

Importancia de la Auditoría Jurídica

Una especialidad en el Derecho Moderno

Ensayos



Jayme Vita Roso



CULTURAL CUZCO

Auditoría Jurídica

Jayme Vita Roso



CULTURAL CUZCO

ÍNDICE

Capítulo Primero

Acuerdos de No Competencia y Acuerdos de Confidencialidad: ¿Cómo evaluarlos a través de la Auditoría Jurídica?

I.- Introducción.....	7
II.- La Auditoría Jurídica ante el acuerdo de Competencia o de Confidencialidad.....	8
III.- El Certificado del Auditor Jurídico.....	12
IV.- Conclusiones.....	15

Capítulo II

Auditoría jurídica para negociaciones internacionales.

I.- Introducción.....	19
II.- Algunas simulaciones de contratos internacionales bajo la apreciación de la auditoría jurídica.....	25
III.- Las adquisiciones internacionales y sus disposiciones.....	33

Capítulo III

Reconstruyendo ideas y juicios sobre la auditoría jurídica

I.- Para entender y discutir las ideas del autor sobre auditoría jurídica.....	45
II.- La distinción entre la auditoría jurídica y la <i>due diligence</i>	47
III.- Opinión jurídica o parecer jurídico.....	63

Capítulo IV

La contratación, las comunicaciones y el parecer del auditor jurídico.

I.- Introducción.....	75
II.- ¿Cómo se procesa la contratación del auditor jurídico?.....	77
III.- El proceso de elaboración del parecer del auditor jurídico.....	84

Capítulo V

La destrucción de *Tapes Backups* sin uso: La auditoría jurídica y su rol para esa orientación.

I.- Concepto de documento en el derecho brasileño.....	93
II.- El abogado y su responsabilidad por documentos que les confían.....	97
III.- La modificación del Código de Proceso americano y la posibilidad de destrucción de disquetes, tapes y correo electrónico ya utilizados.....	99
IV.- Breves consideraciones comparativas: derecho brasileño y derecho americano.....	103
V.- La misión social de la abogacía y la responsabilidad del abogado.....	106

Capítulo VI

La ética en las virtudes y en los vicios de la T.I. (Tecnología de la Información)

I.- La ética en las virtudes y en los vicios de la T.I. (Tecnología de la Información).....	115
II.- Un poco de historia. La necesidad de conocer la historia política para acercarse a la ética pública.....	119
III.- ¿Cómo evalúa el auditor jurídico el ejercicio de su tarea? III.1.....	125
III.2.....	131
III.3.....	147
Bibliografía.....	163

Capítulo Primero
Acuerdos de No Competencia
y Acuerdos de Confidencialidad:
¿Cómo evaluarlos a través
de la Auditoría Jurídica?

Acuerdos de No Competencia y Acuerdos de Confidencialidad: ¿Cómo evaluarlos a través de la Auditoría Jurídica?

I.- Introducción

Las compañías transnacionales (CT) usan cada vez más los acuerdos de no competencia y los de confidencialidad (ANC) para proteger sus secretos comerciales, industriales, tecnológicos o mercadológicos en sus múltiples facetas.

Si los operadores del derecho trataron de proteger a sus clientes, desde la fase de esbozo y borrador, convocado el auditor jurídico a pronunciarse sobre un caso concreto, el auditor jurídico no se contentará con el texto que se materializó con la expresa voluntad de los contratantes. De ahí que es necesario, en este abordaje, aumentar el campo de investigación del auditor para con las informaciones recogidas en cualquier hecho o acto generado durante la negociación y en las minutas previas, o todavía existentes en la empresa, o con sus

abogados para que pueda él, al final, elaborar su parecer¹.

II.- La Auditoría Jurídica ante el acuerdo de Competencia o de Confidencialidad.

Considerando que el acuerdo de confidencialidad es el resultado de la convergencia de voluntades de las partes que a él adhieren, ¿se puede inferir que él es un contrato? ¿De qué tipo? ¿Cuál es su amplitud? ¿Es la ética soporte de esa manifestación de voluntades?

Esas interrogantes le ocurren al auditor jurídico cuando, habiendo recogido las informaciones y los documentos pre o postfirma del acuerdo de confidencialidad, el auditor inicia el trabajo de conocimiento de las piezas, cómo surgieron, por qué las partes decidieron negociarlo y cuáles son los intereses que se deben proteger. Ese proceso desembocará en la investigación pormenorizada de todo el material que le entregaron.

¹ Por auditoría jurídica, entendemos: “La Auditoría jurídica es el trabajo que puede ser desempeñado únicamente por un abogado en el regular ejercicio de la profesión, mediante una contratación previa y escrita, dentro de los cometimientos conferidos por ley, para operar la revisión de procesos o proceder a la evaluación de una o múltiples situaciones concretas que le son presentadas, en el ámbito de la abogacía, para emitir, en las dos hipótesis, con observancia de los principios éticos y legales, su parecer”. Sobre el parecer, que podrá o no ser conclusivo, será él siempre vinculante, para quien lo emita, firmándolo. VITA ROSO, Jayme. Auditoría jurídica para a sociedade democrática. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001. p. 43.

A partir de entonces, empezarán a surgir los principios legales involucrados en el negocio².

Es un hábito que los ejecutivos, los investigadores, los contadores, las empresas, al utilizar los ANC, como condición previa de compromiso, ajusten un acuerdo de confidencialidad, comúnmente conocido como “acuerdo de no competencia”, aunque sean de naturaleza distinta.

Esa certeza lleva el auditor jurídico a reflexionar:

- a. ¿Hubo un legítimo interés de negocio a ser protegido?;
- b. ¿cuál es ese legítimo interés de negocio?;
- c. ¿Se cuidan informaciones confidenciales que fueron transmitidas al empleado?;
- d. ¿Cómo certificarse, previamente, de que el empleado recibió “informaciones confidenciales” durante la prestación de servicio?;
- e. Además de las informaciones confidenciales, ¿tuvo el empleado acceso a “secretos de los negocios de la empresa”? ¿cómo apoderarse de ellos? ¿por cuáles medios? ¿de qué forma? ¿lo hizo?; y

² Por razones prácticas, sin divagaciones doctrinarias, el acuerdo de confidencialidad es un contrato innominado, obligatoriamente escrito, estipulado y concluido por agentes capaces, restringido a la teleología de la finalidad social, con un fuerte contenido ético en la estipulación, y no puede herir ni la libertad de trabajar, de cualquier persona, mucho menos servir de “maniobra” contra los intereses del país o violar conducta tipificada como anticompetencia.

- f. ¿Serían las informaciones de la empresa, protegidas por el acuerdo de confidencialidad, contemporáneamente, valiosas y confidenciales?

Pasadas esas cuestiones por la apreciación del auditor jurídico, en su proceso de elaboración, él cuidará, con particular interés, las consideraciones³, que hayan sido incluidas en el acuerdo de confidencialidad. La razón determinante del interés del auditor jurídico de ponderar las consideraciones es que, siendo ellas el sustento o apoyo sustentáculo del acuerdo de confidencialidad, serían la causa⁴ del contrato o la causa que llevó las partes a contratar. Ejemplificando algunas de ellas:

³ “Consideration. Something of value (such as an act, a forbearance, or a return promise) received by a promisor from a promisee. Consideration, or a substitute such as promissory estoppel, is necessary for an agreement to be enforceable”. In: GARNER, Bryan A. Black’s Law Dictionary. Saint Paul, West Group, 1999. p. 300-301. GORLA, Gino. Enciclopedia del Diritto. vol. IX. Milano, Giuffrè Editore, 1961. p. 176-184.

⁴ A propósito, con toda la sabiduría, Miguel Reale, en el Anteproyecto del Código Civil, resalta que “es ese espíritu de comprensión ética de la realidad socioeconómica que orienta la revisión de las reglas generales sobre la formación de los contratos y la garantía de su ejecución equitativa”, siendo cierto que, añade, al disciplinar las obligaciones, también es indispensable “dejar explícito, como principio de condición de todo el proceso hermenéutico, que la libertad de contratar sólo puede ser ejercida en consonancia con los fines sociales del contrato, implicando en los valores primordiales de la buena fe y de la probidad. Se trata de un precepto fundamental, dispensable tal vez bajo el enfoque de una estrecha comprensión positivista del Derecho, pero esencial a la adecuación de las normas particulares a la concreción ética de la experiencia jurídica”. Diario Oficial, Brasilia, 7.ago.1972, Suplemento AC N° 149, p. 5.

- (a) Consideración adecuada (adequate consideration): es aquella satisfactoria y razonable a las circunstancias del acuerdo.
- (b) Consideración debida (due consideration): consideración suficiente.
- (c) Consideración continuada (continuing consideration): un acto o su desempeño extendido a lo largo del tiempo.
- (d) Consideración futura (future consideration): esta puede asumir varios significados en la construcción de casos, siendo cada uno específico. Sólo uno es relevante en el ámbito de este trabajo: la consideración que se debe después que la otra parte cumple con su obligación (esta hipótesis es muy recordada en las cuestiones de pactos antenupciales).

En líneas generales, se nota que el empleado sabía esas deducciones del auditor jurídico, antes de firmar el ANC.

Pero, cualquier cláusula que restrinja la libertad del empleado, sea impidiendo de trabajar, sea dejarlo constreñido en el ejercicio de las funciones para las que fue contratado, podrá ser anulada por la Justicia del Trabajo⁵, caso resulte, por cualquier motivo, en dolor o en profunda pena al trabajador; también se le permi-

⁵ “Art. 9º – Serán nulos de pleno derecho los actos practicados con el objetivo de desvirtuar, impedir o fraudar la aplicación de los preceptos contenidos en la presente Consolidación”. Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT).

te pleitear la reparación del daño moral efectivamente sufrido⁶.

III.- El Certificado del Auditor Jurídico.

La pieza del auditor jurídico que encierra el trabajo para el cual fue contratado, debe ser fundamentada. Quien la recibe no puede inferir del texto ninguna deducción no escrita, por eso el extremado cuidado para que la fundamentación del parecer explice las razones, los motivos y los fundamentos que condujeron el proceso mental del auditor jurídico en la concepción de su labor, antes de ser entregado a quien lo contrató.

Algunas consideraciones sobre el texto del parecer jurídico merecen un breve análisis.

La redacción de las cláusulas consideradas críticas en ese tipo de contrato, ciertamente será objeto de agudo análisis, que podrá llevar el auditor jurídico a considerarlas írritas ante un hecho sucedido o una pluralidad de ellos, que pusieron en cuestión la relación de las partes.

⁶ La reparación del daño moral está garantizada en la Constitución Federal brasileña, en el capítulo de las normas pétreas. El texto está así redactado: “Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándoles a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: ... V - está garantizado el derecho de respuesta, proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen”.

Con mucho apuro, el auditor, si expidió o remitió, leerá y releerá la cláusula de confidencialidad.

Interpretada, sistemáticamente, con las demás del contrato y confrontada con el objeto del cuestionamiento, que le fue pasado, evaluará la sutileza de la redacción con las intenciones de las partes labradas en el texto.

Su conclusión, muchas veces, podrá no conciliar con la de la empresa o la del empleado que lo haya contratado.

Lo mismo sucederá con la cláusula de no competencia, que en el Derecho Estatutario americano viene consolidándose con el título “covenant⁷ not to compete”.

No le escapará al auditor jurídico, en contratos de esa naturaleza, como las partes, concedoras de sus intereses que serán tutelados, recíprocamente, en el

⁷ “Covenant. A mutual consent or a agreement of two or more persons to do or to forbear some act or thing; a contract; a compact; a bargain; arrangement; or stipulation; a writing containing the terms of agreement or contract between parties. To enter into a formal agreement; to contract; to bind one’s self by contract. To grant or promise by covenant”. In: THE WEBSTER ENCYCLOPEDIA Dictionary of the English Language. vol. I. Nueva York Grolier Inc., 1968. p. 198. Conociendo, también, entre otros: “absolute covenant”; “affirmative covenant”; “assertory covenant”; “auxiliary covenant”; “collateral covenant” y “concurrent covenant”. In: GARNER, Bryan A. Black’s Law Dictionary. Saint Paul, West Group, 1999. p. 369.

contrato, proyectaron y definieron cada una y cual (o cuales) interés (intereses) sería(n).

