el cliente corporativo se habría reunido con el abogado para ilegalmente promover una ventaja anticompetitiva. Esta irregularidad permite al competidor demandado acudir a las comunicaciones abogado-cliente, así como al producto de trabajo del abogado generado durante la demanda ilegal⁶⁸.

63 *Parrott v. Wilson*, 707 F.2d 1262, 1271-72 (11th Cir. 1983); ver también *Drummond Co. v. Conrad & Scherer, LLP*, 885 F.3d 1324, 1337 (11th Cir. 2018) (se aplicó la excepción pese a que los clientes no estaban involucrados en conductas ilegales).

64 *People v. Radojcic*, 998 N.E. 1212, 1220-21 (Ill. 2013) (se usó el consejo legal de los abogados para realizar una serie de complejas transacciones financieras para mover el dinero de la venta de condominios a clientes falsos para que no llegara a las corporaciones controladas por los acusados).

65 *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated Sept. 15, 1983*, 731 F.2d 1032, 1038 (2d Cir. 1984).

66 *United States v. Chen*, 99 F.3d 1495, 1503-04 (9th Cir. 1996).

67 *Stirum v. Whalen*, 811 F. Supp. 78, 82 (N.D.N.Y. 1993).

68 Véase, por ejemplo, *Nobelpharma Ab v. Implant Innovations, Inc.*, 930 F. Supp. 1241, 1261 (N.D. Ill. 1996), *aff'd*, 141 F.3d 1059 (Fed. Cir. 1998) (la excepción por delito o fraude se aplicó porque el acusado presentó una demanda de patente sin fundamento “sin embargo, [se mantuvo] decidido a demandar a los competidores sin ninguna otra razón que hacer que estos pagaran los costos del litigio”). Así lo explicó la Corte del Distrito Sur de Nueva York:

La excepción por delito o fraude facilitó perseguir reclamos en materia de títulos valores⁶⁹. Los abogados juegan un papel clave en la redacción y presentación de las divulgaciones requeridas. Tergiversación de la información u omisiones en estos materiales pueden activar un caso de títulos valores. Si el abogado presenta una declaración basada en una representación falsificada o fraudulenta, actúa involuntariamente promoviendo un delito. Así, el producto de trabajo del abogado y las comunicaciones con clientes no pueden continuar siendo protegidas⁷⁰.

Por ejemplo, el caso *Granada Corp. v. Honorable First Court of Appeals* involucra un complejo esquema de valores mediante el cual una corporación trató de engañar a los accionistas para que renunciaran a sus certificados de acciones por certificados de regalías. Al mismo tiempo, representantes corporativos se estaban reuniendo con un abogado, buscando asesoría sobre como anular el valor de los certificados de regalías. Los accionistas buscaron el descubrimiento de la información acerca de los esfuerzos de anulación. La corporación alegó que dichos documentos estaban protegidos por el privilegio abogado-cliente. Los accionistas hicieron una demostración *prima facie* de la irregularidad sobre la base de otros documentos que evidenciaban el esfuerzo de la corporación de engañar a sus accionistas para intercambiar certificados. Basados en esta demostración, la Corte Suprema de Texas encontró que la excepción por delito o fraude era aplicable⁷¹.

La excepción ha ayudado también a combatir aseveraciones corruptas en materia de derechos propiedad intelectual. En *Monon v. Stoughton Technologies*, la Corte del Distrito Norte de Illinois aplicó la excepción en una acción de infracción de patentes. Allí, el tenedor de la patente aseguro que esta se infringió por parte de remolcadores de van. Al buscar la patente, el tenedor ilegalmente omitió revelar artes pasados conocidos e información de un bar en venta a su abogado. El profesional presentó una aplicación para obtención de patente omitiendo esta información. La mala conducta fue suficiente para activar la excepción y permitir la revisión en la cámara del juez respecto de comunicaciones abogado-cliente que

“Por lo tanto, concluimos que, si un solicitante de patente obtiene una patente a través de una táctica de no divulgación deliberada y luego busca un nuevo examen de la patente para reforzar la seguridad de la misma y, al hacerlo, nuevamente oculta la técnica anterior para garantizar el éxito de su solicitud, habrá participado en fraude durante el proceso de reexamen, lo que puede desencadenar la excepción [por delito o fraude] al privilegio [abogado- cliente]. *Specialty Minerals, Inc. v. Pleuss-Stauffer AG*, No. 98 CIV. 7775(VM) (MHD, 2004 WL 42280, at *9 (S.D.N.Y. Jan. 7, 2004)”.

69 Nota del traductor: el término en inglés es *securities*, que específicamente se refiere a activos financieros negociables. El Securities Act de 1933 incluye entre estos: acciones, garantías, bonos, títulos de la nación, depósitos, etc. Por la amplitud del término escogimos títulos valores como género de la materia.

70 Véase, por ejemplo, *In re Bairnco Corp. Sec. Litig.*, 148 F.R.D. 91, 100 (S.D.N.Y. 1993).

71 *Granada Corp. v. Honorable First Court of Appeals*, 844 S.W.2d 223, 227-28 (Tex. 1992).

de otra manera serían confidenciales y el producto de trabajo del abogado, en el proceso de obtención de patente⁷².

Donde la excepción ha sido particularmente útil es en proveer una verificación en la práctica regulatoria interna de las corporaciones. Las corporaciones norteamericanas están obligadas a emprender auditorías rutinarias internas e investigaciones para asegurarse de que hay cumplimiento con una variedad de regulaciones. Si esas investigaciones se llevan a cabo por irregularidades, la corporación usualmente está obligada a reportarla a las autoridades correspondientes. No hacerlo constituye “fraude” suficiente para activar la excepción por delito o fraude e invalidar el reclamo del privilegio.

