



Colección Anuario Derecho Penal

CORRUPCIÓN, CRIMEN ORGANIZADO, LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DE TERRORISMO Y COMPLIANCE

HOMENAJE AL PROFESOR FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ HURTADO POZO
EDITOR

THIERRY GODEL
COLABORADOR

AUTORES

Copia del original a solicitud del autor

URSULA CASSANI	LETIZIA PAOLI
BERTRAND PERRIN	THOMAS SCHRÖDER
PHILIPPE LIGER-BELAIR	RENATO VARGAS LOZANO
ELISA SCAROINA	ALESSANDRO LUPPI
JÜRGEN WESSING	JOSÉ HURTADO POZO
MERCEDES HERRERA GUERRERO	FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA
PEDRO PABLO CAIRAMPOMA BARRÓS	DIANA CAROLINA AGUDELO MANCERA



Compliance en despachos de abogados*

JÜRGEN WESSING

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los diversos ámbitos de riesgos.— 1. Preparativos para el primer caso. 2. “Cuando dos se disputan...”.— a. Consentimiento del interesado (§ 6 lit. a).— b. Tratamiento necesario para la ejecución de un contrato (§ 6 lit. b).— c. Tratamiento necesario para cumplir una obligación legal (§ 6 lit. c).— d. Tratamiento necesario para el ejercicio o en el ejercicio de una función de interés público (§ 6 lit. f).— 3. Investigaciones internas a la luz de la protección de datos.— a. Protección de datos de las medidas represivas (§ 26 inc. 1 frase 2 BDSG).— b. Autoriza al empleador a procesar datos personales de los empleados (§ 26 inc. 1 frase 1 BDSG).— IV. Conclusión.

RESUMEN

ESPAÑOL

En este artículo, se trata de una situación bastante complicada y sensible por estar relacionada con el ejercicio de la abogacía. A pesar de las constantes recomendaciones de los abogados para que las empresas se doten de sistemas adecuados de Compliance, ellos mismos no se preocupaban de tomar esta medida de precaución respecto a sus actividades. La necesidad y urgencia de hacerlo son explicadas a través del análisis de tres casos muy importantes tanto económica como judicialmente. Cabe destacar el caso concerniente a la empresa Volkswagen, relacionado con el escape de gas de los vehículos producidos y vendidos. Un aspecto trascendente estudiado es el relativo a la garantía y protección de los datos personales. De allí, la conclusión a la que se llega es que los abogados, sobre todo las oficinas de cierta importancia, se doten del sistema de Compliance para evitar que parte de sus miembros cometan violaciones a las regulaciones sustantivas y procesales en el ejercicio de sus actividades profesionales.

FRANCÉS

Dans le présent article, il s'agit d'une situation plutôt complexe et délicate parce qu'elle est liée à la pratique du droit. Malgré les recommandations constantes des avocats pour que les entreprises se dotent de systèmes adéquats de Compliance, elles ne s'inquiètent pas elles-mêmes de prendre cette mesure de précaution dans le cadre de leurs activités. La nécessité et l'urgence de le faire s'expliquent par l'analyse de trois cas très importants, tant

* “Compliance in Anwaltskanzleien”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 9/2018 pp. 368-374. Recuperado de <<https://bit.ly/391TPUh>>.

sur le plan économique que judiciaire. Il convient de mentionner celle concernant la société Volkswagen, relative aux gaz d'échappement des véhicules produits et vendus. Un aspect important étudié est la garantie et la protection des données personnelles. D'où la conclusion que les avocats, en particulier les bureaux d'une certaine importance, sont équipés d'un système de conformité pour empêcher la partie de leurs membres d'enfreindre les règles de fond et de procédure dans l'exercice de leurs activités professionnelles.

INGLÉS

In this article, it is a rather complicated and sensitive situation because it is related to the practice of law. In spite of the constant recommendations of lawyers that companies equip themselves with adequate Compliance systems, they themselves do not worry about taking this precautionary measure with respect to their activities. The necessity and urgency of doing so are explained through the analysis of three very important cases, both economically and judicially. It is worth mentioning the one concerning the company Volkswagen, related to the gas exhaust of the vehicles produced and sold. An important aspect studied is the guarantee and protection of personal data. Hence the conclusion that lawyers, especially offices of certain importance, are equipped with the Compliance system to prevent the part of their members violations of substantive and procedural regulations in the exercise of their professional activities.

I. INTRODUCCIÓN

Tal vez, el título de este artículo “Compliance en despachos de abogados” puede asombrar a algún lector. En efecto, el concepto de Compliance se ha difundido ampliamente, al punto de devenir inflacionario, como raramente ha sucedido con otro concepto jurídico en los últimos diez años (Rotsch, 2015, § 1 n.º 4 y ss.). No obstante, este concepto se relaciona más con las empresas o el dominio médico, en donde tiene su origen. Sin embargo, raramente, los abogados consideran la cuestión del Compliance en relación con sus propios bufetes. Al respecto, se debe prestar atención a que nadie se preocupó, durante años y en otros ámbitos, de esta problemática, hasta que empresas quebraron por falta de Compliance (Poppe, 2013). En este artículo se trata de aclarar por qué la auto-Compliance en oficinas de abogados es una obligación. Al respecto, se exponen tres destacados ejemplos, los que muestran esta situación y, así mismo, los problemas y cuestiones jurídicas que se presentan, sobre todo, en relación con el derecho de la protección de datos personales. La nueva ordenanza sobre el Reglamento Básico de Protección de Datos (DSGVO) prevé no solo un abanico de cuestiones jurídicas complicadas y parcialmente oscuras, sino también la posibilidad que pueda, en caso

de violación de ciertas disposiciones, imponerse a la empresa una multa de hasta 20 millones de euros, o el equivalente al 4 % del volumen de negocios anual a escala mundial (!) (vgl. art. 83 del DSGVO).