Es posible que suceda una hipótesis que presente una o más circunstancias que lleven el auditor jurídico a optar por un medio alternativo de resolución de pendencias, para, con propiedad y con presteza, encerrar un conflicto, que podrá ser económicamente perjudicial a las partes.

Dentro del medio alternativo, la elección de la mediación⁸ podrá ser la más apropiada, principalmente cuando las partes todavía pretenden seguir manteniendo una relación de negocio, cuando las partes se esfuercen y no lleguen a un acuerdo como resultado de un desentendimiento sobre cualquiera de las dos hipótesis cuidadas en este artículo; cuando hay peligro inminente de que la discordia resulte en perjuicios irreparables y cuando, en fin, es deseable un acuerdo para encerrar de forma sigilosa lo que las partes no llegaron a un buen término.

⁸ “Mediation is a voluntary procedure in which the disputants meet with a neutral party in a good faith effort to negotiate a resolution of their dispute. Through mediated negotiations, the parties whose agreement is necessary for a comprehensive resolution of a dispute are identified, brought to the negotiating table, educated as to the factual contentions and legal theories of all sides, and given the opportunity to evaluate in confidence the realistic options for resolution. Ideally, the end product is a settlement agreement that is reduced to writing and executed at the mediation”. COOPER, Corinne. MEYERSON, Bruce E. A drafter’s guide to alternative dispute resolution. Chicago: American Bar Association - Committee on Dispute Resolution - Business Section, 1991. p. 34.

IV.- Conclusiones.

- I.** El trabajo del auditor jurídico en cuestiones cruciales para empresas, involucrando acuerdo de confidencialidad o de no competencia, o los dos, es la forma eficaz de que el interesado que lo utiliza pueda llegar a la solución de un evento dañino, a primera vista, pero que, al final, no se configura, ni por culpa, mucho menos por dolo, pues la especialidad y la tradición del auditor jurídico pueden servir de guía para tomar la decisión, que puede encerrar una posible discordia. La certeza vendrá del trabajo calificado, que orientará a la parte interesada, o a ambas.
- II.** No es posible que cualquier empresa, que no sea de sociedad de abogados, contrate un auditor jurídico, como tampoco se puede prever, en el contrato, un acuerdo de confidencialidad o de no competencia, por disposición expresa del Estatuto de la Orden de los Abogados de Brasil⁹.

⁹ Aquí, colacionados los artículos 25 y 27, del Código de Ética y Disciplina, de la OAB, que cuidan el sigilo profesional: “Art. 25 - El sigilo profesional es inherente a la profesión, imponiéndose su respeto, salvo grave amenaza al derecho a la vida, a la honra, o cuando el abogado se vea afrontado por el propio cliente y, en defensa propia, debe revelar un secreto, sin embargo siempre restringido al interés de la causa”. “Art. 27 - Las confidencias que el cliente le hace al abogado se pueden usar en los límites de la necesidad de la defensa, desde que autorizado por el constituyente. Parágrafo único. Se presumen confidenciales las comunicaciones epistolares entre abogado y cliente, que no se pueden revelar a terceros”.

Capítulo II
Auditoría jurídica
para negociaciones
internacionales

Auditoría jurídica para negociaciones internacionales

I.- Introducción.

1.- La mundialización es un hecho concreto, vivido y conocido, sin embargo, no es inexorable y hay dudas sobre su permanencia indefinida a lo largo de los años. Contribuyeron para su difusión, aceptación e implantación los avances tecnológicos sensibles en los últimos quince años. La interconexión de los sistemas financieros creó una red en la que los mercados prácticamente funcionan 24 horas por día alrededor del globo terrestre. La movilización social ha generado fuertes impactos en las diferentes regiones del planeta y no se cuestiona más, pues se acepta sin discusión, que también las relaciones de empleo deberían ser sometidas a nuevos regímenes, mirando el modelo estadounidense en la mayoría de los países que ya se encuadraron en la nueva sistemática de adecuación laboral. Por otro lado, también la despolarización territorial está creando cada vez más empresas despersonalizadas, con sedes virtuales, provocando grandes choques cultura-

les en países con tradición industrial más adelantada (ejemplo significativo es el outsourcing); y para que todo no fuera tan sólo eso y suficiente, mostrando los trastornos que están sucediendo alrededor del planeta todas esas profundas alteraciones, entonces, observando los acontecimientos políticos que empezaron con la ruina de las repúblicas socialistas desde la histórica derribada del muro de Berlín, hicieron nacer nuevos gigantes mundiales que están proliferando en número creciente con la ruina del capitalismo estadounidense y de su modelo. Nadie más pone en duda que está surgiendo un modelo terrible para la economía mundial con el capitalismo/socialismo corriendo a galope y presentando crecimientos económicos espantosos en los últimos diez años. El modelo chino todavía no fue suficientemente analizado y, principalmente, entendido por los occidentales, incluso porque, sólo con algunas indicaciones, muestran sus innumerables vulnerabilidades (falta de cuidado con el ambiental, ausencia de espíritu democrático en las decisiones en general, falta de planificación urbana, grandes migraciones del campo para las ciudades, curva ascendente del desnivel económico de los burócratas sobre los ciudadanos, además de otros factores significativos, pero que ahora son dispensables de mención).

2.- Principalmente los jóvenes abogados, y mucho más los universitarios de la ciencia jurídica están buscando oportunidades dentro del comercio interna-

cional, de las finanzas, de la tecnología, de las ciencias y de los cupos universitarios en otros países, fuera del restringido círculo nacional.

3.- El sistema educacional brasileño no está acompañando con la lucidez que se esperaría de quien hace la política brasileña de educación, pues no bastó la creación de facultades dirigidas al mercado externo, cuando se nota que los currículos son deficientes, las cargas horarias de clases e investigaciones son insuficientes, las bibliotecas sin lastre, y la ausencia de política de incentivo al ingreso de los jóvenes en esa atrayente área. Las investigaciones muestran, y valen como significativo ejemplo, que casi el 75% de los ejecutivos que cuidan el área internacional de las más diversas empresas tienen formación incompleta de la lengua inglesa, y sólo un número reducido es capaz de escribir un informe o una propuesta de negocio, o incluso una carta con más pormenores sin caer en innumerables equivocaciones lingüísticas.

4.- Es verdad, exactamente una parte de ese contingente involucrado en negociaciones económicas internacionales entendió que la auditoría jurídica tiene un valor significativo para esas actividades, teniendo en cuenta que ellas generalmente son expresivas, de gran espectro de actuación de negocio y, por consecuencia, fundamentales en el proceso hacia el cual estamos caminando, cual es la internacionalización de las empre-

sas brasileñas, y también en la inserción, en ese contexto, de pymes, clusters y prestadoras de servicios.

5.- Alumnos de una facultad de derecho del estado de São Paulo consultaron al autor sobre la posibilidad de presentar sugerencias y abrir un posible camino dentro de la auditoría jurídica para negocios internacionales. El pedido fue considerado sugestivo y valioso para los jóvenes abogados, una vez que está concentrada en los grandes bufetes de abogacía del país la mayoría absoluta de negocios internacionales. Un aparente oligopolio -muchas veces- no les permite a los jóvenes, principalmente los de familias menos ricas, ingresar en esa área que parece tan promisoro.

6.- Pero el autor también está consciente de que trabajar con negociaciones económicas internacionales no es tarea para muchos abogados habituados a la rigidez de los currículos escolares y a la gran ausencia de oportunidades en las pasantías en esa área, lamentando mucho, la falta de preparación cultural, tanto en el ya mencionado aspecto lingüístico, como también en las ciencias económicas, políticas, de relaciones internacionales, de administración pública y privada y de conocimientos de cómo funcionan las organizaciones internacionales (gubernamentales y no gubernamentales). Es mucha cosa, sin duda, pero todavía les falta preparación para elaborar, evaluar y combinar informaciones sobre la coyuntura internacional, para

prepararse a sí mismos y a terceros a fin de que estén capacitados a entender y participar en negociaciones bilaterales y multilaterales; sobre todo saber expresarse, comunicarse, mostrarse técnicamente preparados y ejercer el liderazgo. Todo eso, para tejer esas mallas que involucran empresas, cámaras de comercio, embajadas, asociaciones (públicas y privadas), organizaciones internacionales, además de los organismos gubernamentales que cada día son más destrozados dentro de la complejidad de la administración pública. También hace falta conocimientos para identificar, objetivos, métodos de operación, estándares y reglas de procedimiento de las organizaciones internacionales y saber cómo funcionan y cómo se tiene acceso a ellas. También entender, comprender, sugerir, proponer e intervenir en negociaciones multilaterales que involucran países, estados, instituciones, organizaciones y asociaciones internacionales.

7.- ¿Podríamos decir que necesitamos genios? Se diría que esa rama del conocimiento son multiculturales, no dispensan una profunda preparación técnica del diplomado. Si él quiere subir al Monte Everest en la profesión, para satisfacer sus deseos personales, sus anhelos, sus fantasías, sus ambiciones, su orgullo, etc., los caminos son difíciles. No se construye un profesional con esos requisitos mínimos -es lamentable- lo que se enseña en las facultades de Derecho en su gran mayoría y, más todavía, cuando se ve hoy la predominio

de la metodología estadounidense en esa enseñanza, que empobrece la cultura casi como que diciendo que estamos haciendo un réquiem para ella. La metodología estadounidense no crea individuos críticos, mucho menos profesionales con independencia, sino que somete, a los que embarcan en ese canto de sirena, a un régimen en el que lo políticamente correcto es el tono del comportamiento cotidiano de ese profesional. Por eso, la creación paralela de artificios financieros que generaron escándalos internacionales en esos últimos dos lustros y grandes crisis en los mercados.

8.- Los mismos jóvenes compañeros, y más todavía los universitarios, me pidieron algunos libros dentro del área de dinero y finanzas, que pudieran leer, empezando a prepararse culturalmente. El autor les respondió que llevarlos a conocer solamente libros en esta área sería un disparate. Sería un absurdo que el abogado se limitara a esos aspectos y, en verdad, su conocimiento quedaría reducido culturalmente a la aceptación de las Selecciones del Reader's Digest.

9.- Los libros indicados son, para empezar: Law and Corporate Finance, Frank B. Cross y Robert A. Prentice; Governance and Auditing, de Peter Moizer; The Scale and Impacts of Money Laundering, de Brigitte Unger; Recent Financial Crises, Lawrence R. Klein; A Guide to International Monetary Economics, Hans Visser; Understanding Modern Money, L. Randall

Wray; *Economic Disasters of the Twentieth Century*, Michael J. Oliver y Derek H. Aldcroft¹; *Dictionnaire Culturel em langue française*, Alain Rey; *Grand Dictionnaire de Culture Générale*, Bruno Hongre, Philippe Forest y Bernard Baritaud; *La Culture Générale pour Les Nuls*, Florence Braunstein y Jean-François Pépin, entre otros. También es indispensable que los interesados se suscriban a revistas y publicaciones de diferentes tendencias económicas, políticas y culturales, que se encuentran fácilmente en los quioscos. Recuerdo que la fijación freudiana en algunas revistas de multitudes deturpa el raciocinio, no prepara al interesado y no lo habilita para ser un individuo crítico. Ni él mismo llega a ser crítico. Y con gran recordación, a fines de los de 1960, el lamentado actor italiano Alberto Sordi, mostrando su perplejidad dijo, en una película: “Ante este cuadro, realmente estoy confundido. De aquí en adelante seré un contestador del propio movimiento de la contestación”.

II.- Algunas simulaciones de contratos internacionales bajo la apreciación de la auditoría jurídica.