En el caso *In re John Doe Corporation* es un ejemplo exactamente de este tipo de corrupción. Allí, la corporación causada presuntamente pagó \$90 500 US a un oficial electo para asegurar su apoyo en una disputa regulatoria en curso. Una investigación interna destapó el cohecho, pero el abogado de la compañía no lo reportó. Durante subsecuente acusación ante el Gran Jurado, el gobierno citó todas las revisiones éticas internas y los documentos de respaldo. La compañía alegó privilegio de abogado-cliente sobre los documentos, argumentando que dicha consulta con el abogado buscaba determinar cómo manejar los hallazgos sobre las irregularidades por lo que estaban privilegiadas. La corte de instancia rechazó este argumento, encontrando que la excepción por delito o fraude era aplicable. En la apelación, la Corte del Segundo Circuito confirmó, explicando:

Reconocemos que los abogados corporativos que se encuentran con evidencia de criminalidad en comunicaciones protegidas [...] se colocan en una posición incómoda. Sus superiores o clientes podrían temer las consecuencias comerciales o aún más serias consecuencias penales por la revelación de información. La relación profesional de los abogados con la corporación puede extenderse mucho más allá de los aspectos relacionados con la responsabilidad penal y dejarlos divididos entre el deseo de ver prosperar a la firma y sus obligaciones profesionales y legales [...] [No obstante, use...] una investigación para disipar las preocupaciones de terceros sobre posibles actos criminales, creando la apariencia de cumplimiento de las leyes que requieren divulgación, o para encubrir un delito revelado a través de una comunicación protegida en el curso de la investigación —lo que causaría que la corporación perdiera el privilegio—. ⁷³

Aunque la excepción por delito o fraude puede crear tensiones entre el abogado y el cliente, tal como se evidencia en el caso *In re John Doe*, esa tensión por sí sola

72 *Monon Corp. v. Stoughton Trailers, Inc.*, 169 F.R.D. 99, 104 (N.D. Ill. 1996).

73 *In re John Doe Corp.*, 675 F.2d 482, 491 (2d Cir. 1982).

no justifica blindar evidencia. Consecuentemente, a través de una amplia franja de casos, las cortes en Estados Unidos han aplicado intencionalmente la excepción como una herramienta para luchar contra la corrupción.

V. DISONANCIA INTERPRETATIVA Y SUS CONSECUENCIAS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN POLÍTICA

Tal como se detalló en la parte anterior, la excepción por delito o fraude ha ayudado a la lucha contra las ilegalidades financieras. Provee medios para asegurarse que los abogados no se usen como prenda de corrupción. También limita medios potenciales para la corrupción: como cuando se emplea el conocimiento especializado o las habilidades de un abogado para cometer ilegalidades —en esos casos, la ayuda puede ser ahora descubierta—. Pese a esas conquistas, la utilidad potencial de la excepción por delito o fraude están en riesgo. Actualmente, los tribunales están divididos sobre cuán convencidos debe estar el juez para aplicar la excepción por delito o fraude. Estas diferencias pueden ser críticas en la lucha contra la corrupción, tal como se evidencia en como la excepción interseca con distintos esfuerzos para atacar las ilegalidades políticas.

A. Interpretaciones diversas de los requisitos de la excepción

Cada componente de la excepción ha generado preguntas —y, por lo tanto, desacuerdo— sobre los estándares de prueba requeridos.

Primero, los tribunales difieren en cuanto a la calidad de evidencia sobre la ilegalidad es necesaria para activar la revisión en la cámara del juez. La Corte Suprema en *Zolin* sostuvo la necesidad de una base razonable⁷⁴. Lo que realmente significa esta base razonable, en todo caso, depende en el tribunal, en parte porque el término “descubrimiento *prima facie*” tiene distintas interpretaciones. Así lo lamentó un tribunal, “[la expresión] ‘demostración *prima facie*’ es una de las frases legales más elásticas; usualmente significa un poco más que mostrar lo que sea necesario que permita un salto inferencial suficiente para alcanzar un resultado en particular”⁷⁵.

Dada esta falta de certeza sobre el requisito de demostración *prima facie*, algunas cortes aplican una interpretación generosa. En estos tribunales, un cierto grado de especulación es permitido. Todo esto que se requiere “es un soporte factual que sustenta la creencia de buena fe de que la revisión en cámara puede revelar evidencia” para comprobar si la excepción aplica —no de que la evidencia muestra que la excepción aplica—. Esto quiere decir que estas cortes toleran un grado de

74 *United States v. Zolin*, 491 U.S. 554, 572 (1989).

75 *In re Grand Jury Proceedings*, 417 F.3d 18, 22-23 (1st Cir. 2005).

“especulación” al evaluar si existe una base razonable para permitir la revisión⁷⁶. En contraste, otras cortes exigen que haya causa probable⁷⁷, mientras que otras exigen que la parte solicitante establezca la ilegalidad a través de preponderancia de la evidencia⁷⁸.

Segundo, las cortes están divididas sobre cuanta evidencia se requiere para satisfacer el elemento “en fomento” —es decir, cómo mostrar que la evidencia de otro modo privilegiada está conectada con la ilegalidad. Algunas cortes solo requieren una relación razonable, en el sentido de que “solo las comunicaciones abogado-cliente y el producto de trabajo del abogado que caen dentro de la excepción son aquellos que muestran una relación válida *prima facie* con la violación, de tal manera que es ‘razonable relacionarla con la actividad fraudulenta’⁷⁹. Otras cortes solo aplicarán la excepción si existe una relación cercana entre las conversaciones privilegiadas y la ilegalidad. La aproximación más estricta, en todo caso, requiere una relación causal, es decir que la comunicación protegida debe dirigir al cliente a la comisión del acto ilegal.