II. LOS DIVERSOS ÁMBITOS DE RIESGOS

1. Preparativos para el primer caso

Un aspecto esencial del Compliance de los bufetes de abogados es el planeamiento y preparación de indagaciones en sus propios locales. En épocas anteriores, las oficinas de abogados eran consideradas sacrosantas y la regla era que fueran objeto de investigaciones de manera excepcional. En la actualidad, esta percepción ha cambiado radicalmente. Así, no es raro que, en estos días, los titulares de los grandes periódicos publiquen artículos informativos sobre investigaciones del Ministerio Público en uno u otro gran bufete de abogados. Recientemente, figuran entre ellas, en especial, la intervención en las Sociedades Jones Day y Freshfields, internacionalmente activas.

En el caso Volkswagen referente al asunto del escape de gas, el US-Bufet Jones Day tuvo que proporcionar informaciones internas y así colaborar en la determinación de los hechos. De esto se aprovechó el Ministerio Público de Múnich para, mediante indagaciones en los locales de la oficina de abogados, confiscar numerosos documentos. Volkswagen mismo juzgó este hecho “contrario a las reglas procesales precisas del principio del Estado de derecho” (citado en <<https://bit.ly/3895IXf>> el 23 de julio del 2018). Muy parecida atención despertó la intervención en las oficinas de Freshfields en Frakfurt. De manera fuerte y clara, este bufete manifestó que la investigación se vinculaba a una relación con los clientes, “la cual había tenido como objeto los llamados Cum/Ex-Negocios, que databan de ya hace algunos años (citado en <<https://bit.ly/2TfRXAJ>> el 23 de julio del 2018). Estos ejemplos ponen en evidencia una tendencia a que las corporaciones y grandes empresas deberían considerar que las oficinas de abogados serán, con mayor frecuencia, objeto de investigaciones, a diferencia de lo que sucedía en

años anteriores. Pero también despachos más pequeños o medianos no escaparían a esta nueva tendencia.

Fuera de que el Tribunal Constitucional Federal ha declarado, según la ley actual y en particular el § 160a StPO V, que las oficinas de abogados deben estar preparadas para cuando se presenta una emergencia, que el tribunal solo ha constatado la constitucionalidad de la opinión jurídica del tribunal de la instancia inferior (BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR1780/17 = NJW 2018, p. 2385 y ss.). Por lo tanto, aún depende de los tribunales regionales decidir si aceptan esta decisión o adoptan una opinión diferente (cfr. acerca de LG Braunschweig, 2016, p. 37). Lo que nosotros, como abogados, brindamos a nuestros clientes cuando desarrollamos para ellos un programa de Compliance, también debemos implementarlo en nuestro propio bufete de abogados. Más precisamente: un horario y una cadena de información deben estar disponibles, los empleados (abogados, *back office* o técnicos) deben estar capacitados. Sería arrogante y presuntuoso creer, que por ser uno mismo abogado también podría actuar, como civilista o especialista en derecho público, ante cada funcionario de policía criminal o cada fiscal. Me he formado como abogado aún en la creencia de que “quien se representa así mismo, tiene en todo caso un loco como mandante”. Esto hace que el plan de emergencia de Compliance sea la forma más rápida de convertirse en un asesor penalista externo.

En primer lugar, como bufete de abogados, se debe crear un plan de urgencia para investigaciones, que luego sirva de guía en caso de emergencia. Este plan debe estar disponible para todos los empleados, incluidos los no juristas, y estar a su disposición en sus escritorios. Si realmente se trata de una investigación, deben solicitar que se les muestren las credenciales de identificación y, así mismo, registrar tanto el nombre como los números de servicio de los investigadores. Además, deben solicitar la exhibición directa de la orden de registro y, en el mejor de los casos, fotocopiarla. En seguida, se recomienda contactar al menos a uno de los socios de la firma para informar sobre la intervención

(investigación). Si ninguno de los socios ha llegado todavía a la oficina, se solicitará a los funcionarios que esperen hasta que llegue uno de los socios. En las firmas de abogados civiles, también puede ser aconsejable contratar a un abogado penalista externo, que puede ser llamado en caso de una investigación. El nombramiento de un encargado de investigación interno también puede ser bastante útil (Kusnik, 2015, p. 22). Por un lado, este puede actuar como una persona de contacto para los propios empleados. Por otro, puede intentar delinear el curso de la búsqueda, por ejemplo, guiando primero a los investigadores a una habitación separada para evitar que se “escapen” solos y de manera incontrolada. A través de la capacitación y, si es necesario, de una escenificación de la investigación de pruebas especialmente preparada, los empleados pueden ser legalmente informados y familiarizados con la situación especial de una indagación. Los empleados deben ser claramente instruidos que también corren el riesgo, por la entrega voluntaria de documentos relacionados con clientes, de ser procesados, de conformidad con el § 203 CP-DE, por violación de secretos¹. Por lo tanto, es aconsejable disminuir el número de entrevistas en el curso de la investigación y, además, abstenerse de proporcionar cualquier información (Michalke, 2018, p. 1490 y s.). También deben abstenerse de destruir cualquier evidencia en el último momento. Aquí, puede surgir la sospecha de un riesgo de ocultamiento, en el sentido del § 112 pf. 2 n.º 3 StPO V. Por supuesto, aún vale la pena mencionar, que tampoco se debe resistir de ninguna manera a los funcionarios.