10.- La preparación del abogado que pretende ingresar en el noble y espinoso terreno de la abogacía internacional debe llevarlo a educarse en los recovecos

¹ Todas esas obras fueron seleccionadas de nuevos títulos y de ediciones anteriores de la conocida Edward Elgar Publishing. (800) 390-3149. www.e-elgar.com.

del derecho privado anglosajón, actualmente adoptado en la mayoría de las negociaciones internacionales.

Tampoco deberá alejarse del conocimiento de que dentro del propio Common Law hay una diferencia entre países que siguen el modelo clásico inglés y algunos que siguen el modelo estadounidense. Aunque las diferencias no sean abismales entre las dos ramificaciones, vale considerar que el sistema estadounidense, en virtud de su propia política legislativa, difiere de los demás que defienden el modelo inglés.

11.- Básicamente, el contrato es un acuerdo cuyo cumplimiento puede ser exigido legalmente. Ese acuerdo resulta de una oferta y de una aceptación. No es suficiente, sin embargo, que el contrato contenga sólo esos requisitos para exigir judicialmente, como fue dicho. En vuelos de pájaro, a seguir algunas de las condiciones:

- a)** la “consideration” siempre exigida;
- b)** las partes deben tener la intención de crear relaciones con base en la ley;
- c)** las partes deben tener capacidad para contratar;
- d)** el contrato debe atender a otro requisito formal cualquiera, con juridicidad para ser exigido (normalmente no requiere formalidad, pero en muchos casos sólo se admite la contratación por escrito);
- e)** el contrato debe tener siempre objeto fundado en la legalidad;

f) el contrato, usualmente, no es anulable, a no ser por vicio de consentimiento debidamente comprobado o por defecto en la capacidad del contratante; por eso, la gran mayoría de las veces, cuando se somete a la apreciación del juez, se lo aprovecha y considera válido.

12.- Ingreseemos de ahora en adelante en un ejemplo de los más elementales de contrato comercial internacional.

Si bien aprendido el guión que se está proponiendo, el abogado tendrá medios y condiciones de poder involucrarse en el negocio, como profesional y, del resultado, muchas veces el propio cliente va a someter ese contrato al auditor jurídico caso tenga duda o alguna insatisfacción, o surja algún evento que justifique tomar esa conducta.

12.1.- Para representar bien a su cliente en un negocio que resulte o no en una contratación comercial internacional, compite al abogado entender las principales cuestiones que se analizarán antes de las negociaciones: **intentar** comprender las tácticas comúnmente usadas en esas negociaciones internacionales; tanto cuanto sea posible **leer e intentar informarse de cuáles** son los estilos que prevalecen en un determinado número de países; **estar consciente de** que puede identificar, administrar y suplantar las diferencias

culturales, transformándolas en ventajas lícitas para la negociación; **intentar conocer el régimen** del derecho antitrust del país con que va a relacionarse en la negociación y cómo la legislación de competencia puede afectar directamente el negocio; **atentar seriamente** para cuáles son las más adecuadas y apropiadas técnicas para utilizarlas en el país para la resolución de conflictos, y finalmente **intentar**, como sea posible, **evitar** engaños y errores comunes en la redacción de contratos internacionales. Para esa última finalidad, principalmente existe una copiosa bibliografía que el autor se permite dar en nota².

13.- Entremos en algunas técnicas de negociación internacionales que faciliten el trabajo del abogado, en el caso de que él se prepare de forma adecuada a lo largo del tiempo, incluso antes de enfrentar una situación concreta. Las más comunes son: **qué negociar; por qué no negociar; qué técnicas y estilos de negociación utilizar; qué estrategias utilizar en aquel momento; llenarse de una dosis** suficiente de creatividad para intentar solucionar un problema que surja y que trabe las negociaciones; **mantenerse calmo**, prudente y lúcido al enfrentar personas difíciles o que intenten

² **ADAMS, Kennerh A.** A manual of style for contract drafting. Chicago: ABA, 2004. 251 p. **BURNHAM, Scott J.** The contract drafting guidebook. Charlottesville: The Michie Company, 1992. 511 p. **PARRINI, Pierluigi.** Manuale pratico dei contratti in lingua inglese. Padova: CEDAM, 2001. 288 p. **SHAPO, Helene S.; WALTER, Marilyn R.; FAJANS, Elizabeth.** Writing and analysis in the law. 3rd. ed. Westbury, Nueva York: The Foundation Press, 1995. 408 p.

aparentar ser difíciles para probar al abogado; **saber distinguir las negociaciones contratadas** por escrito, frente a frente, de las negociaciones, hoy en día en la gran mayoría, por los medios cibernéticos.

14.- Se hacen negocios más complejos por niveles. También hay negocios que conducen a conocer en muchos aspectos sin contratación formal, pero considerados como pasos de esa contratación en lo que se denomina precontrato. Es crucial para el abogado entender y explicar a su cliente que el precontrato puede traerle consecuencias patrimoniales; por eso, se debe considerar y examinar, con mucho cuidado, los posibles tipos de documentos que no tengan consecuencias incluso patrimoniales relevantes si no atendidos los requisitos que constan en él. La redacción de esos documentos, que se pueden considerar como precontratos sin efectos o que tengan efectos, pero que se pueden mitigar o resolver, exige habilidad y, principalmente, conocimiento jurídico adecuado de las jurisdicciones involucradas.

15.- La redacción de los contratos es una técnica que tiene muchas fases porque lleva también a aprender, por no ser unívoca, lo que puede presentar algunas definiciones que sean dudosas y que generen interpretaciones diferentes. Por otro lado, esa dificultad es bastante amenizada porque existen cláusulas comunes a todos los contratos, y que llegan a ser incluso estandarizadas.

16.- También antes se acordó que el abogado involucrado en un negocio de contratación comercial internacional está ante situaciones culturales diferentes de las del ambiente en que él vive. Debe evitarse que las barreras normales no sean suplantadas en el inicio a fin de crear un ambiente de confianza, pues el no hacerlo se situaría en un ambiente hostil e, incluso, muchas veces, perjudicar el cliente. Sin ser lenitivo, el comportamiento del abogado y su habilidad en ambientes de diferentes culturas puede, si bien entendidas, aprendidas y aplicadas, transformar situaciones adversas en dificultades superadas, con ventajas comerciales. De ahí la importancia de prepararse adecuadamente en la comunicación y en el comportamiento social y personal para establecer diálogo fructuoso durante la negociación.

17.- Teniendo en cuenta que los contratos siguen normas y reglas comunes prácticamente en todas las jurisdicciones y algunos de los requisitos ya fueron mencionados y destacados como ejemplo. Hay un aspecto que merece reflexión mayor. Es el llamado trípo-de: derecho aplicable, a la jurisdicción elegida y la posibilidad de utilizar medios alternativos de resolución de conflictos.

18.- Cuando se elaboran contratos con larga duración, o incluso algunos contratos casi que instantáneos porque el negocio se agota en una única oportunidad,

se debe tener en cuenta el derecho antitrust vigente en los países involucrados. Los abogados deben investigar las hipótesis de posibles acuerdos horizontales, verticales, y los efectos de una posición dominante. Evitando errores comunes cometidos en casos pasados que resultaron en grandes litigios con las autoridades de los países y con repercusiones negativas para la imagen de las empresas; por ello, los abogados deben contribuir para que el negocio fluya con mayor transparencia.

El abogado debe oponerse frontalmente a cualquier sugerencia de conseguir favores políticos para obtener consentimiento de las autoridades para que se haga el negocio.

19.- Cuando los contratos sean de tratos sucesivos, muchas veces se involucran agentes o representantes comerciales, o distribuidores, o intermedios.

Las partes contratantes y los abogados deberán ser cuidadosos con los medios y formas como van a insertarlos en aquel contrato. Hay casos en los que esos terceros también pasan a formar parte del contrato, asumiendo derechos y obligaciones peculiares y propias, con repercusión en la propia vida del contrato.

Es relevante recordar que la participación de terceros en un contrato con efectos multidireccionales exige redacción cuidadosa de las funciones, obligacio-

nes y contingencias de cada uno de ellos, o de ellos específicamente o de un ser concreto.

El autor tuvo una experiencia, hace mucho tiempo, en la que el contrato comercial internacional entre dos partes, que contenía una gestión, y hecho por una tercera empresa no vinculada a las partes, hizo con que ellas optaran por redactar un contrato con el agente comercial en separado. Pasó a ser un típico contrato accesorio regido por condiciones propias y peculiares.

20.- Otras veces, sucede que las partes pretenden en el futuro aportar tecnología de un país para otro o transferirla. Para ese tipo de negocio incluido dentro del negocio principal, considerado, incluso, como consecuente de aquel, las partes deberán ser minuciosas en las previsiones y provisiones. No pueden escapar las líneas esenciales de la operacionalidad del licenciamiento o de la transferencia de tecnología, que podrá ser efectivamente contratada dentro de las condiciones que el futuro dirá.

21.- Por fin, también suceden hipótesis de que las partes que se comprometen en el contrato internacional visualicen un futuro promisorio para sus negocios e incluyan cláusulas de posibilidad virtual o efectiva de asociarse o formar una joint venture. Desde luego deben aclarar qué tipo de joint venture será implantada; qué documentación, también será formalizada; cómo

será operada y administrada, y cuál es el capital a ser invertido, sin olvidar de establecer reglas claras para un posible cierre de ese negocio, si formalizado.

III.- Las adquisiciones internacionales y sus disposiciones.

22.- En la actualidad, las adquisiciones internacionales pasaron a ser negocios de montantes y de valores nunca antes soñados o imaginados. Los periódicos de negocios no se cansan de reproducir acontecimientos con adquisiciones internacionales que superan varias veces millones de dólares o de euros, en una sucesión que pasa a aterrorizar los espíritus críticos y destinados a la interpretación de los acontecimientos económicos y financieros con ángulos sociales. Al autor le faltan luces para describir los meganegocios y, por su grandiosidad, no bastarían algunas páginas, sino cada negocio constituye, cuando publicado, un robusto volumen. Y a veces, en las negociaciones durante la fase de la due diligence, la compilación de documentos e informaciones, informes, pormenores técnicos, mercadológicos, muchos confidenciales, suman algunas decenas de volúmenes, una vez que fueron recogidos los ricos **repositorios** que, catalogados, pasaron a merecer la consideración del equipo multidisciplinario que investiga las posibilidades de concretización del negocio. Es lo mínimo que se podría esperar, por la grandeza y relevancia de esos meganegocios.

Recuerdo y traigo un texto ahora, de las repercusiones sociales que causaron en el estado de Massachusetts, precisamente cerca de Boston, la adquisición de la centenaria corporación Gillette de parte de Procter & Gamble, localizada en otro estado, cuando decidió encerrar las actividades en la bella ciudad del Atlántico Norte, en la costa Este estadounidense. Aparte de la extinción de centenas de empleos, con la despoblación de algunas ciudades vecinas pequeñas, las empresas de comercio, de inversiones y de actividades en general se vieron afectadas súbitamente. Los datos sociales recogidos en aquella oportunidad por distinguidos sociólogos y acompañados por abogados interesados en cuestiones de este perfil, indicaron que, aunque se considerara rico el estado, las pérdidas fueron muy significativas y deberían ser amortiguadas a lo largo de varios años. Pero, lo que se ve son negocios gigantescos realizados por grandes empresas, comprando otras empresas más grandes con total desprecio del hombre. No sólo del hombre que trabaja en la empresa absorbida, sino también del ciudadano que reside en la localidad donde la empresa siempre funcionó.

Sólo para dar un aspecto de la importancia del desastre que fue para Boston la salida de Gillette, mencionamos el cierre de las actividades de la célebre orquesta sinfónica de Boston, que en épocas áureas llegó a tener como conductor el legendario Tosacanini, y más recientemente en los años de 1980 el regente japonés Osawa.

No es un caso de esta magnitud que se pretende abordar, siquiera insinuar otros comentarios, aunque pudieran tener alguna pertinencia o servir de pista para una investigación profundizada³.

23.- En el país, en los últimos años, se realizaron decenas de pequeñas operaciones que no alcanzaron porciones sustanciales del mercado en su complejo, sin violar la ley de competencia, y todas fueron aprobadas por la Secretaría de Derecho Económico (SDE).