Tercero, las cortes generalmente están de acuerdo con que la demostración para que la excepción aplique debe ser mayor que aquella para activar la revisión en cámara. Que tanto más, es otra área de disonancia. Este desacuerdo es particularmente evidente en casos ante el Gran Jurado. Allí, algunas cortes requieren que exista “causa probable para creer” que la excepción aplica⁸⁰. Otras cortes apenas requieren que exista “algún fundamento de hecho”⁸¹, o una base “razonable”⁸².

B. Cómo esta diferencia puede minar esfuerzos para combatir la corrupción política

La forma en la que se resuelven estas divisiones judiciales no solo determina la aplicación de la excepción por delito o fraude, sino su utilidad en la lucha contra la corrupción. Todos esos estándares diferentes impactan la aplicación de la excepción. Volvamos al caso antes visto de *In re John Doe Corporation* que involucraba

76 *See, e.g., In re Grand Jury Subpoena*, 974 F.2d 1068, 1073 (9th Cir. 1992) (“Cierta especulación es necesaria bajo el estándar de *Zolin*”).

77 Ver, por ejemplo., *Amusement Indus., Inc. v. Stern*, 293 F.R.D. 420, 426 (S.D.N.Y. 2013).

78 Esta aproximación es adoptada por las Cortes de los circuitos Cuarto y Doce, así como por la Corte del Distrito de Columbia. Ver, por ejemplo, *In re Grand Jury Proceedings #5*, 401 F.3d 247, 251 (4th Cir. 2005); *In re Sealed Case*, 754 F.2d 395, 399 (D.C. Cir. 1985); *In re Int'l Sys. & Controls Corp. Sec. Litig.*, 693 F.2d 1235, 1242 (5th Cir. 1982).

79 *In re Grand Jury Subpoena*, 419 F.3d 329, 346 (5th Cir. 2005).

80 Véase, por ejemplo, *In re John Doe, Inc.*, 13 F.3 633, 637 (2d Cir. 1994).

81 Véase, por ejemplo, *In re Grand Jury Subpoena*, 144 F.3d 653, 660 (10th Cir. 1998).

82 *In re Grand Jury Proceeding*, 417 F.3d 18, 23 (1st Cir. 2005).

un soborno a un oficial del gobierno. Allí, la Fiscalía buscaba que se descubrieran reportes internos. Asumamos que no todos los reportes mencionaban el soborno. En una corte que aplique el test estricto —test de relación cercana— solamente aquellos documentos que mencionaran el soborno podrían estar sujetos a la excepción por delito o fraude. Para aquellos materiales, la doctrina de producto de trabajo del abogado no podría seguir aplicando y esos documentos deberían ser introducidos al juicio. Los otros documentos, pese a que con certeza están relacionados con la investigación y el pago, no podrían estar sujetos a la excepción. Esos documentos siguen estando protegidos. Esto limita la capacidad de comprender el alcance y el contexto de la irregularidad.

Para los Estados Unidos, estas diferencias interpretativas son particularmente un problema actual relevante. La excepción por delito o fraude se ha alegado en diferentes formas de corrupción política llevada a cabo por personas cercanas a la administración presidencial de Trump. Mientras que el privilegio de abogado cliente no aplica a una entidad del gobierno federal⁸³, no es claro si el privilegio debería aplicar cuando el presidente está actuando en su capacidad personal o por acciones llevadas a cabo antes de servir como presidente.

A hoy, la excepción ha entrado jugar en tres instancias de corrupción política separadas. Primero, considere la investigación de Paul Manafort, quien fungió como el jefe de campaña del presidente Trump, así como Richard W. Gates, una de las conexiones de negocios de Manafort. Como parte de la investigación sobre la interferencia rusa con las elecciones presidenciales de 2006 en Estados Unidos, el fiscal especial Robert Mueller exitosamente alegó la excepción para lograr descubrir materiales del abogado que formalmente representó a Manafort y a Gates. La Fiscalía alegó que los acusados violaron la ley federal al encubrir el alcance de sus esfuerzos de *lobby* con el gobierno ucraniano y sus oficiales con dos cartas que el abogado de estos presentó ante la Unidad de Registro de Restricciones de Agentes Extranjeros de la división de Seguridad Nacional del Departamento de Justicia⁸⁴.

83 La intersección entre el privilegio abogado-cliente, la excepción por delito o fraude y las acciones irregulares del presidente, no son asunto nuevo. Este privilegio se fue alegado a finales de 1990 por el entonces presidente Clinton en respuesta a la solicitud de producción de evidencia, por parte del Fiscal Especial Kenneth Starr. El fiscal buscó información acerca de conversaciones de la Casa Blanca sostenidas con un abogado sobre los tratos que habría hecho con Whitewater Development Corporation antes de que Clinton se convirtiera en presidente. La corte del distrito negó la moción para anular la orden judicial. En apelación, la Corte del Octavo Circuito sostuvo “una entidad del gobierno federal” no puede alegar el privilegio abogado-cliente “para evitar cumplir con la citación ordenada por un Gran Jurado federal”. *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum*, 112 F.3d 910, 915 (8th Cir. 1997). De tal forma que, sin privilegio, no se requería ningún análisis adicional sobre la procedencia o no de la excepción.