En general, una búsqueda debe ser (solo) soportada. No hay entonces ninguna obligación de cooperar. Todas estas cosas deben estar bien preparadas para minimizar el daño que puede causar una investigación. Desafortunadamente, el hecho mismo de que se haya llevado a cabo una indagación puede perjudicar de modo irreparable la propia reputación (cfr. BVerfGE 105, 365, 372). Por lo tanto, es lamentable

1 Una reseña sobre las diversas situaciones en las que colaboradores pueden guardar silencio ante autoridades de investigación se puede consultar en Dann, NJW 2015, 2609.

observar que el Tribunal Constitucional Federal no ha optado por una mayor protección contra las investigaciones en los bufetes de abogados. Es de esperar que el legislador aborde este tema para contrarrestar los inconvenientes actuales.

2. “Cuando dos se disputan...”

Si dos se disputan, se sabe que el tercero se regocija. Sin embargo, en el mundo jurídico, es sobre todo importante que cuando esto sucede, no deben ser representados, en principio, por el mismo abogado. Otra parte importante del rompecabezas del Compliance de abogados es la llamada verificación de conflicto de intereses. Se sabe que la ley prohíbe a los abogados representar intereses en conflicto para poder garantizar su independencia y su obligación solo con los intereses de sus clientes (cfr. BVerfGE 108, 150). Lo que en teoría se presenta como simple, es todo un reto en la práctica. El establecimiento de un sistema de Compliance eficiente es, por lo tanto, una obligación especialmente para los grandes bufetes de abogados con implicaciones interregionales². Pero incluso en el caso de los bufetes de abogados menos grandes, al aceptarse un nuevo cliente, deben asegurarse que no se presenten conflictos con los demás.

Las bases legales de la prohibición de representar intereses en conflicto son los §§ 356 CP-DE, 43a pf. 4 BRAO y § 3 BORA. Fundamentalmente, estas reglas prohíben a un abogado aconsejar o representar a partes que tienen intereses contradictorios al mismo tiempo o con posterioridad (Offermann-Burckart, 2010, § 10 n.º 9). Una infracción puede tener graves consecuencias: además de penas de multa y de privación de la libertad, la exclusión del ejercicio de la profesión de abogado, así como demandas civiles por daños y perjuicios, conforme al § 280 inc. 1 BGB y la reducción de la remuneración según el § 628 (1) inc. 2 BGB.

2 Según el § 3 inc. 2 BORA, la prohibición de representación en caso de conflicto intereses se aplica no solo al abogado individual, sino también a cualquier otro abogado que trabaje con él en la misma corporación profesional o de oficina.

Para evitar esto, por lo tanto, es necesario examinar, antes de admitir un nuevo cliente, si las partes involucradas han estado o no comprendidas en procedimientos pasados o presentes y, de ser así, si puede haberse presentado conflicto de intereses. La forma más fácil de hacerlo es que el bufete de abogados introduzca un sistema interno de base de datos en el que se acumulen las informaciones más importantes sobre el cliente. Esto también incluye un resumen de las concretas actividades del cliente, porque solo así se puede determinar si se pueden desarrollar diferentes intereses entre las distintas partes (Klugmann, 2018, p. 1633 y s.). La situación global se agrava cuando se tiene en cuenta la relación con la Ley de Protección de Datos, en particular respecto al nuevo DSGVO. La pregunta interesante es si la recopilación de datos del cliente para los fines de una futura evaluación de conflicto de intereses es una operación de procesamiento admisible en el sentido del DSGVO. Si este no es el caso, el cliente podría, si se trata de una recopilación ilícita, ejercer el derecho de eliminar su información personal, conforme al art. 17 del DSGVO, lo que haría obsoleto el establecimiento de una base de datos.

Además, se presenta aquí el problema que, para un examen adecuado de los conflictos de intereses, los datos de los clientes siempre deben conservarse de manera indefinida. Un conflicto de intereses todavía puede persistir muchos años después de que un mandato haya terminado (cfr. BGH NJW 2011, p. 373). El único factor decisivo es si tal colisión concierne el mismo caso, cfr. § 356 CP-DE. También en el marco del § 43a pf. 4 BRAO, la opinión predominante es que la característica del mismo caso jurídico es presumida como un elemento no escrito del tipo legal (Henssler, 2018, pp. 342 y 344). Esto debe entenderse como una circunstancia que, en vista de los hechos que la fundamentan o de las personas involucradas, puede ser total o parcialmente sometida a una sola apreciación jurídica (Offermann-Burckart, 2010, § 10 n.º 24). La jurisprudencia y la doctrina reconocen que tampoco una larga duración de las relaciones de vida común no la excluye y, por lo tanto, no importa el intervalo entre la primera y la segunda intervención (Offermann-Burckart, 2010, § 10 n.º 23; Römermann y Praß, 2018, §

43a BRAO n.º 173). Sin embargo, es cuestionable si esta circunstancia es compatible con el DSGVO.