Por hipótesis, un caso, sacando algunas lecciones de un negocio en el que el autor participó como auditor jurídico⁴.

24.- El comprador, localizado fuera de los límites del territorio brasileño, cuando se volvió al mercado nacional, interesándose por él, formuló un contexto estratégico del negocio, diseñando toda su actuación por medio de la recolección de informaciones macro y microeconómicas, y también sectoriales, de la empresa objetivada. Se acercó a esta y, sin hostilidad, a través de un agente mediador, la consultó sobre el interés en

³ Las autoridades estadounidenses tuvieron una gran dificultad de sustentar la adquisición de Gillette de parte de Procter Gamble porque había en ese negocio algunas violaciones del Sherman Act. Apenas para ilustrar la importancia del concepto de consumer welfare en una nueva visión que es interpretada del Sherman Act, una valiosa opinión, sin embargo, no aborda el caso específico, por respeto al propio negocio.

⁴ No aparece el nombre de las partes, ni el ramo de actividad, porque cualesquiera informaciones en ese sentido constituyen violación de sigilo profesional.

pasar la totalidad del control para la empresa pretendiente.

La actividad del agente mediador fue bastante cautelosa y precedida de las reservas habituales de compromiso de sigilo absoluto, sin divulgar las intenciones, para que no afecte el ambiente interno de la empresa a ser negociada, ni su relación con el mercado y con las instituciones bancarias.

De esa forma, finalmente, se encontraron los interesados y administraron la venta, de suerte que para las dos partes fuera realizado el negocio que deseaban dentro de las limitaciones que cada transacción de esa trae para los miembros interesados.

25.- El comprador, experimentado y con un gran conocimiento de negocios semejantes en sus archivos a lo largo de los últimos años, tenía muy claro cuáles serían los riesgos de las técnicas que se usarían; no usaría comunicaciones al público, directas ni indirectas, para que no perturbara y no creara ruidos innecesarios en las negociaciones; con los demás directores en el extranjero, mediante informaciones básicas y genéricas obtenidas, conocía bien la empresa, cuánto ella podría valer. Pero sabía también que, tratándose de una empresa de capital cerrado, de mediano porte, sin embargo sólida y bien administrada, sin problema de sucesión, esos factores sumados le darían un valor adicional al precio que debería pagar.

26.- Las partes se entendieron, fijando el valor del negocio y su forma de pago, en la dependencia de su implementación o providencias subsecuentes. Sólo por cautela pasaron a los abogados para que, en conjunto, con el apoyo de economistas, auditores y técnicos elaboraran las directrices jurídicas preliminares. Concordaron que serían las siguientes: Intercambio de cartas de intención que serían integradas por acuerdos de confidencialidad con los términos principales de los negocios, además de memorando de informaciones generales de la empresa en todos sus cuadrantes, completados con la due diligence jurídica.

Mientras se procesaban las diligencias y se verificaban las informaciones, los abogados, por solicitud de sus clientes, deberían trazar la metodología del proceso que podría completar el negocio, incluyendo también los pasos intermedios que habría hasta realizar el negocio, pues, al concordar las partes y los profesionales, serían disminuidos sensiblemente los costos de los honorarios profesionales. En línea de máxima, los abogados sugirieron y las partes concordaron sobre estos relevantes conceptos que serán redactados en el texto del contrato:

- a)** fue elegido como aplicable el derecho brasileño y el extranjero (del comprador), este subsidiariamente;
- b)** cuanto a la due diligence, se definió su propósito, su finalidad y su mecánica procedimental;

- c) el pago de la adquisición del control de la empresa brasileña sería hecho mediante envíos del extranjero a bancos locales y, con eso, dentro de la programación establecida, se transferirían parcelas en la misma proporción de los valores que ingresaban, considerando que el valor del capital suscrito e interiorizado en la época del negocio fue bastante incrementado;
- d) se prendieron en las informaciones que había en los data rooms existentes en las computadoras y las electrónicamente preservadas;
- e) establecieron cláusulas de no competitividad durante un cierto período para los vendedores;
- f) fijaron los honorarios para el tiempo en que los vendedores todavía permanecerían en actividad en la empresa;
- g) se construyó un boceto de protección del *good will* de la empresa alienada;
- h) se fijaron las garantías para liquidar el precio y también garantías para eventuales cobros de impuestos, y también para la falta de éxito de algunas cuestiones judiciales tributarias y laborales;
- i) con mucho cuidado y atención, se acordó la redacción de la cláusula de comunicación del negocio al mercado.

Además de esas precauciones, las partes cuidaron también de cómo pagarían eventuales impuestos por ganancia de capital; establecieron protecciones generales para el vendedor; dispusieron las denominadas

cláusulas usuales en contratos: quién coordinaría el proceso de transición; cuáles serían sus responsabilidades; cuánto recibiría por ese trabajo y cuándo terminaría, y claramente dejaron presente la posibilidad de que podrían haber disputas o conflictos, que serían resueltos por medio de solución alternativa de resolución de disputa.

Como si todo no fuera suficiente, establecieron las alineaciones de procedimientos y cómo los técnicos elevarían la *due diligence* comercial, a través de criterios bien definidos, de indicativos en las investigaciones que se harían y completarían en un plazo acordado.

Esos técnicos de la *due diligence* comercial harían su trabajo junto con los técnicos de la *due diligence* financiera. Será innecesario enfocar la *due diligence* financiera, en razón de la confusión tributaria que perdura en el país y que vino junto con varios planes económicos, perturbando el saludable y regular funcionamiento de las empresas. Dentro del ámbito de esta *due diligence* financiera, sería realizado el trabajo de verificación de los negocios bancarios en que la empresa estaba involucrada.

27.- Para evitar problemas con las autoridades que cuidan la reglamentación de ese tipo de negocio, como también evitar situaciones que pudieran resultar en investigaciones o procedimientos administrativos, las partes optaron por hacer una consulta previa con la

esperanza de que obtuvieran respuestas de las autoridades dentro de un plazo razonable, pero el proceso no sufriría postergaciones ni interrupciones durante la espera de la respuesta, pues todas las debidas diligencias se estarían realizando con la prudencia y la cautela por ellas siempre exigidas. Los derechos inmateriales englobados dentro de la categoría de propiedad intelectual serían cuidados con el agente de la propiedad industrial que prestaba servicio a la empresa, junto con el otro semejante indicado por el comprador.

28.- Contrataron técnicos especializados para que verificaran los contratos de trabajo de las relaciones de empleo, de los beneficios concedidos, de los casos eventualmente pendientes, de las cuestiones existentes en la Justicia del Trabajo, con un examen minucioso de cuestión por cuestión. Cada caso tuvo su tratamiento especial y mereció de los técnicos un informe específico que sería guardado con todos los demás informes del área para apurar las responsabilidades y las posibles contingencias.

29.- El ramo de actividades objeto de ese negocio internacional en examen no tenía repercusiones ambientales. Sin embargo, aunque los compradores lo supieran, ellos utilizaron un ingeniero ambiental para medir el negocio, visitando todas las instalaciones, trabajo que fue complementado también por un auditor jurídico ambiental.

30.- Realizados todos esos trabajos, apurados todos los datos, hechas todas las verificaciones, conferidas todas las informaciones, el contrato finalmente fue firmado, con todos esos pareceres adjuntos para la garantía de las partes. También se añadió al contrato, por solicitud del sindicato laboral al que la empresa está vinculada, un apéndice en el área laboral, con garantía de estabilidad de los empleados por 180 días después de la consumación del negocio. De esa forma, estaba encerrada la transacción.

31.- Otro caso que pueda interesarles a los abogados en la redacción de contratos internacionales es la posibilidad de que el pago previsto en el contrato sea efectuado por medio de títulos soberanos del país de residencia del comprador, diferido para algún tiempo después de la propia entrega de la administración del vendedor para el comprador. Lo que llama la atención es que normalmente esos contratos tienen una cláusula en la cual fue aprovisionada la hipótesis de que, en el caso de que no se efectúe el pago (*default*), el Tribunal de Nueva York es competente para juzgar la disputa.

La cuestión fue muy debatida últimamente en este inicio de siglo, principalmente después de suspender los pagos hechos por Argentina de sus obligaciones materializadas en *bonds* vendidos en el mercado internacional. Para ver la importancia de ese tipo de actividad financiera, en 2005, excluyendo los débitos internos de cada país, el Fondo Monetario Internacio-

nal estimó que el stock de los llamados *International Debts Securities* llegó a más de US\$ 15.3 billones de dólares. Todo ese dinero está girando por el mundo con la garantía del país emisor, que va a los tribunales en centenas de casos cuando no paga o suspende el pago, o la disputa sobre la validez o la exigibilidad de esos títulos.

El auditor jurídico, cuando solicitado a emitir un parecer en un caso de suspensión de pago, de ausencia de pago sin justificación o de disputa sobre bonos emitidos por un estado soberano, desde que legítimos, debe ser muy cauteloso y, de preferencia, verificar si, en vez de utilizar aquella cláusula, eligiendo la Corte de Nueva York para dirimir la pendencia, no sería mejor pensar en la posibilidad de una aplicación del arbitraje por la ICISD. Es una cuestión que queda abierta para una profundización de los posibles interesados en derecho internacional público con fuertes repercusiones económicas en la vida de países y de personas físicas e institucionales que invierten en esos títulos con la expectativa de que sean rescatados una vez que tienen como garantía un estado soberano.

Capítulo III
Reconstruyendo ideas y juicios
sobre la auditoría jurídica

Reconstruyendo ideas y juicios sobre la auditoría jurídica

I.- Para comprender y discutir las ideas del autor sobre la auditoría jurídica¹.

1.- Me parece que algunas ideas resultan de una fantástica escasez de imaginación, que se está esparciendo en el seno de la noble Clase, sobre el concepto de lo que es la auditoría jurídica, su finalidad, las razones de no ser necesaria su reglamentación e, incluso, si el derecho que ampara la *due diligence*. En la práctica, se trata de la propia auditoría jurídica.

2.- No cabe, en el presente texto, hacer un análisis extensivo de los argumentos utilizados por los oponentes de la auditoría jurídica, tal y cual fue propuesta y es defendida, por el autor, desde 2001.

¹ El autor preocupado buscó en dos libros escritos por el nostálgico economista Mário Henrique Simonsen algunas expresiones sabiamente irónicas que él utilizaba para debatir ideas, con la usual elegancia. Son ellos: Brasil 2001, APEC, 4ª edición, Río de Janeiro, 1969 y Brasil 2002, APEC-BLOCH, 1ª edición, Río de Janeiro, 1972. Las expresiones a propósito elegidas intentan dar un colorido al texto.

3.- No hay duda de que los comentarios adversos a la auditoría jurídica, probablemente, vienen de la visión miope de la auténtica abogacía ética. Se nota que la ideología de esos mensajeros no comprende la transitoriedad de sus objeciones mal hechas y el espacio de verificación factual de su propuesta, cuando se coloca la situación en la práctica. Le parece al autor que los que contestan (en lugar de objetores) quieren impresionar, con sus críticas y actitudes adversas, apenas a los adeptos de la ilusión creativa de una abogacía que ya está superada.

Y, cuando las personas que se dicen pragmáticas, y más exitosas en sus cuentas bancarias, pasan a forzar sus diálogos, recurriendo a la ideología mercantilista, hay una ignorancia científica sobre el asunto. Nada tiene de demostraciones científicas, como en lo que dijo Simonsen, (Brasil 2001) que, criticando, recuerda ser la decantada idea de la originalidad brasileña, en parte, verdad y, en parte, necesidad.

Las críticas a la auditoría jurídica, hasta la fecha, se resumen en la disposición por mantener de lo que hay de más moderno sobre la profesión y que debe seguir concentrándose en pocos luminosos (así autodenominados) y de no ser un brazo fuerte del régimen democrático participativo como, también, ser extendida su práctica digna a todos los que se comprometen, profesional y éticamente, con la actividad.

Esta introducción se hizo necesaria, porque hay una repetición, en ciertos niveles de la abogacía, resonando en algunos organismos de la Clase, las mismas críticas infundadas.