84 *In re Grand Jury Investigation*, No. MC 17-2336 (BAH), 2017 WL 4898143, at *1 (D.D.C. Oct. 2, 2017).

La Fiscalía expidió una citación requiriendo información acerca de los documentos presentados ante el tribunal⁸⁵. Los acusados alegaron que la información estaba protegida por el privilegio abogado-cliente y por la doctrina de producto del abogado. La Fiscalía respondió que esas protecciones no aplicaban por razón de la excepción por delito o fraude⁸⁶. El ente acusador presentó evidencia *prima facie* de que Manafort y Gates sabían que las declaraciones presentadas eran “falsas, contenían verdades a medias, o eran engañosas por omisión”⁸⁷. Así, el propósito implícito de reunirse con el abogado era asistirlo en la comisión de un delito o fraude.

El juez Howell no encontró que el abogado se hubiera involucrado en ninguna conducta ilegal. En cambio, las mentiras y omisiones de Manafort y Gates engañaron al abogado para que presentara falsas declaraciones ante el Departamento

85 Específicamente la oficina del Fiscal Especial solicitó la siguiente información:

1. ¿Quiénes fueron las fuentes de cada una de las representaciones fácticas específicas presuntamente falsas o engañosas en las presentaciones, fechadas el 23 de noviembre de 2016 y el 10 de febrero de 2017, hechas por el testigo en nombre de sus clientes, los objetivos 1 y 2 y la compañía objetivo, a la Unidad de Registro de la Ley de Registro de Agentes Extranjeros (“FARA”, por sus siglas en inglés), de la División de Seguridad Nacional del Departamento de Justicia de los Estados Unidos?
2. ¿Quiénes fueron las fuentes de información sobre la política de retención de correo electrónico de la compañía objetivo que el testigo adjuntó a la Presentación de FARA del 23 de noviembre de 2016?
3. ¿El objetivo 1, objetivo 2 u otra persona dentro de la compañía objetivo, si alguien, aprobó las presentaciones de FARA del 23 de noviembre de 2016 y del 10 de febrero de 2017 antes de que el Testigo enviara cada una de esas presentaciones a la Unidad de Registro de FARA en el Departamento de Justicia de los EE.UU.?
4. Para cada fuente de información identificada en respuesta a las tres preguntas anteriores, ¿qué le dijo esa fuente al testigo sobre las representaciones fácticas específicas presuntamente falsas o engañosas en las presentaciones de FARA del 23 de noviembre de 2016 y del 10 de febrero de 2017?
5. ¿Cuándo y cómo recibió el testigo comunicaciones del objetivo 1, objetivo 2 o cualquier otra persona dentro de compañía objetivo con respecto a las representaciones fácticas específicas presuntamente falsas o engañosas en las presentaciones de FARA del 23 de noviembre de 2016 y 10 de febrero de 2017?
6. ¿El objetivo 1 u objetivo 2, o cualquier otra persona dentro de la compañía objetivo, planteó preguntas o correcciones con el testigo con respecto a las representaciones fácticas específicas que se alega que son falsas o engañosas en las presentaciones de FARA del 23 de noviembre de 2016 y del 10 de febrero de 2017 antes de que el testigo enviara esos documentos a la Unidad de Registro de FARA en el Departamento de Justicia de los Estados Unidos?
7. ¿Era práctica de los testigos revisar con sus clientes las comunicaciones escritas antes de enviarlas a la Unidad de Registro de FARA en el Departamento de los Estados Unidos?

86 La fiscalía también argumentó que se había renunciado a cualquier protección, en parte, en la medida en que las presentaciones ya proporcionaron al menos alguna información sobre las conexiones con Ucrania. *Id.* at *4.

87 *In re Grand Jury Investigation*, No. MC 17-2336 (BAH), 2017 WL 4898143, at *8 (D.D.C. Oct. 2, 2017).

de Justicia. Así, las solicitudes de descubrimiento pertenecientes a la protección, revisión y contenido de las dos cartas fue admitido⁸⁸.

La opinión del juez Howell destacó la importancia de aplicar la excepción, particularmente ante una citación del Gran Jurado, para asegurar “un fundamento esencial de la democracia, [a saber...] la participación directa y activa de las personas en la determinación de quién debía enfrentar un juicio por faltas delictivas [...] cuando una persona usa la relación abogado-cliente para fomentar un esquema criminal, la ley ha sabido establecer que ese reclamo del privilegio abogado-cliente o de la doctrina del producto de trabajo del abogado debe ceder ante las necesidades investigativas del Gran Jurado”⁸⁹.

Para alcanzar esa decisión, la corte aplicó la muy generosa aproximación de “alguna relación” a la excepción. La corte concluyó que las solicitudes del fiscal especial para descubrir “respuestas relacionadas con comunicaciones” con el abogado “tienen, al menos, ‘alguna relación’ con la ‘violación *prima facie*’ de la ley”. Este mínimo requerimiento hizo mucho más fácil para la oficina del fiscal especial satisfacer la excepción por delito o fraude. Si la corte hubiera aplicado un estándar mucho más estricto, como el de “relación causal”, el ofrecimiento de la oficina del fiscal especial probablemente no hubiera sido suficiente.

En una segunda investigación relacionada con la administración Trump, la mera expectativa de una inminente determinación de crimen o fraude ayudó a la Fiscalía en su lucha contra la corrupción. En abril de 2018, el Bureau de Investigaciones Federales (FBI) allanó la oficina, casa y la habitación del hotel de Michael Cohen, uno de los más antiguos abogados personales del presidente Trump. Cohen asistió a Trump en arreglar un acuerdo de no divulgación con dos mujeres que habrían alegado tener una aventura con el entonces candidato a presidente. Los detalles de este acuerdo eran el corazón de las investigaciones en cuanto a si el presidente Trump violó las reglas de elecciones presidenciales al omitir discutir en tiempo el acuerdo como una contribución en especie a la campaña⁹⁰.