De acuerdo con el § 5 pf. 1 lit. b) del DSGVO, solo se deberían recopilar datos para fines específicos, claros y legítimos. Aquí se podría recurrir primero al contrato de mandato. La finalidad de este contrato es, ante todo, llevarlo a cabo, es decir, la ejecución y el desarrollo del mandato, o sea el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo mismo (DAV-Muster: Hinweise zur Datenverarbeitung, S. 1, citado en <<https://bit.ly/2I0fBMn>> el 23 de julio del 2018).

A tal efecto, no se incluirá ningún almacenamiento adicional, debido a que ya no se relaciona con la implementación del mandato. Por el contrario, el propósito de un control de colisión es más bien la preparación de un nuevo mandato. Es cierto que una encuesta previa con el fin de llevar a cabo el contrato de mandato también es legal, de conformidad con el § 6 pf.1 inc. 1 lit. b) del DSGVO. Sin embargo, si los datos se recopilaran únicamente para este propósito, esto significaría que los datos del cliente se eliminarían en caso de desaparición de este objetivo, es decir, al finalizar el mandato.

Además, se podría, sin embargo, definir como un propósito adicional que los datos del cliente que se utilicen para la comprobación de conflicto de intereses también sean almacenados indefinidamente, al incluirse la declaración de protección de datos al contrato del cliente como una finalidad del procesamiento. Esto sería básicamente posible porque el almacenamiento para una futura verificación de conflictos de intereses no es el propósito del propio contrato de mandato, pero sí está permitido cuando se fijan varios propósitos (Heberlein, 2017, § 5 n.º 13). Además de la determinación (*Festlegung*), debería tratarse de una finalidad clara y legítima. Precisión, en este contexto, significa que el propósito de la preparación no debe ser demasiado amplio, mas si suficientemente delimitado (Herbst, 2018, § 5 n.º 35; Pötters, 2018, § 5 n.º 14). En la carta a los clientes, se puede especificar con precisión que

también se recopilan datos que van más allá del propósito contractual real, con el fin de verificar las colisiones y que se almacenarán en una base de datos. Si el propósito es legítimo o no, depende de si también se cumple con los principios generales del derecho externos al campo de la protección de datos (Heberlein, 2017, § 5 n.º 15). Este sería el caso aquí, ya que el examen de los conflictos de intereses sirve para salvaguardar la independencia del abogado (Träger, 2016, § 43a n.º 54) y, por lo tanto, para cumplir con un deber profesional fundamental. (Römermann y Praß, 2018, § 43a BRAO n.º 160).

En consecuencia, una recopilación de datos destinada a la prueba de conflicto de intereses es permitida, conforme al § 5 del DSGVO, si el propósito del examen ha sido preestablecido. Sin embargo, para la legitimidad debe cumplirse, además de los requisitos del § 5 del DSGVO, al menos una de las condiciones del § 6 pf. 1 del DSGVO.

a. Consentimiento del interesado (§ 6 lit. a)

Básicamente, todo depende del consentimiento de la persona afectada, es decir, de que el cliente ponga término al mandato. Sin embargo, esto tendría la desventaja de que el almacenamiento solo sería posible hasta que el cliente revoque su consentimiento, § 7 pf. 3 del DSGVO. Como resultado, la integridad de dicha base de datos no sería garantizada y dejaría de ser útil. Por lo tanto, el consentimiento está fuera de discusión.

b. Tratamiento necesario para la ejecución de un contrato (§ 6 lit. b)

Además, el almacenamiento, conforme el § 6 pf. 1 lit. b) del DSGVO, podría ser necesario para el cumplimiento de un contrato, es decir, el procesamiento de datos tendría que ser necesario para los fines del contrato (Heberlein, 2017, § 6 n.º 13). Sin embargo, esto debe rechazarse con el mismo razonamiento expuesto respecto al § 5 del DSGVO. El almacenamiento con la finalidad de verificar conflictos de intereses está

destinado a permanecer disponible mucho tiempo después de que se haya cumplido el contrato. Sin embargo, el acuerdo de mandato ya no podrá constituir más el fundamento después del cumplimiento bilateral. Por lo tanto, el § 6 pf. 1 lit. b) del DSGVO no es relevante.

c. Tratamiento necesario para cumplir una obligación legal (§ 6 lit. c)

Además, el procesamiento también puede ser requerido para cumplir con una obligación legal a la cual está sujeto el controlador, aquí el despacho de abogados. Tendría, conforme al § 6 (3) frase 1 del DSGVO, que existir una base legal según la legislación de la UE o el derecho de los Estados miembros a los que está sujeto el controlador, en este caso la ley alemana, que requiere que el abogado conserve los datos de los clientes durante la duración de la ejecución del contrato. Una de estas obligaciones está regulada en § 50 BRAO. Disposición que obliga al abogado a establecer archivos para dar una imagen ordenada y precisa de los mandatos a su cargo.

De acuerdo con el § 50 pf. 1 n. 2 BRAO, debe conservar estos archivos durante un período de seis años, que comienza a correr a partir del final del año calendario en el que se terminó el trabajo³. Por lo tanto, existe la obligación de que el abogado realice el almacenamiento. Por un lado, el propósito del almacenamiento aquí es diferente: los datos deben servir como prueba del trabajo realizado y no para una verificación de conflicto de intereses. Por otro, el plazo de seis años es relativamente corto. Como ya se explicó, los conflictos de intereses pueden surgir incluso en el caso de un mandato más largo (Klugmann, 2018, p. 1633 y s.).