II.- La distinción entre la auditoría jurídica y la *due diligence*.

4.- Sobre la *due diligence*, es posible encontrar copiosa literatura, originaria de los países anglosajones, en su mayor parte.

4.1.- Don Quijote instruía a su escudero Sancho Panza como debería él actuar y le proponía que “La diligencia es la madre de la buena ventura”. Así empieza la deducción conceptual.

4.2.- Pero, ¿ser diligente significa haber entendido el significado de la palabra diligencia? ¿Por qué reflexionar sobre su(s) significado(s)? ¿Cuál es la probabilidad de que, caracterizado el empleo de la palabra en la locución *due diligence* por el mundo jurídico, haya sido alzada a la condición de regla o canon editado por el Estado?

Dudas hay, cuando se cuestiona, cuando se para y reflexiona, cuando hay interés en saber qué se hace, para que el desempeño sea satisfactorio para quien, con probidad, intenta darles a otras personas lo mejor de

sus luces y de lo que acumuló a lo largo de la vida. Estamos ante un hecho: la donación irrestricta. Ella hace del donador un ser distinto de los demás seres humanos, teniendo su efecto en esta época en la que se le pone precio incluso al sentimiento más puro que es el amor.

4.3.- Nuevamente, como en el trabajo anterior en que se enfocó la palabra precaución, en este, por cuestión metodológica, se adoptará el mismo método investigativo de la palabra que, esta vez, es diligencia. De ahora en adelante, los abnegados lectores encontrarán una verificación tópica de la palabra diligencia, mostrando que es importante conocer cómo surgió, hace mucho tiempo, y como se hizo valioso compararla con su empleo en otras lenguas, connotándose la tendencia irreversible de ser empleada con el mismo sentido y con pocas alternancias entre ellos.

De las once obras consultadas y adelante enfocadas, destaca bien la inflexión que le da a la palabra diligencia la lengua italiana. Sobre esta inflexión, habrá destaque después de la reproducción de los textos, como siguen:

DILIGENCIA Concepto. = Del latín *diligentia*, amor, preocupación, atención diligente. Hubo un carruaje que tenía este nombre; al principio se decía carruaje de diligencia, es decir, rápida, acortando después la locución.

Nacentes, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa.* Río de Janeiro: Francisco Alves, 1955. p. 159.

DILIGENCIA = □sustantivo femenino. || **1.** interés o cuidado aplicado en la ejecución de una tarea; preocupación. Ej.: muestra gran d. en todo lo que hace. || **2.** urgencia o presteza en hacer alguna cosa. Ej.: acudió con d. al pedido de socorro. || **3.** medida necesaria para alcanzar un fin; providencia. Ej.: mandó tomar las d. que la situación exigía. || **4.** búsqueda minuciosa; encuesta, averiguación, investigación. Ej.: d. policía. || **5.** Rubrica: término jurídico, hecho judicial que los empleados de la justicia ejecutan fuera de las respectivas notarías o auditorios. || **6.** Rubrica: término militar, servicio urgente y extraordinario ejecutado fuera del cuartel. || **7.** Rubrica: término militar, cuerpo de tropa encargado de ese servicio.

Sinónimos/Variantes: ver sinónimos de acción, examen, providencia, intento y antonimia del descuido e indiferencia.

Antónimos: apatía, lentitud; ver también antónimos de acción y sinónimos de descuido e indiferencia.

Etimología: lat. *diligentia,ae* ‘cuidado, empeño, preocupación, exactitud’, der. de diligens, éntis; ver leg-; f.hist. sXIII diligença, 1344 deligencia, sXIV diligencia, sXV delligencia, 1572 diligencia.

Fecha: **A.G. Cunha.** Índice del Vocabulario del Portugués Medieval. Fundación Casa de Rui Barbosa. Vol. 1 [A] Río de Janeiro, 1986. - Vol. 2 [B-C] 1988. - Vol. 3

[D] 1994 -- suplemento [A-C] (en Confluência Revista del Instituto de Lengua Portuguesa y del Liceo Literario Portugués, Nº 3, separata, Río de Janeiro, 1992) [En fichero (FichIVPM), archivado en la Fundación Casa de Rui Barbosa, están incluidas aproximadamente 170.000 fichas dactilografiadas con la transcripción de los pasajes que documenta los vocablos medievales, incluidos naturalmente los que inician por las letras E, F, G ... V, X, Z]

Houaiss, Antônio. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Versión 1.0. São Paulo: Objetiva, 2001. 1 CD

DILIGENCIA Significados. = s.f. La aplicación, cuidado que se pone en conseguir alguna cosa. § Prisa. Sagamor, l.c.41 “por diligencia”.

Silva, Antônio Moraes. Dicionário de língua portuguesa: fac-simile de la segunda edición (1813). v.1. Edición conmemorativa. Río de Janeiro: Litho-typographia Fluminense, 1922. p. 618.

DILIGENCIA = s.f. interés o cuidado activo, urgencia en hacer alguna cosa, preocupación: Requirió su hacienda, y no falta quien afirme que todavía le valió la diligencia para que no perdiera todo (Fr. L. de Sousa). Acudía con diligencia a toda parte (R. da Silva) || Hacer diligencia, trabajar, esfuerzo, emplear los medios, buscar: Diligencia hicimos por alcanzar los nombres de las personas de más cuenta que en ese he-

cho se encontraban (Fr. L. de Sousa). Mandó hacer con el tiempo grandes diligencias para que bajara del Entre Duero y Miño y de la Beira todo lo que encontrara de centeno y choclo (Ídem.). || Búsquedas, encuestas, averiguaciones, actos para aclarar cualquier asunto: Están siendo acertadas las diligencias de la autoridad para el descubrimiento de los criminales. || (Jur.) Acto judicial que a los empleados de justicia incumbe practicar fuera de los respectivos tribunales o notarías: Las diligencias de embargo, de citación, de inspección. || Oficial de diligencias, empleado menor de los tribunales judiciales o administrativos, a quien incumbe la ejecución de las diligencias ordinarias, como citaciones, conducciones de presos, etc. (...) || F. lat. diligentia.

Aulete, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. v.2. 2ª ed. bras.* Río de Janeiro: Delta, 1964. p. 1234.

DILIGENCIA = s/f || **1.** Calidad de diligente. || **2.** Acto realizado con el fin de resolver determinado asunto o negocio: Fuimos a hacer unas diligencias para la compra del piso. || **3.** DER Actuación del secretario judicial en un procedimiento civil o criminal. || **4.** Toda nota que se pone en un documento oficial para hacer constar en él determinado trámite. (...).

SIN || **1.** Esmero, celeridad, prontitud, cuidado. || **2.** Trámite, paso. || **3.** Actuación. (...).

ANT **1.** Negligencia, descuido, inactividad, retardo.

Sánchez Pérez, Aquilino (dir.). Gran diccionario de

la lengua española. 5a ed. Madrid: Sociedad General Española de Librería, 1992. p. 676.

1 **DILIGENCE** = n.f. <fin XII^e s.; empr. au lat. diligentia <<soin attention>>, de diligens, diligentis → diligent>

1. Vx Soin attentif, appliqué. <<ces grappes de raisin qu'on trouve encore après la vendange et qui ont échappé à la diligence du vendangeur>> (Massillon, Petit Carême, <<Le petit nombre dès élus>>). <1804, Code civil> Dr. À la diligence d'un tel: sur la demande, sur l'initiative, à la requête d'un tel.

2. Vx ou littér. Activité empressée, dans l'exécution d'une chose. → célérité, empressement, zèle. Faire preuve, faire montre d'une grande diligence. <<En effet, quelle diligence! en neuf heures l'ouvrage est accompli [...]>> (Bossuet, Oraison funèbre de Henriette Anne d'Angleterre). - <mil. XVI^e s.B. des Périers> **LOC. FAIRE DILIGENCE:** se hâter. <<Adraste avait fait une incroyable diligence pour faire le tour d'une montagne presque inaccessible>>(Fénelon, Télémaque). - Vx En diligence : vite. - (...).

CONTR. Distraction, fainéantisme, négligence. Lenteur.

REY, Alain (dir.). *Dictionnaire culturel en langue française.* t. 2. Paris: Le Robert, 2005. p. 73.

DILIGENCE = || 1. A continual effort to accomplish something. || 2. Care; caution; the attention and

care required from a person in a given situation. *The Roman-law equivalent is diligentia. See DILIGENTIA.*

Garner, Bryan A. (ed.). *Black's law dictionary.* 7th ed. - St. Paul, Minn.: West Group, 1999. p. 468.

DILIGENCE = n s- [MF, care, persevering application, haste, fr. L diligentia care, persevering application, fr. diligit-, diligens + -ia -i] 1.a obs : caution or care b: persevering application : devoted and painstaking application to accomplish an undertaking : ASSIDUITY <the proverbial ~ of the bee> c obs : an act of labor or exertion d obs : speed or haste <go hence with ~! - Shak.>e obs : persistent effort to please. 2.a Scot law **(1)**: a process or warrant of the court to attach the person or property of a defendant to secure a judgment **(2)**: a process or warrant to enforce the appearance in court of a party or witness or to compel the production of a document **(3)**: the process of execution to enforce a judgment already entered b: the attention and care required of a person (as of a party to a contract) <~ that may be required of a bailee> - opposed to negligence.

WEBSTER, Noah. Webster's third new international dictionary of the English language unabridged: and with seven language dictionary. v. 1. Chicago: Encyclopædia Britannica, 1966. p. 633.

DILIGENCE = n. [L diligentia, carefulness, diligence, from diligo, to love earnestly--di for dis, intens.,

and lego, to choose.] Steady application in business of any kind; constant effort to accomplish what is undertaken; due attention; industry; assiduity; care; heed; heedfulness; Scots law, a kind of warrant, and also a process by which persons or effects are attached. --diligent, a. [L. diligens, diligentis] Steady in application to business; constant in effort to accomplish what is undertaken; assiduous; attentive; industrious; not idle or negligent: of persons or things. --diligently, adv. In a diligent manner.

Thatcher, Virginia S. (ed.); Mc Queen, Alexander (adv. ed.). *The new Webster encyclopedic dictionary of the English language*. v. 1. New York: Grolier, 1968. p. 242.

DILIGERE = v. tr. ‘avere particolarmente caro, prediligere’ (fine séc. XIV, S. Agostino volgar.). **dilétto**² agg. ‘che è caro, amato’ (deletto: av. 1294, Guittone; diletto: 1304-08, Dante), **dilezióne**, s.f. ‘afetto per una persona’ (dilectione: séc. XI, Formula di confessione umbra: Cast. Ant. t. 91; dilezione: 1268, Andréa da Grosseto, in volgarizzamenti del Due e Trecento, a cura di C. Segre, UTET, Torino, 1953, p. 322), **diligente**, agg. ‘che agisce od opera con cura assídua e scrupolosa’ (av. 1292, B. Giamboni), ‘che è fatto con scrupolosa attenzione e accuratezza’ (av. 1292, B. Giamboni), **farsi parte diligente** ‘tutelare un próprio diritto’ (1927, Panz. Diz., s.v. diligente), **diligenza**¹, s.f. ‘qualità de diligente’ (av. 1292, B. Giamboni).

Vc. dotte, lat. dilġgere (comp. di dis⁻¹ e lġgere ‘scegliere’, in opposizione a glġgere), col part. pass. dilġctu(m) e il der. tardo di questo dilectiōne(m) (vc. del lat. crist.: Zŭrcher 117), il part. pr. diligġnte(m) e il der. di questo diligġntia(m).

Cortelazzo, Mario; Zolli, Paolo. *Il nuovo etimologico: Deli, dizionario etimologico della lingua italiana.* 2^a ed. - Bologna: Zanichelli, 1999. p. 465.