Al autorizar la orden de allanamiento, el juez Wood de la Corte del Distrito Sur de Nueva York designó un *special master*⁹¹ para conducir la primera revisión de

88 *Id.*

89 *Id.* at *1.

90 Jonathan Turley, *Michael Cohen's Trump Tape Problem*, The Hill (July 24, 2018).

91 Nota del editor: un *special master* es un funcionario del juez y subordinado a este que se encarga de verificar que las órdenes del juez se cumplieron a cabalidad. Una figura paralela no existe en Colombia, en donde el único control es el que se realiza de manera posterior ante el juez de garantías.

documentos privilegiados en los materiales incautados⁹². Luego se le pidió al *special master* que se reuniera con el fiscal para proveer información suficiente que permitiera evaluar la viabilidad de cualquier reclamo del privilegio⁹³. La *special master* Barbara Jones su primer reporte de *special master* el 4 de mayo de 2018. El reporte detallaba el estatus de los documentos recaudados y anotó,

el *special master* proveerá a la corte con un cronograma para concluir con la revisión de privilegios una vez reciba un mayor volumen de documentos para ser revisados. El *special master* también conversó con las partes acerca de un procedimiento para resolver las disputas en cuanto al privilegio y finalizará dicho procedimiento después de una mayor consulta con las partes.

El juez Wood invitó a posibles argumentos para la excepción por delito o fraude.

Cohen aceptó cargos a mediados de agosto, mientras que la revisión de la *special master* Jones seguía en marcha, pero antes de que la corte expidiera alguna determinación sobre la excepción por delito o fraude⁹⁴. El plazo de prescripción para acusar al presidente Trump por la violación de leyes de financiamiento de campañas es de cinco años, un año más que su mandato actual. Queda por ver si se archivará tal caso. Independientemente de eso, parece probable que continúen las determinaciones judiciales sobre si la excepción por delito o fraude se aplica a los materiales de Cohen. El ahora prisionero Michael Cohen está formalmente cooperando con la oficina del Fiscal de Manhattan⁹⁵. La Fiscalía está investigando si la copañía de Trump falsificó registros mercantiles, sin embargo, los cargos aún no se han formulado. En caso de que el caso por financiación de la campaña o el de los registros comerciales continúen, la información obtenida de Cohen probablemente será el corazón de la potencial evidencia. De ser así, esto plantearía de nuevo la cuestión sobre el alcance de la aplicación de la excepción.

Tercero, es probable que el delito o fraude esté en el centro de la investigación por *impeachment* contra el presidente Trump. La investigación se centra en una

92 Orden de nombramiento, en material de ordines de allanamiento ejecutadas del 9 de abril, 2018, Case No. 18-MJ-3161 (SDNY April 27, 2018).

93 Este mismo procedimiento fue usado en *United States v. Gallego*, No. 4:18-cr-01537, 2018 U.S. Dist. LEXIS 152055 (D. Ariz. Sept. 6, 2018). Allí, Estados Unidos obtuvo una orden de allanamiento para la oficina de un abogado penalista del acusado. El abogado fue acusado por conspiración para obstruir con la justicia, conspiración para producir falsas declaraciones, y conspiración para poseer cocaína con fines de distribución. El acusado exitosamente solicitó que se asignara un *special master* que revisara el material incautado.

94 *See, e.g., Tom McCarthy & Ben Jacobs, Michael Cohen, Trump's Former Lawyer, Pleads Guilty in New York Court*, *The Guardian* (Aug. 21, 2018).

95 Dan Mangan y Chris Eudaily, *Trump's Ex-Lawyer Michael Cohen Cooperating with New York Prosecutors in Probe of Whether Trump Organization Falsified Records*, *CNBC* (Sep. 11, 2019).

conversación sostenida el 25 de julio entre el Presidente Volodymyr Zelensky y el presidente Donald Trump.

Rudy Giuliani, abogado actual del Presidente Trump, ya ha indicado su intención de alegar el privilegio abogado-cliente para la información buscada durante la investigación por *impeachment*. El Comité Selecto Permanente en Inteligencia de la Cámara de Representantes expidió una citación a Giuliani buscando la preservación e introducción de los materiales relacionados con alegaciones del presidente a través de las cuales presionaba al gobierno ucraniano para que investigara a Joe Biden, su rival político, y a su hijo⁹⁶. Los detalles de las conversaciones entre los presidentes de Estados Unidos y Ucrania están por llegar. Sin embargo, parece que Giuliani era el hombre clave de Trump, es decir, la persona que los oficiales ucranianos debían contactar con la información que encontrarán acerca de los Biden en Ucrania.

Como con cualquier análisis sobre la excepción por delito o fraude, la primera pregunta es si las comunicaciones con Giuliani y Trump caen dentro del privilegio abogado-cliente. Algunos expertos se cuestionan si el privilegio aplica aquí. Qué servicios le prestaba Giuliani a Trump respecto de las negociaciones con Ucrania, es algo todavía desconocido. Si la asistencia era algo más parecido al lobby o a las relaciones gubernamentales, el privilegio no sería aplicable⁹⁷. Cualquier comunicación entre Giuliani y una tercera parte caerían por fuera del privilegio⁹⁸. Más aun, no es claro si Giuliani representaba a Trump personalmente acerca de las comunicaciones con funcionarios ucranianos, particularmente debido a las declaraciones públicas de Giuliani en las que manifestó que no estaba actuando como el abogado del presidente para esas comunicaciones⁹⁹. Más aun, el privilegio solo aplica para la asesoría legal, no para consejos personales o comerciales.