Sin embargo, se puede pensar que la prohibición de la representación de intereses en conflicto, de acuerdo con los §§ 356 CP-DE, 43a pf. 3, 45 BRAO, 3 BORA, obliga también al abogado a guardar los datos

3 Además de esta obligación, también pueden ser relevantes los deberes relativos a la documentación fiscal y a la retención. Aquí, igualmente, se debe prever un período limitado que no permitiría, por lo tanto, el almacenamiento permanente.

del cliente por un período que supere la duración del contrato, en este caso aún de manera ilimitada. Solo de esta manera, se puede garantizar que el abogado aún pueda llevar a cabo un control de colisión adecuado incluso en un período más amplio. A favor de esto, habla el hecho de que la prohibición de la representación de intereses en conflicto es una obligación legal fundamental (Römermann y Praß, 2018 § 43a BRAO n.º 160).

Solo comparando los datos de los clientes, el abogado podrá determinar si existe o no un conflicto de intereses para asumir un nuevo mandato. Para poder comparar esto de manera confiable, se debe permitir al abogado almacenar, al menos, los datos relevantes de los clientes necesarios solo para tal verificación en una base de datos útiles únicamente para el propósito de dicha verificación. De lo contrario, se requeriría que el abogado elimine los datos después del cumplimiento del contrato y, a más tardar, después del vencimiento del período de seis años previsto en el § 50 BRAO. Después de la cancelación, ya no podrá incluir mandatos que tengan más de seis años en una evaluación de conflicto de intereses. En total, por lo tanto, es de constatar que el procesamiento de los datos durante un período indefinido para fines de verificación de conflictos de intereses es lícito en el sentido del § 6 (1) lit. c) del DSGVO.

Copia del original a solicitud del autor

Copyright del Instituto Pacífico

www.institutopacifico.pe

d. Tratamiento necesario para el ejercicio o en el ejercicio de una función de interés público (§ 6 lit. f)

Además, el procesamiento también podría, según § 6 pf. 1 lit. f) del DSGVO, ser legal si es necesario para salvaguardar los intereses legítimos del responsable o un tercero, a menos que prevalezcan los intereses o derechos y libertades fundamentales del interesado, que requieren la protección de datos personales. Aquí entran en consideración los intereses de la firma como responsable.

Los abogados deben estar protegidos de los conflictos de intereses internos para que no tengan que apreciar los hechos desde dos perspectivas diferentes (Römermann y Praß, 2018 § 43a BRAO n.º 161). Por un lado, no se puede exigir a un abogado que se asegure de que no representa intereses en conflicto, y, por otro, imponerle la obligación de eliminar los datos relacionados con el mandato después de cierto tiempo. Si existe un interés legítimo en prevenir el fraude (considerando 47 del Reglamento (EU) 2016/679); en primer lugar, debe considerarse como un interés legítimo la prevención del riesgo de responsabilidad penal personal. Por lo tanto, se trata de un interés que es claro y necesario en el sentido del ordenamiento jurídico, ya que no es previsible un medio igualmente adecuado y más indulgente para lograr ese propósito (cfr. Schulz, 2018, art. 6 n.º 52 f.).

Frente a este derecho se encuentra la finalidad real del DSGVO, deben protegerse en particular los datos personales y deben ser limitados los intereses de terceros para obtener dichos datos (Buchner y Petri, 2018, art. 6 n.º 148). Los derechos básicos de los §§ 7 y 8 del GRCh y el derecho general a la privacidad en la forma del derecho de autodeterminación informativa deben ser considerados especialmente. Sin embargo, sin querer divagar en un examen demasiado profundo de los derechos fundamentales, como la legalidad del procesamiento según lo explicado en la sección “c” (ver *supra*), se debe tener en cuenta que se manifiestan muchos argumentos a favor de una legalidad conforme a lo expuesto en esta sección “f”. Un cuidadoso control de colisión también sirve a los intereses del cliente, ya que solo puede obtener seguridad en la medida que exista una relación de confianza suficiente con su abogado y este se desenvuelva independientemente de otros intereses (Träger, 2016, § 43a n.º 54). Además, la relación entre el abogado y el cliente implica una relación especial de confianza (Heberlein, 2017, art. 6 n.º 24). El abogado está legalmente sujeto a secreto, conforme el § 203 CP-DE, es decir, el cliente básicamente puede asumir que el abogado no transmitirá sus datos sin motivo, ya que de lo contrario se expondría al riesgo de responsabilidad penal.

Como deber profesional fundamental del abogado existe la obligación, a favor de los intereses del público en general, de conservar un almacenamiento sin plazos para los fines de la verificación de colisiones, ya que esto garantiza la confianza en la profesión de abogado (BVerfG NJW 2001, 3180 (3181); Heine y Weißer, in Schönke y Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 356 n.º 1). Aunque predomina la opinión de que los intereses generales por sí solos no son suficientes para justificar una legalidad, según, lit. f) (Buchner y Petri, 2018, § 6 n.º 146). Pero, aquí están en juego los intereses del abogado, así como los del propio cliente. Cuando se pondera esto, predomina, por lo tanto, el almacenamiento de los datos del cliente con el fin de verificar la colisión.