DILIGENZA = nel diritto civile, complesso delle cure e delle cautele che il debitore deve impiegare per soddisfare la propria obbligazione. Si tratta di un concetto elastico, destinato a garantire l’adeguato impiego delle energie e dei mezzi utili alla realizzazione di un determinato fine, che nel codice civile ha rilievo nell’art. 1176, in base al quale nell’adempiere l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del → buon padre di famiglia. (...) È infine da segnalare che nella tipizzazione giurisprudenziale del concetto di normale diligenza in relazione ai diversi rapporti ha perso importanza la tradizione distinzione in gradi (corrispondente alla graduazione della colpa in lievissima, lieve, media, grave e gravissima) e si è andato invece profilando un criterio di <<normale diligenza>> maggiormente articolato a seconda del diverso tipo di prestazione.

Alla diligenza <<normale>> o <<ordinaria>> fanno riferimento, con significato identico a quello dell’art. 1176, altre norme del codice civile, da quella che pone

a carico del danneggiato l'onere di limitare le conseguenze dannose del comportamento illecito altrui (art. 1227 c. II cod. civ.), a quella che prescrive ai contraenti di adoperare una ragionevole attenzione per riconoscere l'errore nel contratto (art. 1341 cod. civ.), e ancora tutta una serie di disposizioni dettate in riferimento a singoli contratti o a determinati soggetti (l'art. 382 con riguardo al tutore; l'art. 703 con riguardo all'esecutore testamentario ; gli art. 2392 e 2407 rispetto agli amministratori e sindaci delle società per azioni).

Enciclopedia Garzanti del diritto. Ristampa - Milano: Garzanti, 1999. p. 443-444.

4.4.- Estamos cuidando la palabra diligencia. Como el ámbito de este trabajo es técnico, debe obedecer los cánones usuales del lenguaje jurídico que, por la propia esencia de su historicidad, se presenta en el mundo de las ideas con particularidades bien propias.

Fue elegida, entre las varias obras que existen a disposición de los estudiosos, una que el autor entiende ser, a su único juicio, la que tiene mejores propiedades didácticas, aunque haya sido escrita hace casi siete décadas. Su autor es el renombrado jurista argentino Rafael Bielsa², más conocido entre los antiguos abogados por su clásica obra sobre Derecho Administrativo.

² BIELSA, Rafael. Los conceptos jurídicos y su terminología, 2ª edición, Depalma Editor, Buenos Aires, 1954, p. 1/23.

El recordado jurista platense enseñó:

- a) siendo la lengua española (como es la portuguesa) de origen romano y, como los romanos establecieron su idioma como lengua oficial de los pueblos que dominaron, en la práctica, la extendieron a los pueblos dominados como algo necesario;
- b) “el pueblo romano se sentía orgulloso de su idioma y llegó a confundir ese orgullo con el de la soberanía, de la grandeza y de la fuerza de la Nación”;
- c) el idioma, como exteriorización de ideas y de sentimientos, debe tener decoro”;
- d) “aunque se pueda considerar el lenguaje jurídico como vulgar (técnico y literario) lo cierto es que el pueblo necesariamente debe conocerlo, una vez que expresa la norma jurídica, pues aplica un principio general que obliga: *nadie puede ignorar la ley*”;
- e) mientras “el derecho es ciencia social”, es forzoso admitir que “el lenguaje jurídico es más clásico que romántico, puesto que está sometido a las reglas de su naturaleza”;
- f) el mismo Bielsa, también hace siete décadas, refiriéndose a otro trabajo que publicara, con amplia perspicacia ya preconizaba la pluridisciplina a quien se dirige, es decir, el libro se destinaba a estudiantes de derecho, de economía y de ciencias políticas, sin embargo, alertaba que su escrito no tenía pretensión de ser un compendio gramatical

siquiera filológico, pero tendía a aguzar los estudiosos a “cuestionar el significado o la acepción propia de una palabra en su sentido jurídico, es decir, en razón de su etimología, de su acepción convencional, sin embargo, debiendo ser necesariamente lógica” y

- g) casi que previniendo la multiplicación de leyes, Bielsa anotó que “la ambigüedad o la obscuridad de los textos jurídicos es la causa de erróneas interpretaciones y, por eso, dando también soluciones injustas o arbitrarias”.

Lástima que, pasados tantos años, las facultades no recorran a textos tan lúcidos como este que comento de autoría de Rafael Bielsa. Es suyo este pensamiento inmortal, advirtiendo la crisis en la enseñanza jurídica: “aunque que parezca insólito, el abogado y el empleado que sólo leen los textos legales y no ven más que las tareas diarias terminan por aceptar como de uso correcto, lo que está incorrecto”.

4.5.- Teniendo en cuenta y muy en cuenta como fue sabia la idea de insertar en *Migalhas* la sección denominada *gramatigalhas*, para suplir espacios y alejar dudas de lo que es correcto decir o escribir en el lenguaje jurídico, la certeza de que el abogado debe estar preparado para expresarse, comunicarse, por escrito o verbalmente en forma correcta, sin rebuscados innecesarios y, como no podría dejar de ser, analizando el

pensamiento de Bielsa podemos decir que: “el abogado debe respetar el idioma; y, si es jurista, debe estimar el castizo en el idioma. Otra cosa es el estilo, pues esa es una cuestión de mentalidad, temperamento, formación, sentido estético”.

5.- El origen de la expresión *due diligence* se encuentra en estudios históricos como derivado del contexto de las operaciones de naturaleza mercantil, como prevista en el Securities Act de 1933, en su párrafo 11 (b) (3).

5.1.- La previsión de la necesidad de la *due diligence*, como indica o señala el texto del Securities Act, deriva la necesidad razonable de investigación antes de confeccionar el prospecto. Sobre el prospecto, se deben verificar los artículos 83 y 84 de la Ley Brasileña N° 6404, del 15/12/1976.

5.2.- En el sentido restringido, los negocios mercantiles no son hechos que se realicen sin recorrer etapas preliminares (negociaciones). Particularizando, son los que involucran, también, o pueden involucrar otros negocios con empresas localizadas en otra jurisdicción. Y cualquier adquisición de activos o de control, en el contexto mercantil, exige un análisis de los riesgos financieros y la confección de cuestionamientos específicos precontractuales, cuya necesidad es indiscutible antes de cualquier compromiso definitivo.

6.- ¿Cuáles son los negocios en los cuales se usa la *due diligence* por consenso de los interesados? Aunque se pueda intentar elaborar una lista de posibles negocios no realizables sin el procedimiento previo de la *due diligence*, esta jamás será exhaustiva, principalmente porque la velocidad con que se crean las actividades, principalmente en el campo tecnológico y, más, biotecnológico, es mucho más con el surgimiento de la nanociencia y en la nanotecnología la expansión está en permanente ascendencia.

6.1.- Se está aplicando la *due diligence* a negocios relacionados a la compra y venta en general de empresas (puerta cerrada) o de activos, como también de negocios financieros sofisticados.

Son significativos los negocios que involucran el conjunto de acciones de compañías listadas en bolsa; la compra de empresas de parte de empleados generalmente de nivel gerencial o de alta administración; adquisiciones de empresas privadas; compra de operaciones o negocios en funcionamiento regular o que fueron cesados transitoriamente; *joint ventures*; inversiones en capital de riesgo; sofisticados préstamos bancarios de valores relevantes, que para ser concebidos, a los tomadores no les bastan diligencias habituales en el interior de las instituciones financieras a través de sus comités de análisis de riesgo; privatizaciones; préstamos a grupos de empresas que participan o pretenden

participar en negocios que exijan actividad común y que, para que sean concluidos, normalmente, son negocios que tienen interés social.

7.- Como se ha dicho, en el artículo anterior, las operaciones conocidas como *subprimes* dejaron de lado las reservas habituales y se descuidaron de las recomendaciones de *Basiléia II*. Por eso, los administradores utilizan, la *due diligence* enfocada en el riesgo de los negocios en trámite, buscando evitarlo o, como máximo, minimizarlo. Lógico es el palpito que los administradores tienen herramientas de conocimiento mejores para evaluar los límites del riesgo que pretenden asumir, como conocer todos los pormenores de la empresa con la cual negocian.

Intentando o demostrando saber y conocer el negocio en todos los detalles y probando si son válidas las estrategias, como también la posición financiera comercial y técnica del ramo de actividades de la empresa negociada, los pretendientes sólo conseguirán esas informaciones cuando los que promovieron la *due diligence* les presenten el informe que liste, detalle, pormenorice y circunscriba todos los posibles datos que podrán llevar, o no, a la conclusión del negocio. Principalmente el informe final deberá enfocar los objetivos y los riesgos que puedan sugerirles, a los interesados, que cierren el negocio o que soliciten más informaciones o que se desinteresen por él.

8.- En contraposición a la estática y finalidad de la *due diligence*, la auditoría jurídica se muestra dinámica, porque ella rige la mecánica que le da a los administradores la oportunidad de tener en las manos las informaciones circunscriptas de los límites del negocio que desempeñan.

La auditoría jurídica puede invadir todas las actividades de la empresa sin crear confusiones, constreñimientos o conflictos, desde que haya un ambiente para que actúe con armonía. Si tomamos, por ejemplo, el organigrama de una empresa que tenga 800 empleados, la contratación de la auditoría jurídica podrá tener en cuenta las relaciones laborales; tanto el departamento fiscal como el tributario; mercadológico; de la propiedad industrial; producción; de compras y suministros; contable; o jurídico para revisión y sugerencia de normas y procedimientos adoptados por abogados internos o contratados, teniendo en cuenta los trabajos en marcha, incluso los procesos administrativos o judiciales; ambiental; de relaciones públicas y/o humanas y todos los que formen parte de las necesidades que la empresa contratante del auditor jurídico juzgue conveniente.

Este trabajo podrá ser momentáneo, pero su abordaje será holístico, dependiendo, sin embargo, de las actividades de la empresa y de que ella se interese por la auditoría jurídica con el mismo énfasis que lo hace con la auditoría externa (fiscal o contable).

Tanto una como la otra, no necesitarán del desempeño del auditor, pero, después de establecidos los estándares de control y tabulados los límites de cada departamento a través del procedimientos de verificación, esos trabajos pueden oscilar, siendo semanales, quincenales o mensuales. Todo depende de la voluntad y de la decisión de los administradores y que tenga en cuenta la actividad principal de la empresa. Aclarando mejor, si se tiene en cuenta una fábrica de productos químicos, que ponga o pueda poner en riesgo el medio ambiente, sería insensato abdicar de controles rígidos sugeridos por el auditor jurídico, que los estableció después de reuniones conjuntas con los empleados incumbidos en las actividades peligrosas o insalubres. De ese trabajo conjunto deben salir las normas y las reglas de control, para verificar los grados de riesgo y las medidas cautelares que se deben tomar permanentemente.

III.- Opinión jurídica o parecer jurídico.

9.- En este tópico, será abordado el tema que involucra el parecer jurídico y sus puntos de contactos con la auditoría jurídica, en lo que concierne al parecer del auditor. Luego en el preámbulo, es necesario advertir que hay un cierto paralelismo entre la opinión jurídica y el parecer del auditor jurídico. Ambos son proferidos en el cierre de cada trabajo; ambos deben ser precedidos de contratación escrita, previendo el objeto del trabajo que desarrollará el abogado; ambas incumbencias,

propias y exclusivas de abogados, pueden, también ser completadas o apoyadas por profesionales de áreas diferentes de la jurídica, mostrando la posibilidad de la intervención multidisciplinaria para que el abogado redacte y envíe el parecer al cliente.

10.- La cuestión de los pareceres jurídicos fue, durante muchos años, debatida por la *American Bar Association (ABA)*. La importancia de ese trabajo jamás fue descuidada por la entidad de la noble Clase de los abogados estadounidenses. La preocupación perduró, por largo tiempo, dadas las diversas opiniones que se fueron coligando, hasta que hubiera una especie de consenso para la formulación de principios. Esos principios fueron consolidados, teniendo en cuenta la section 152 del *Restatement (third) of The Law Governing Lawyers*.

10.1.- Los restatements son uno de los diversos tratados que describen el derecho aplicable en una determinada área y direccionan su desarrollo. Normalmente, son publicados por el *American Law Institute (ALI)* allí entre los diversos puntos que fueron llevados al conocimiento de los interesados, existe uno que señala la actividad de los profesionales conocido como *Law Governing Lawyers*³.