Sin embargo, asumiendo que el privilegio aplica es probable que se den discusiones acerca de la aplicación de la excepción, comenzando por si la solicitud de investigación fue un “delito o fraude” suficiente para desencadenar la excepción. Si, como algunos sostienen, las conversaciones constituyen una violación a la financiación de las campañas o extorsión, el primer elemento se cumpliría¹⁰⁰.

96 Cyrus Mehri, Richard Condit, and Cleveland Lawrence III, *Why Giuliani and Trump Can't Hide Behind Attorney-Client Privilege*, Politico (Oct. 3, 2019).

97 *See, e.g.*, U.S. Postal Serv. v. Phelps Dodge Ref. Corp., 852 F. Supp. 156, 164 (E.D.N.Y. 1994); North Carolina Electric Membership Corp. v. Carolina Power & Light Co., 110 F.R.D. 511, 517 (M.D.N.C. 1986).

98 *See, e.g.*, U.S. v. Ackert, 169 F.3d 136, 139 (2d Cir. 1999).

99 Elaina Plott, *Rudy Giuliani l 'You should be happy for your country that I uncovered this'*, The Atlantic (Sept. 26, 2019).

100 De hecho, dos socios que ayudaron a Giuliani en sus esfuerzos para investigar a Joe Biden, estos fueron arrestados el 10 de octubre de 2019 por cargos criminales de violar las reglas de

Después, quedan preguntas acerca del estándar de prueba que se necesita para establecer la ilegalidad, así como lo que tiene que ver con la determinación de que tan abierta puede ser la aplicación de la excepción. La aproximación adoptar podría alterar el futuro del enfoque de las investigaciones sobre *impeachment*. Si se aplica el test de relación racional, una corte podría requerir a Giuliani para que provea cualquier información relacionada con cualquier mala conducta de campaña que involucre a Ucrania. Si aplica el test de relación causal, la información introducida podría ser mucho más limitada. El fiscal tendría que demostrar que la asesoría legal de Giuliani de hecho produjo que Trump incurriera en un esquema de ilegalidades. En ese escenario, solo aquellas conversaciones que tengan una relación causal podrían ser introducidas.

Con la investigación de *impeachment* en marcha, el poder judicial de los Estados Unidos tendría que resolver prontamente las diferentes aproximaciones a la excepción por delito o fraude. La Corte Suprema no ha abordado el tema de la excepción en los últimos veinte años. Si, en todo caso, el Congreso decide proceder, cualquier determinación que este tome acerca de información abogado cliente y un presidente de turno, seguro será apelada.

CONCLUSIÓN

Las prácticas corruptas pueden ser complejas y requerir una amplia comprensión sobre como evadir y manipular sistemas legales. Consecuentemente, los abogados tienen un rol en la corrupción —rol que podría ser encubierto por las reglas de evidencia. La excepción por delito o fraude es un arma poderosa para luchar contra esta realidad. A medida que quedan preguntas sobre el alcance de la excepción por delito o fraude, Estados Unidos está explorando formas alternativas de garantizar que los abogados no avancen a sabiendas de irregularidades. Se adoptaron varias reglas éticas nuevas y más estrictas después de Enron y escándalos financieros relacionados en este frente¹⁰¹. Como parte de estas nuevas obligaciones, los abogados están ahora éticamente habilitados para reportar ciertas formas e de sospechas de ilegalidad por sus clientes¹⁰². Este obligación de reporte

financiamiento de campañas: Aruna Vixwanatha, Rebecca Ballhaus, y Sadie Gurman, *Two Foreign-Born Men Who Helped Giuliani on Ukraine Arrested on Campaign-Finance Charges*, The Wall Street Journal (Oct. 10, 2019).

101 Esto incluye las reglas de ética, así como provisiones de la ley Sarbanes-Oxley. Véase Dennis J. Ventry, Jr., *Stitches for Snitches: Lawyers As Whistleblowers*, 50 U.C. Davis L. Rev. 1455, 1552 n. 15 and Appendix (2017) (detalla las normas de ética de los estados sobre la divulgación de información confidencial).

102 Véase, por ejemplo., Rules of Professional Conduct Rule 1.6(b)(2) (“evitar que el cliente cometa un delito o fraude que sea razonablemente seguro que resulte en una lesión sustancial a los intereses financieros o la propiedad de otro y en la promoción de que el cliente ha utilizado o está utilizando los servicios del abogado”). De hecho, un abogado que reporta delitos financieros puede ser elegible para premios de denunciantes por proporcionar comunicaciones privilegiadas si se

no destruye el privilegio abogado-cliente. Un abogado puede reportar un delito, sin que el reporte por sí solo altere la posibilidad que tiene el cliente de alegar el privilegio en cualquier procedimiento subsecuente¹⁰³. Así, reportar puede ayudar a desenmascarar corrupción pero no necesariamente en su persecución.

Sin embargo, la utilidad de esta arma depende en que tan difícil sea activar la excepción que tan ampliamente sea aplicada. Los desacuerdos en la judicatura sobre los estándares de prueba apropiados arriesgan con debilitar esta excepción clave. De la mano de restringir la restricción de la excepción por delito o fraude viene el riesgo de desenmascarar menos corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Advisory Committee's Notes to 1970 Amendment to Fed. R. Civ.