En consecuencia, tal almacenamiento es lícito tanto según el § 6 pf. 1 lit. c) como también el lit. f) del DSGVO. Por lo tanto, esto significa que es necesario un almacenamiento ilimitado de los datos del cliente para cumplir con los deberes profesionales, lo que también está permitido por la Ley de Protección de Datos (llega al mismo resultado Klugmann, 2018, p. 1633 y s.). Por lo tanto, el cliente no tendría tampoco ninguna pretensión a que se eliminen los datos de conformidad con el § 17 del DSGVO, ya que, por un lado, la finalidad de la recopilación en el sentido del § 17 pf. 1 lit. a) del DSGVO, a saber, el cumplimiento del deber profesional del abogado, no caduca aún después de un largo período y supervive siempre la obligación legal de realizar pruebas de colisión, en el sentido del § 17 pf. 3 lit. b) del DSGVO.

Solo este ejemplo muestra qué tan enredadas y complicadas pueden ser las nuevas regulaciones del DSGVO. Las instrucciones de la DAV proporcionan una buena guía y prevén también un modelo para cumplir con la obligación de informar en virtud de los §§ 13 y 14 del DSGVO. Sin embargo, por los argumentos que acabamos de explicar, este modelo debería complementarse con una indicación expresa del procesamiento destinado a verificar la colisión. De lo contrario, se corre el riesgo de ser multado,

conforme al § 13 pf. 1 lit. b) del DSGVO, ya que existe la obligación de informar a la persona concernida sobre la finalidad de la recopilación.

Además, debe señalarse respecto al examen de conflictos de intereses que, junto a razones de conflictos profesionales, los mandatos también pueden ser rechazados por consideraciones de la política del despacho de abogados o de índole económica. Este puede ser el caso, por ejemplo, si se trata de un cliente que no se adecúa a la estructura de los mandatos del bufete de abogados o si existe un riesgo para la reputación de este mismo (Finken, 2012, B. n.º 39). Los aspectos económicos también pueden influir en el rechazo si, por ejemplo, debe actuarse contra clientes importantes, incluso cuando se trata de un caso completamente diferente (Gottschalk y Klugmann, 2009, p. 129 y s.). Por lo tanto, como ya se mencionó, es importante que se almacenen, además de los datos del cliente, informaciones breves sobre el contenido del mandato en el sistema de datos para poder realizar un análisis retrospectivo completo de los conflictos. Si existe alguna duda sobre si se da un conflicto de intereses, también es posible ponerse en contacto con el Colegio de Abogados correspondiente, que puede proporcionar asesoramiento (Offermann-Burckart, 2010, § 10 n.º 11).

3. Investigaciones internas a la luz de la protección de datos

Desde el caso Siemens, las investigaciones internas también están en boca de todos en Alemania. Estas investigaciones internas se utilizan para detectar delitos y violaciones de obligaciones, pero en particular también para la simple aclaración de los hechos. Este instrumento también puede ser de interés para los bufetes de abogados, sobre todo para los grandes despachos, con el fin de obtener una visión general de las situaciones sospechosas y, así, evitar quejas. Con respecto a la admisibilidad de las investigaciones internas, se presentan diversos problemas legales, muchos de los cuales son compatibles con el nuevo derecho de protección de datos. Por lo tanto, se debe describir brevemente en qué medida las investigaciones internas son compatibles con la nueva Ley de Protección

de Datos, mejor dicho, si una de estas investigaciones entra en conflicto con el derecho de protección de datos de los empleados de una oficina de abogados. Dada la gran cantidad de medidas disponibles que se plantean en caso de una investigación interna y la naturaleza limitada de esta contribución, la revisión de documentos, como documentos de trabajo, y otros registros comerciales, debe servir como un ejemplo ilustrativo.

En primer lugar, el empleado está obligado a entregar todos estos documentos a su empleador. Por un lado, esto se debe al hecho de que él es el poseedor y el empleador es el propietario (Preis, 2018, § 611 n.º 754; Fritz y Nolden, 2010, p. 170 y s.) Por otro lado, de acuerdo con el § 667, en relación con el § 675 BGB, el empleado está obligado a devolver todo lo que ha logrado obtener en el curso de la prestación de su servicio. No obstante, también se deben respetar las normas de protección de datos.

a. Protección de datos de las medidas represivas (§ 26 inc. 1 frase 2 BDSG)

Aquí, debe hacerse una distinción entre medidas represivas y preventivas. La admisibilidad por parte de la Ley de Protección de Datos de las medidas represivas se rige inicialmente por el § 26 pf. 1 inc. 2 BDSG. Esta disposición debe aplicarse como una disposición más específica respecto al DSGVO, ya que el legislador alemán ha hecho uso de su derecho, en virtud del § 88 pf. 1 del DSGVO, a establecer prescripciones nacionales (Maschmann, 2018, § 26 BDSG n.º 1; Riesenhuber, 2018, § 26 BDSG n.º 20). El § 88 pf. 2 del DSGVO menciona expresamente la vigilancia en el puesto de trabajo. De acuerdo con el § 26 pf. 1 inc. 2 BDSG, los datos personales de empleados solo pueden ser utilizados si hay indicios reales de que uno de ellos ha cometido un delito mientras trabajaba. En este caso, el procedimiento debe realizarse exclusivamente para lograr descubrirlo, es decir, sancionarlo. En principio, tal medida solo puede dirigirse hacia el sospechoso de haber cometido el delito. La única posibilidad para consultar los registros de varios empleados es cuando la sospecha también está dirigida contra una pluralidad