³“One several influential treatises, published by the American Law Institute, describing the law in a given area and guiding its development”. GARNER. Bryan A, *Black’s Law Dictionary, Deluxe, Seventh Edition, St. Paul, 1999, p. 1314 y 1315.*

10.2.- A partir de 1991, fueron adoptados diversos principios referentes a la opinión de una tercera parte, involucrando asuntos legales, incluso.

11.- Como muchos de esos principios no tenían el menor interés para los abogados brasileños y, principalmente, para los preocupados y, más todavía, para los jóvenes abogados, a seguir serán enunciados los que son más propios, además de que son, posiblemente, los más utilizables.

A) La cuestión jurídica.

No serán cuidados aspectos que involucren la cuestión crucial de los Estados Unidos de la jurisdicción o de las jurisdicciones, que la opinión jurídica pueda abarcar, en virtud de que no existe en Brasil el sistema americano de que los estados son autónomos y cada uno crea su propio derecho.

B) Los principios generales.

Entre los seis que fueron acordados por el ALI⁴, según la ABA, se destacarán sólo cinco, que son:

- a) Al final de muchos negocios financieros, el abogado de una de las partes entregará parecer(es) legal(es) para una o más partes. Esos pareceres, que suelen ser referidos como pareceres para ter-

⁴The Business Lawyer, vol. 53, Mayo 1998, p. 832.

ceros, son el asunto de los Principios de las Opiniones Jurídicas;

- b) Las materias comúnmente utilizadas en los pareceres, el significado del lenguaje normalmente usado y el ámbito y la naturaleza del trabajo del abogado esperados para actuar se basan (sean o no tan declarados) en la práctica común que los abogados regularmente utilizan y aconsejan a los clientes considerando opiniones del tipo involucradas. Estos Principios de las Opiniones Jurídicas son solicitados para proveer una rápida referencia para aspectos seleccionados de práctica común;
- c) Las opiniones contenidas en un parecer expresan el juzgamiento profesional con relación a materias legales solicitadas y no garantiza que cualquier Tribunal juzgará con el resultado esperado;
- d) Aceptando un parecer, el cliente no está obligado a seguir las opiniones que él contiene;
- e) El(los) abogados(s) que prepara(n) un parecer o el cliente y su consejero legal están preparados cada uno para asumir que los demás están actuando de buena fe con relación al parecer (al texto que fue propuesto).

C) En lo que se refiere a los hechos que deben ser examinados por el abogado para emitir el parecer, se destacan:

- a) los abogados responsables por preparar un parecer no poseen conocimiento de todas las informa-

ciones posibles necesarias para apoyar las opiniones que el parecer contiene. De este modo, esos abogados necesariamente confían ampliamente en informaciones posibles obtenidas de terceros, particularmente administradores de empresa. La práctica común permite tal confianza al menos que tal información posible en la cual los abogados preparan el parecer sea evidentemente irregular o que haya sido producida a través de una fuente impropia;

- b) una opinión jurídica no debería tener como base una representación posible, que es equivalente a la conclusión legal expresada. Una opinión jurídica ordinariamente debe tener como base conclusiones legales contenidas en un certificado de un organismo oficial.

D) Finalmente, la fecha en que fue redactada la opinión jurídica es esencial. Así sugiere la ABA.

12.- Hay un gran empeño de la ABA para que los abogados tengan en cuenta esas indicaciones y sugerencias al ejecutar sus trabajos⁵.

⁵ Varios trabajos fueron publicados en la *The Business Lawyer*, a lo largo de los últimos años. Los principales son los siguientes: **a)** *The Party "Closing" Opinions*, vol. 53, Febrero de 1998, p. 592/676; **b)** *Guidelines for the Preparation of Closing Opinions*, vol. 57, Febrero de 2002, p. 875/884; **c)** *Law Office Opinion Practices*, vol. 60, Noviembre de 2004, p. 327/339; **d)** Escrito por *TriBar Opinion Committee, Third-Party Closing Opinions*, vol. 61, Febrero de 2006, p. 679/696; **e)** *MCCALLUM. Charles E., YOUNG. Bruce C, Ethics Issues in Opinion Practice*, vol. 62, Febrero de 2007, p. 417/426; **f)** *AMBRO,*

13.- Como se está repitiendo hace mucho tiempo, la confusión que se hizo entre auditoría jurídica y *due diligence* lleva también a conclusiones equivocadas sobre las finalidades y las propuestas de esas dos relevantes incumbencias, propias del abogado. Aunque ellas tengan puntos de contacto o puntos comunes o, prácticamente, las mismas finalidades y la esencia de la distinción entre las dos actividades reside en el hecho de que la *due diligence* es estática y la auditoría jurídica es dinámica.

14.- En determinadas circunstancias, muy propias en cada caso específico, puede haber divergencia entre la opinión del abogado, que hizo la *due diligence*, y la opinión de sus clientes o de los propios abogados de quien la recibe (el cliente). Eso ocurre con frecuencia, como también ocurre que los que reciben esas opiniones jurídicas decidan no seguirlas, en algunos aspectos particulares, o incluso no las adopten por completo.

15.- Otro punto común entre la auditoría jurídica y la opinión o el parecer jurídico reside en el sustrato ético del trabajo. El sustrato ético del trabajo es amplio, por no decir amplísimo.

Thomas L, FIELD, Arthur Norman, The Legal Opinion Risk Seminar Papers, vol. 62, Febrero de 2007, p. 397 y 398; g) GLAZER, Donald W, FIELD, Arthur Norman, Not-Litigation Opinions Can Be Risky Business, vol. 14, Número 6, Julio/Agosto de 2005.

Son tantas las hipótesis de cuestiones éticas, que pueden suceder u originarse de ese trabajo, que basta que se verifiquen, por ejemplo, los juzgamientos del Tribunal de Deontología de la OAB/SP, para ver cómo son variadas y múltiples las cuestiones éticas que se derivan del ejercicio profesional y, más todavía cuando son originarias de trabajos sofisticados como los que se están cuidando en este artículo (<http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/composicao/turma-de-etica-profissional-ted-i>).

16.- Sobre ese asunto, le gustaría al autor dejar algunas cuestiones, que son suscitadas para que los compañeros que ya operan en el área o que pretenden hacerlo reflexionen. Son ellas:

- a) Concluido el trabajo, ¿podrá ser utilizado solamente por su recipiente o contratante o podrá serlo por otro, directa o indirectamente, unido al cliente?
- b) ¿Cómo se evalúan las informaciones contenidas en el informe? ¿Se puede divulgarlas? En caso afirmativo, ¿con cuáles cautelas y precauciones?
- c) ¿Cómo interpretar cuestiones de hechos que parezcan inconsistentes o que las investigaciones no pudieron ser profundizadas en razón de su costos o porque estaban apoyadas en conclusiones de terceros?
- d) ¿Cómo se portará el abogado al notar que su cliente tiene una conducta criminal o fraudulenta?

- e) ¿Cuál es el procedimiento del abogado que recibe un documento que presente presunción de falsedad material o fue retirado de un tercero?
- f) ¿De qué forma será la conducta del abogado que involucre falta de honestidad, fraude o engaño del cliente?
- g) Cuál será su procedimiento: ¿representarlo o no?
- h) ¿Puede el abogado alegar desconocimiento de una situación de hecho que le tenga haya sido transmitida verbalmente?
- i) Al recibir informaciones y documentos de su cliente, ¿fue el abogado diligente, recibéndolos de la persona que correctamente representa la empresa?
- j) ¿A quién debe el abogado relatar que tuvo conocimiento de hechos de origen criminal?

17.- La posible convergencia, entre las finalidades de los trabajos del auditor jurídico con el consultor jurídico o con los abogados o con el abogado que se incumbe de la *due diligence*, no deja dudas sobre las finalidades de cada una de esas actividades. Las posibles intersecciones de los trabajos no llevan a la conclusión de que la auditoría jurídica sea esclava de la *due diligence* o sea parte integrante de la *due diligence* o sea la propia *due diligence* con otro nombre. Dentro de la misma línea de pensamiento, no hay confusión entre el parecer jurídico con una consulta jurídica y, también, con una opinión jurídica, siempre dado por abogados.

18.- Y más todavía para, si se pretende dejar definitivamente asentado, el parecer insertado en una *due diligence* difiere, por la naturaleza, con el parecer del auditor jurídico cuando la actividad de este último sea una auditoría jurídica. No se hace *due diligence* en procesos judiciales o administrativos, pero puede hacerse una auditoría jurídica restricta no al procedimiento del abogado, sino a los hechos que pueden ser encontrados en el proceso. Y, por fin, hay un campo enorme en la esfera del Derecho Administrativo, que aborda el parecer jurídico emitido en serie dentro de cada proceso administrativo. Cada fase del proceso administrativo, cuando bien conducido por la Administración, tendrá el parecer jurídico adecuado para la circunstancia que fue emitido o para el hecho que fue propuesto.

En nombre de la probidad del ejercicio profesional pleno de la abogacía, con ética, se exige que se haga la distinción entre las actividades propias del abogado sin que eso confunda los objetivos del trabajo para el cual fue contratado.

Capítulo IV
La contratación,
las comunicaciones
y el parecer del auditor
jurídico

La contratación, las comunicaciones y el parecer del auditor jurídico

I.- Introducción:

1.- Nunca será demasiado repetir y enfatizar que el auditor jurídico, obligatoriamente, debe ser un abogado que reúna todos los requisitos para el completo ejercicio de sus actividades privativas, estando inscripto en la OAB, sin incompatibilidades o impedimentos, y plenamente capacitado para ejercitar y practicar esta actividad específica.

2.- Y, también, sin producir enfado, la definición de auditoría jurídica debe ser absorbida, comprendida y entendida por todos aquellos que la quieran ejercer, teniendo en cuenta los principios orientadores propuestos por este autor en todas sus publicaciones, los cuales podrán ser revisados, enmendados, modificados, alterados o añadidos cuando el Congreso Nacional vote el proyecto de Ley 6.854, en trámite desde el 5 de abril de 2006 de autoría del diputado Raul Belens Jungmann Pinto (PPS-PE). O incluso si el Notable Consejo Fe-

deral de la Orden de los Abogados de Brasil, por iniciativa propia -y puede hacerlo, como el contenido de la norma del artículo 54, de la Ley 8.906, del 4 de julio de 1994 (Estatuto de la Orden de los Abogados de Brasil)- expedir Provisión para disciplinar el ejercicio de la actividad de auditor jurídico y, por consiguiente, institucionalizarla.

3.- Mientras se espera y se aguarda el procesamiento con aprobación y la consecuente institucionalización de la auditoría jurídica y el surgimiento del auditor jurídico, destacado como capaz de ejercer la actividad de la abogacía más allá de las privativas constantes en el artículo I, inciso II, del EOAB, en ese interregno, constituyen, aunque no reglamentada, la actividad privativa del abogado, permitiéndole actuar como auditor jurídico siempre que tenga los requisitos esenciales aprovisionados en el EOAB, y de modo particular cuanto a la prestación de servicio profesional y su consecuente derecho de recibir los honorarios acordados, además de las prescripciones inherentes al ejercicio de la profesión, sin que se pueda excluir alguna de ellas en lo que se refiere a la ética del abogado (artículo 31 a 33 del EOAB) y artículos 1, 2, 3, 8, 25, 26, 27 y 35 del Código de Ética y Disciplina, instituido por el Notable Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, el 13 de febrero de 1995 (Diário Oficial da Justiça, Sección 1 del día 1/3/95, páginas 4000 a 4004).

4.- Estos requisitos esenciales se aplicarán en la auditoría jurídica, los cuales están también en plena vigencia para las demás actividades privativas de los abogados. En este ensayo se abordarán temas relevantes acerca de la contratación, de las comunicaciones y del parecer final, en consonancia con el título anterior.

El autor innovó proponer para este escrito el término ensayo, con la pureza que le dio la genialidad de Michel de Montaigne¹.