Auburn K. Daily y S. Britta Thornquist, *Has the Exception Outgrown the Privilege? Exploring the Application of the Crime-Fraud Exception to the Attorney-Client Privilege*, 16 Geo. J. Legal Ethics 583, 585–86 (2003).

Christopher Paul Galanek, *The Impact of the Zolin Decision on the Crime-Fraud Exception to the Attorney-Client Privilege*, 24 Ga. L. Rev. 1115, 1122 (1990).

Cyrus Mehri, Richard Condit, and Cleveland Lawrence III, *Why Giuliani and Trump Can't Hide Behind Attorney-Client Privilege*, Politico (Oct. 3, 2019).

Dan Mangan y Chris Eudaily, *Trump's Ex-Lawyer Michael Cohen Cooperating with New York Prosecutors in Probe of Whether Trump Organization Falsified Records*, CNBC (Sep. 11, 2019).

David J. Fried, *Too High A Price for Truth: The Exception to the Attorney-Client Privilege for Contemplated Crimes and Frauds*, 64 N.C. L. Rev. 443, 444 (1986).

Dennis J. Ventry, Jr., *Stitches for Snitches: Lawyers As Whistleblowers*, 50 U.C. Davis L. Rev. 1455, 1552 n. 15 and Appendix (2017).

les permite revelar dicha información bajo las reglas de ética estatales. Véase, Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934; *Release No. 34-64545*, 7 C.F.R. §§ 240, 249 (2016).

103 Roger C. Cramton *et al.*, *Legal and Ethical Duties of Lawyers after Sarbanes-Oxley*, 49 Vill. L. Rev. 725, 784 (2004).

Edward J. Imwinkelried, *The Need to Amend Federal Rule of Evidence 404(b): The Threat to the Future of the Federal Rules of Evidence*, 30 Vill. L. Rev. 1465, 1466 (1985).

Elaina Plott, *Rudy Giuliani l 'You should be happy for your country that I uncovered this'*, The Atlantic (Sept. 26, 2019), available at: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2019/09/giuliani-ukraine-trump-biden/598879>.

Geoffrey C. Hazard, *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, 66 Cal. Rev. 1061, 1062 (1978).

H. Lowell Brown, *The Crime-Fraud Exception to the Attorney-Client Privilege in the Context of Corporate Counseling*, 87 Ky. L.J. 1191, 1210 (1999).

Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934; *Release No. 34-64545*, 7 C.F.R. §§ 240, 249 (2016).

Ladd, *Privileges*, 1965 LAW & SOC. ORD. 555, 577.

Roger C. Cramton *et al.*, *Legal and Ethical Duties of Lawyers after Sarbanes-Oxley*, 49 Vill. L. Rev. 725, 784 (2004).

Tom McCarthy y Ben Jacobs, *Michael Cohen, Trump's Former Lawyer, Pleads Guilty in New York Court*, The Guardian (Aug. 21, 2018).

Two Foreign-Born Men Who Helped Giuliani on Ukraine Arrested on Campaign-Finance Charges, The Wall Street Journal (Oct. 10, 2019).

Jurisprudencia

Alexander v. U.S., 138 U.S. 353, 358, (1891).

Amusement Indus., Inc. v. Stern, 293 F.R.D. 420, 426 (S.D.N.Y. 2013).

Brennan Center for Justice v. U.S. Dept. of Justice, 697 F.3d 184, 207 (2d Cir. 2012).

Case No. 18-MJ-3161 (SDNY April 27, 2018).

Clark v. U.S., 289 U.S. 1, 15 (1933).

Coleman v. Am. Broad. Cos., Inc., 106 F.R.D. 201, 208 (D.D.C. 1985).

Diamond v. Stratton, 95 F.R.D. 503, 505 (S.D.N.Y. 1982).

- Drummond Co. v. Conrad & Scherer, LLP, 885 F.3d 1324, 1337 (11th Cir. 2018).
- Feld v. Fireman's Fund Ins. Co., 991 F. Supp. 2d 242, 247 (D.D.C. 2013).
- Granada Corp. v. Honorable First Court of Appeals, 844 S.W.2d 223, 227-28 (Tex. 1992).
- Grossman v. Schwarz, 125 F.R.D. 376, 387 (S.D.N.Y. 1989).
- Gutter v. E.I. DuPont De Nemours*, 124 F. Supp. 2d 1291, 1300-01 (S.D. Fla. 2000).
- Haigh v. Matsushita Elec. Corp. of Am., 676 F. Supp. 1332, 1357 (E.D. Va. 1987).
- Harris Mgmt., Inc. v. Coulombe, 151, A.3d 7, 18-19 (Me. 2016).
- Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 510-11 (1947).
- Howell's State Trials 1139 (1743).
- In re Bairnco Corp. Sec. Litig.*, 148 F.R.D. 91, 100 (S.D.N.Y. 1993).
- In re Disciplinary Proceeding Against Schafer*, 66 P.3d 1036, 1044 (Wash. 2003).
- In re General Motors Corp.*, 153 F.3d 714 (8th Cir. 1998).
- In re Grand Jury Investigation (Schroeder)*, 842 F.2d 1223, 1227 (11th Cir. 1987).
- In re Grand Jury Investigation*, 445 F.3d 266, 269 (3d Cir. 2006)
- In re Grand Jury Investigation*, 810 F.3d 1110, 1114 (9th Cir. 2016).
- In re Grand Jury Investigation*, 918 F.2d 374, 379 (3d Cir. 1990).
- In re Grand Jury Investigation*, 974 F.2d 1068, 1073 (9th Cir. 1992).
- In re Grand Jury Investigation*, No. MC 17-2336 (BAH), 2017 WL 4898143, at *1 (D.D.C. Oct. 2, 2017).
- In re Grand Jury Investigation*, No. MC 17-2336 (BAH), 2017 WL 4898143, at *8 (D.D.C. Oct. 2, 2017).
- In re Grand Jury Proceeding*, 417 F.3d 18, 23 (1st Cir. 2005).