de empleados (Riesenhuber, 2018, § 26 BDSG n.º 132). Además, la medida debe ser necesaria y ningún interés digno de protección del empleado debe ser descuidado en el momento de la ponderación. En particular, no hay ningún interés digno de protección en el hecho de que el empleado no quiera ser mostrado como un criminal (Riesenhuber, 2018 § 26 BDSG n.º 137). Incluso, si se transponen los principios de autoincriminación en este caso, el resultado es el mismo. El sospechoso no está obligado, en verdad, a participar en su propia inculpación. Sin embargo, sus registros comerciales pueden ser revisados sin su ayuda, de modo que la disposición no es violada. En principio, todos los casos deben ser evaluados en sí mismos, por lo que no se puede desarrollar un esquema formal. Cabe señalar que, sin embargo, en el caso de pruebas concretas de un delito, se debe asumir la investigación del delito como interés primordial del empleador.

Un problema especial para los bufetes de abogados es la cuestión de si también es posible revisar documentos de empleados abogados, a pesar que estén sujetos a un deber de secreto (§ 203 CP-DE, § 43a (2) BRAO, § 2 BORA). Se podría aceptar que estos empleados violan su deber de confidencialidad, si permiten una revisión de sus registros sin objeciones, ya que en estos documentos también suelen encontrarse secretos relacionados con el mandato. El § 203 CP-DE presupone que el autor revele tal secreto ajeno sin autorización. Una revelación presupone que el secreto aún existe en el momento del acto o que el tercero lo desconoce (Fischer, 2018, § 203 n.º 30). Aquí se podría dudar de la presencia de la circunstancia “de poder ser autorizado”, si se admite que el cliente comparte su secreto con el bufete de abogados y, en consecuencia, también con los abogados que trabajan allí. De cualquier manera, este es el caso de los socios, ya que un contrato de mandato generalmente se concluye con toda la sociedad. Una transferencia entre abogados asalariados no es punible porque esto no se hace sin autorización, sino con consentimiento del cliente. Este es consciente de que a los abogados empleados también se les confía el mandato, ya que trabajan bajo la supervisión e instrucciones de los socios. Por lo tanto, el cliente

debe considerar que un socio, usualmente, también recurre a la ayuda de sus abogados empleados para manejar los mandatos. Así mismo, un abogado que sea objeto de una investigación interna no debería oponerse a ella, ya que no puede violar su obligación de guardar el secreto. De esto debe distinguirse, por ejemplo, las comunidades de despachos (*Bürogemeinschaften*), ya que los mandatos no se asumen conjuntamente, sino que cada abogado se ocupa de sus propios clientes (Römermann 2018, § 59a BRAO n.º 206 y ss.). Además, el mandante puede celebrar explícitamente un contrato con abogados individuales, de modo que incluso en ese caso se podría dar una violación de la confidencialidad.

b. Autoriza al empleador a procesar datos personales de los empleados (§ 26 inc. 1 frase 1 BDSG)

El § 26 pf. 1 inc. 1 BDSG autoriza al empleador a procesar datos personales de los empleados si es necesario para una decisión sobre la fundamentación, la implementación o la terminación de una relación laboral. Según el pf. 8 n. 1, empleados (*Beschäftigte*) son ante todo las salaridas o los salaridos. Es controvertido si el término empleado también incluye órganos del ente, por ejemplo, el director general de una GmbH. Sin embargo, esto debe rechazarse con el argumento de que el legislador alemán no los incluyó en el área de aplicación del § 26 BDSG. Además, son diferentes de los empleados con contratos de servicio independientes, conforme el § 611 BGB (Maschmann, 2018, § 26 BDSG n.º 7; Herbst Tobias, § 5. n.º 35).

En el marco de una relación de trabajo, también se incluyen medidas en la reglamentación que deben servir no para detectar, sino prevenir los delitos (Maschmann, 2018, § 26 BDSG n.º 58; Riesenhuber, 2018, § 26 BDSG n.º 138 f; Thüsing, 2009, pp. 865 y 867). Sin embargo, es bastante dudoso que la revisión de los registros comerciales sirva como tal medida preventiva. De conformidad con § 26 inc. 5 BDSG, deben tomarse medidas que también cumplan con los principios del § 5 del DSGVO. De acuerdo con el § 5 pf. 1 lit. b) del DSGVO, las medidas