In re Grand Jury Proceedings #5 Empaneled January 28, 2004, 401 F.3d 247, 253(4th Cir. 2005).

In re Grand Jury Proceedings #5, 401 F.3d 247, 251 (4th Cir. 2005).

In re Grand Jury Proceedings, 33 F.3d at 348.

In re Grand Jury proceedings, 87 F.3d 377, 381 (9th Cir. 1996).

In re Grand Jury Proceedings, Thursday Special Grand Jury Sept. Term, 33 F.3d 342, 350 (4th Cir. 1994).

In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated Sept. 15, 1983, 731 F.2d 1032, 1039 (2d Cir. 1984).

In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum, 112 F.3d 910, 915 (8th Cir. 1997).

In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum, 731 F.2d 1032, 1041 (2d Cir. 1984).

In re Grand Jury Subpoena, 144 F.3d 653, 660 (10th Cir. 1998).

In re Grand Jury Subpoena, 419 F.3d 329, 335 (5th Cir. 2005).

In re Grand Jury Subpoena, 974 F.2d 1068, 1073 (9th Cir. 1992).

In re Grand Subpoena, 745 F.3d 681, 687 (3d Cir. 2014).

In re Int'l Sys. & Controls Corp. Sec. Litig., 693 F.2d 1235, 1242 (5th Cir. 1982).

In re John Doe Corp., 675 F.2d 482, 491 (2d Cir. 1982).

In re John Doe, Inc., 13 F.3 633, 637 (2d Cir. 1994).

In re John Doe, 662 F.2d 1073, 1076 (4th Cir.1981).

In re Pub. Def. Serv., 831 A.2d at 902.

In re Sealed Case, 107 F.3d 46, 50 (D.C.Cir.1997).

In re Sealed Case, 754 F.2d 395, 399 (D.C. Cir. 1985).

Intervenor v. United States (In re Grand Jury Subpoenas), 144 F.3d 653, 660 (10th Cir. 1998).

Jaffee v. Redmond, 518 U.S. 1, 10 (1996).

MC Asset Recovery, LLC v. Castex Energy, Inc., No. 4:07-CV-076-Y, 2012 WL 12919303, at *2 (N.D. Tex. May 31, 2012).

Monon Corp. v. Stoughton Trailers, Inc., 169 F.R.D. 99, 104 (N.D. Ill. 1996).

Nat.-Immunogenics Corp. v. Newport Trial Grp., No. SACV1502034JVSJCGX, 2018 WL 6137597, at *3 (C.D. Cal. May 16, 2018) *on reconsideration in part*, No. SACV152034JVSJCGX, 2019 WL 3110021 (C.D. Cal. Mar. 19, 2019).

Nobelpharma Ab v. Implant Innovations, Inc., 930 F. Supp. 1241, 1261 (N.D. Ill. 1996), *aff'd*, 141 F.3d 1059 (Fed. Cir. 1998).

North Carolina Electric Membership Corp. v. Carolina Power & Light Co., 110 F.R.D. 511, 517 (M.D.N.C. 1986).

Ott v. State, 222 S.W. 261, 263 (Tx. 1920).

Parrott v. Wilson, 707 F.2d 1262, 1271-72 (11th Cir. 1983).

People v. Radojcic, 998 N.E. 1212, 1220-21 (Ill. 2013).

Pfeifer v. State Farm Ins. Co., 1997 WL 276085, *3 (E.D. La. 1997).

San Francisco Residence Club, Inc. v. Baswell-Guthrie, 897 F. Supp. 2d 1122, 1215 (N.D. Ala. 2012).

Stirum v. Whalen, 811 F. Supp. 78, 82 (N.D.N.Y. 1993).

Sutton v. Stevens Painton Corp., 951 N.E.2d 91, 96 (Ohio Ct. App. 2011).

Towne Place Condo. Ass'n v. Philadelphia Indem. Ins. Co., 284 F. Supp. 3d 889, 895 (N.D. Ill. 2018).

Tremmel v. United States, 445 U.S. 40, 53 (1980).

U.S. Postal Serv. V. Phelps Dodge Ref. Corp., 852 F. Supp. 156, 164 (E.D.N.Y. 1994).

U.S. v. Ackert, 169 F.3d 136, 139 (2d Cir. 1999).

U.S. v. Buitrago-Dugand, 712 F. Supp. 1045, 1048 (D.P.R. 1989).

U.S. v. Loftin, 507 F. Supp. 108, 112 (S.D.N.Y. 1981).

United States v. Chen, 99 F.3d 1495, 1503-04 (9th Cir. 1996).

United States v. Doe, 429 F.3d 450, 454 (3d Cir.2005).

United States v. Gallego, No. 4:18-cr-01537, 2018 U.S. Dist. LEXIS 152055 (D. Ariz. Sept. 6, 2018).

United States v. Moazzeni, 906 F. Supp. 2d 505, 517 (E.D. Va. 2012).

United States v. Nobles, 422 U.S. 225, 237 (1975).

United States v. Zolin, 491 U.S. 554, 556 (1989).

Upjohn Co. v. U.S., 449 U.S. 383, 390 (1981).

Normatividad

Reglas federales de Procedimiento Civil.