deben tener también un propósito claro. La revisión indiscriminada de los registros comerciales para evitar un crimen probablemente no sería un propósito nítido. Más bien, debe admitirse, sobre la base de valores empíricos, que en ciertas áreas pueden ocurrir más incumplimientos específicos del deber (de la misma opinión también Riesenhuber, 2018, § 26 BDSG n.º 142). Un ejemplo de esto sería el llamado análisis de empleados (*Mitarbeiterscreening*) en el sector financiero, en el que los datos de empleados y de clientes se comparan entre sí para verificar las transacciones y garantizar que la propia empresa no sea objeto de abuso por lavado de dinero (Henrich y Pyrcek, 2016, p. 1451). Solo entonces se puede suponer que la medida también es proporcional. No puede ser el sentido y el propósito de § 26 inc. 1 pf. 1 de la Ley Federal de Protección de Datos (BDSG) que exista un control total en el bufete de abogados o en la empresa, consistente en realizar un seguimiento paso a paso de cada empleado en todo momento con fines supuestamente preventivos. En particular, esto contradeciría el aspecto de protección de datos de la minimización de datos, que se orienta a reducir el número de ocasiones de usar los datos (Pötters, 2018, § 5 n.º 22). Para la permisión de las medidas preventivas, deberían darse criterios de experiencia que muestren que ciertos tipos de actividades de abogados son propicios, particularmente, a la comisión de delitos. En la actualidad, todavía faltan tales criterios empíricos generales, por lo que esto debe evaluarse caso por caso. Más bien, será más probable que sea ocasión para sancionar cuando existan indicios concretos de un delito.

El consentimiento faltará, probablemente, debido a la libertad de voluntad, la que puede ser, según el § 7 pf. 4 DSGVO i.V.m. § 26 BDSG, también un requisito previo para la legalidad. El considerando 43 del DSGVO (considerando 47 del Reglamento (EU) 2016/679) habla en contra de la índole voluntaria del consentimiento cuando existe un claro desequilibrio entre la persona responsable y la persona interesada. Así mismo, conforme al § 26 inc. 2 BDSG, se tendrá en cuenta la dependencia existente de la persona empleada, así como las circunstancias del consentimiento. De conformidad con el § 26 inc. 2 n. 2 BDSG, el consentimiento puede en

particular admitirse si proporciona beneficios legales o económicos para el empleado o si persigue los mismos intereses que su empleador. Para los empleados, tal interés probablemente solo estará disponible en casos raros. Finalmente, existe la posibilidad de regular todo a través de un colectivo. También todavía existe la posibilidad de regular la totalidad en un convenio colectivo, § 26 inc. 1 frase 1 en relación con inc. 4 BDSG. Además de los acuerdos colectivos, también se incluyen los convenios de empresa y del comité de portavoces, que se han realizado de acuerdo con el BetrVG o el SprAuG (Tiedemann, 2018, § 88 n.º 9). Sin embargo, esta variante generalmente no será considerada por las firmas de abogados, ya que es posible (ver § 1 BetrVG), aunque inusual, que despachos (Kanzleien) tengan un comité de empresa.

También se discute, si la disposición es aplicable, no solo a los hechos penales, sino también a las infracciones del deber, como las violaciones graves al contrato de trabajo. Según la opinión predominante, aquí también se puede recurrir al § 32 BDSG versión anterior (cfr. BAG NZA 2017, 112 (114 f.); BAG NJW 2012, 3594). Estos principios también deben aplicarse al § 26 (1) BDSG, con más precisión a pf. 1 n. 1 (BAG NJW 2017, 1193, s.), ya que, de otro modo, el legislador, conociendo la jurisprudencia BAG, hubiese debido prever una modificación aclaratoria en la nueva versión de la BDSG (Gräber y Nolden, 2018, § 26 BDSG n.º 22 f.).

Además de las disposiciones de la BDSG, en caso de una investigación interna, son a considerar los requisitos del § 6 pf. 1 n. 1 lit. b) y f) del DSGVO. En este caso rige también, en principio, que los exámenes de rutina solo se pueden llevar a cabo sobre la base de constataciones empíricas determinadas por el análisis de riesgo (Schulz, 2018 § 6 n.º 106: un ejemplo de esto, entre otros, es la vigilancia en cajas registradoras y en jardines de cerveza-ferias). Sin embargo, como regla general, también faltan criterios empíricos relevantes para los exámenes de rutina en los bufetes de abogados. No obstante, la disposición tiene una gran relevancia porque, a diferencia de las disposiciones del BDSG, también

se aplica a los representantes del cuerpo ejecutivo (Maschmann, 2018 § 26 n.º 7). Por lo tanto, los representantes de los órganos también pueden ser objeto de investigaciones internas si esto es en interés de la persona responsable, es decir, la firma de abogados.

En general, se puede constatar que la Ley de Protección de Datos permite investigaciones internas, pero exige requisitos exactos. Así entonces, si los bufetes de abogados (grandes) deciden usar este instrumento, deben asegurarse de que sus investigaciones también están permitidas por las reglas de protección de datos.

IV. CONCLUSIÓN

Estos tres ejemplos ya muestran que el Compliance también es de gran relevancia para los despachos de abogados y que muchas preguntas siguen sin respuesta en esta área. Es tanto más importante que los bufetes de abogados se preocupen de la problemática, mejor hoy que mañana, para evitar violaciones de la Ley de Protección de Datos, pero también para obtener los beneficios de un buen sistema de Compliance. Estos consisten, en particular, en la prevención y en la capacitación de sus propios empleados, con el fin de anular las inconductas y las dificultades asociadas, en el interior como al exterior, desde sus raíces. Incluso los bufetes de abogados no evitarán siempre sanciones, conforme los §§ 130, 30 OWiG. Al respecto, se ha demostrado en el pasado, que un sistema de cumplimiento bien establecido suele ser recompensado por las autoridades investigadoras e incluso puede acarrear la reducción de la pena (BGH StV 2018, 36). Por lo tanto, un consejo bien intencionado: ¡Actívate en tu propia casa antes de que sea demasiado tarde!