II.- ¿Cómo se procesa la contratación del auditor jurídico?

5.- No será posible la contratación del auditor jurídico o de la sociedad de abogados que ejerzan sólo la auditoría jurídica, si no es por estipulación escrita. Está fuera de propósito, y por qué no decir, írrita éticamente, la contratación de auditoría jurídica sin que lo sea por escrito y, de preferencia, observando la proporcionalidad del pago de los honorarios prevista en el artículo 22, párrafo tercero del EOAB.

¹ Michel de Montaigne no inventó la palabra “ensayo”, pero él fue, sin duda, el primero a usar el término para describir una corta e informal discusión en prosa para instruir, estimular y entender, como bien apreció Charles Rosen, en el artículo *The Genius Montaigne*, publicado en la *The New York Review of Books*, volume 55, número 2, el 14 de febrero de 2008.

“Art. 22.- (...)

§ 3º Salvo estipulación en contra, un tercio de los honorarios se dará al inicio del servicio, otro tercio hasta la decisión de primera instancia y el restante al final²”.

6.- La naturaleza del trabajo del auditor jurídico y las peculiaridades que son inherentes a su desempeño, lo dejan abierto a ser ejecutado con algunas características que difieren de la contratación usual de los trabajos ejercidos por los abogados en sus múltiples actividades.

Se centran esas peculiaridades en hechos que se deben agotar y luego se llevan al informe, pero que, para su indagación, se exige la actuación de profesionales de otras áreas. Son situaciones que pueden pasar a ser comunes. Por ejemplo, cuando el auditor jurídico debe reportarse a un problema ambiental, la causa de cuya dificultad puede estar en la dependencia del trabajo de un ingeniero ambiental, o de un químico, o de un antropólogo y, por qué no, incluso de esos tres profesionales de una sola vez. Ante la gravedad del evento y de las posibles repercusiones sociales, es posible que un auditor jurídico deba valerse del concurso de otros profesionales, además de los citados. Tomando el caso de la emisión de un posible parecer del auditor jurídico sobre lo sucedido con el metro de São Paulo en la línea

² ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo: OAB, oct. 2003. p. 37.

de Pinheiros, a título de ilustración, el auditor, si fuera contratado para opinar sobre el desastre, cuyas repercusiones jurídicas fueron innumerables y contundentes (indemnizaciones a las familias de los muertos, tratamiento de heridos, asistencia psicológica, ingenieros para verificar los daños ocasionados en edificios vecinos, asistente social para dar apoyo a las familias que fueron retiradas de las casas, etc.) necesitaría el soporte técnico de todos esos profesionales. Entonces, existiría la obligatoriedad de una actividad multidisciplinaria que se estrecharía con la elaboración del parecer de la obra del auditor jurídico.

7.- En el caso, en la hipótesis, de la necesidad del concurso de profesionales de otra área, que propicien los medios y las condiciones como verdadero canal para la formación del juicio del auditor jurídico, surge la siguiente cuestión: ¿Hasta qué punto puede el auditor jurídico preservar el sigilo profesional con las restricciones que le son inherentes y estatuidas en los artículos 25, 26 y 27 del Código de Ética y Disciplina? ¿Qué condiciones tendría él, utilizando los medios jurídicos que le sean necesarios, para garantizar el sigilo profesional, si personajes de otras actividades complementarias a la elaboración del parecer tomaran conocimiento de toda la complejidad del trabajo y de las informaciones recibidas sobre hechos referentes directa o indirectamente al desastre o a eventos posteriores? ¿Tendría obligación el auditor jurídico de solicitar permiso del cliente constituyente para infor-

marle la posibilidad de que estos terceros tengan acceso a los hechos o a las informaciones, incluso siendo ellos pagados por el propio cliente? Ampliando el razonamiento sobre las dificultades de la participación de otros profesionales, ¿a quién le cabría la elección de esos nuevos personajes? Caso fuera ajustado que sería por el cliente, ¿tendría el auditor jurídico la opción de vetarlos o de sugerir otros nombres para la elección? Todo este entrelazamiento es candente y exige la completa confianza entre las partes, sustentada a cambio de correspondencia o comunicaciones epistolares, dentro de los límites de la necesidad que el caso requiera y con la prudencia en las proposiciones del auditor jurídico para que también dichas contrataciones con los demás profesionales deben ser escritas, con cláusulas de sigilo profesional. Y esas cláusulas deben ser cuidadosamente redactadas, teniendo en cuenta las diversas actividades de cada profesional, pues la mayoría absoluta de las profesiones reglamentadas en el país tienen sus normas de conducta o previsiones éticas pasibles de adaptación a la hipótesis que estamos cuidando.

8.- Siempre con el objetivo de resguardar los intereses del cliente, el auditor jurídico le informará que la contratación de otros profesionales también dependerá de que ellos no tengan o no puedan tener conflicto de intereses con la empresa a quien le van a prestar servicio, dentro del equipo que tendrá el liderazgo del auditor jurídico.

Pero, ¿qué son los conflictos de intereses?

La noción de conflicto de intereses varía mucho en el espacio y en el tiempo, pero nunca se alejó de su idea principal. La raíz de la formación conceptual de la expresión “conflicto de interés” y de sus repercusiones es, según el autor, de origen religioso, asumiendo que una de las más conocidas idealizaciones de la expresión se basa en el pasaje bíblico de que no se debe servir a dos señores. Dada la complejidad de este tema cuando llevado a un caso concreto, sin previo y seguro conocimiento conceptual, habrá siempre dudas sobre su entendimiento y las razones por las cuales el concepto fue evolucionando hasta llegar al campo de la abogacía, a la criminalización, cuando se tipificó el patrocinio infiel y también el patrocinio simultáneo o tergiversación (artículo 355 del Código Penal). Están consolidados en el derecho americano estos conceptos sobre conflicto de intereses:

- a. **Conflict of interest.** A clash of loyalties (it would be a conflict of interest for the lawyer to represent both sides in the dispute). Serving two different masters, divided loyalties, clash of interests, dilemma, compromising situation^o.*
- b. **Conflict of interest.** Term used in connection with public officials and fiduciaries and their relationship to matters of private interest or gain to them. Ethical problems connected therewith are covered by statutes in most jurisdictions and by fede-*

ral statutes on the federal level. Generally, when used to suggest disqualification of a public official from performing his sworn duty, term “conflict of interest” refers to a clash between public interest and the private pecuniary interest of the individual concerned^o.

Mientras el primero es genérico, el segundo particulariza el conflicto de interés en el ámbito de la administración pública. La palabra “conflicto” significa un encuentro que provoca una oposición entre elementos y sentimientos contrarios, y se puede entender como sinónima de antagonismo, conflagración, desacuerdo, discordia y lucha. El conflicto de intereses en el plano jurídico se fusiona con la noción de que en el derecho se repele siempre la idea de la ausencia de ética en comportamientos de profesionales, que deben mantener reglas de conductas subordinadas a principios metajurídicos (honra, nobleza, dignidad, honestidad, decoro, veracidad, lealtad y reputación). El auditor jurídico siempre deberá tener presente que, para que sea merecedor de respeto, debe proceder de forma correcta y adecuada, pues su permanente actividad refleja, dentro de los estándares, como contribución al prestigio de la clase y del derecho.

Ontológicamente, el conflicto de intereses siempre está parejo, *lato sensu*, con las incompatibilidades e impedimentos, siendo mucho más amplio el espectro de su interpretación conceptual.

9.- Las provisiones y las estipulaciones de los contratos de honorarios entre el auditor jurídico y su constituyente deben contemplar de modo particular los siguientes aspectos:

- a)** el objeto del contrato debe ser preciso y amplio;
- b)** las informaciones y los documentos deben ser catalogados entre los que pueden ser confidenciales, absolutamente confidenciales o públicos ya divulgados;
- c)** el plazo para que se concluya el trabajo y su posible ampliación debe ser determinado con las restricciones usuales de casos de fuerza mayor, eventos fortuitos, etc.;
- d)** el acceso a las informaciones y a los documentos existentes en la empresa o con sus empleados;
- e)** el establecimiento periódico de reuniones en las cuales las partes intercambiarán los informes y las obligaciones y las diligencias de cada una que se estén cumpliendo o atendiendo, con periodicidad adecuada para cada caso, teniendo en cuenta, principalmente, la complejidad en el sentido más amplio, para cada fase del trabajo;
- f)** se debe entregar los documentos por lista pormenorizada con protocolo que provee la conducción en forma recíproca de quién entrega y quién recibe;
- g)** la posibilidad de eventual rescisión en caso de pérdida de confianza de una parte con relación a otra o recíproca, con la devolución de documentos y de la minuta de lo que hay de más desarrollado

en el parecer o de algunas de las conclusiones que ya hayan sido redactadas, incluso a título preliminar, sin excluir prestación de cuentas y demás ítems que sean objeto de la estipulación entre las partes;

- h) la previsión de abandono del trabajo de parte del auditor jurídico o del desinterés de parte del cliente sin motivo justo;
- i) las demás cláusulas y previsiones usuales de prestación de servicio que estén proveídas en el EOAB o en el Código de Ética y en la legislación civil e, incluso, en decisiones pretorianas, sin escapar la práctica de otras jurisdicciones que se puedan traer, y que no entren en conflicto con la legislación brasileña. Y, como si no fuera suficiente, tener en cuenta también resúmenes resultantes de decisiones del Tribunal de Ética y Disciplina, de la Seccional, o de otras Seccionales, o incluso del propio Consejo Federal de la OAB.

III.- El proceso de elaboración del parecer del auditor jurídico.

10.- El auditor jurídico debe mantener su parecer sólo con documentos que le hayan sido transmitidos por el contratante. La tarea inicial es leer cuidadosamente toda la documentación que le hayan entregado, mediante una entrega formal.

Subsecuentemente, en el caso de que esté organizada la documentación (por informaciones, por correspondencias, por documentos de cualquier origen, por informes, por anuncios, por informaciones transmitidas por los medios de comunicación o por cualquier otro medio), el auditor jurídico deberá hacer un examen crítico informal de la referida documentación, deteniéndose, en primer lugar, en las características de los documentos, en las fuentes de donde fueron sacados, en la posible autenticidad y demás requisitos formales elementales y primarios para proseguir con el examen ya en su contenido ideológico.

10.1.- Si el auditor jurídico entiende que su constituyente le entregó informaciones o documentos que necesiten profundización cuanto a posibles detalles formales, inmediatamente lo solicitará, fijando un plazo para la respuesta, en la dependencia de la relevancia de la cantidad y de la disponibilidad de esas informaciones adicionales. Las partes deben tratar todo eso por escrito y, siempre, deberán mantener absoluto sigilo sobre esa correspondencia y el intercambio de informaciones.

11.- Como la naturaleza, la función y el objeto del trabajo del auditor jurídico tiene implicación con el sigilo profesional, con los resguardos ya mencionados en la participación del trabajo de terceros profesionales, dentro o fuera del área jurídica, los intercambios de correspondencias anteriormente indicados no pueden

quedar sometidos al manejo o conocimiento de cualquier empleado por más, relevancia que ellos puedan tener y por el contenido de cada uno de ellos, que, en el conjunto, pueden revelar la ruptura del sigilo con grandes perjuicios de monta no sólo para la empresa, sino también para la imagen del auditor jurídico.

Es extremadamente recomendable que sean listados e identificados por escrito, la comunicación del cliente al auditor jurídico, de la misma manera, las personas, los empleados, los departamentos o las secciones de la empresa que participarán del proceso que va a culminar en la elaboración del trabajo del auditor. Cualquier modificación, alteración o sustitución siempre deberá ser comunicada al auditor jurídico con la presteza que cada caso requiera. La fluidez con que hoy se transmiten las informaciones y con que corren los datos, gracias al incremento tecnológico y a la creación de aparatos que muchas veces se utilizan ilícitamente, exige atención, cuidado y todas las precauciones posibles.

12.- El auditor jurídico, por deber de conducta, solamente deberá redactar su parecer después de plenamente convencido de que la narrativa de los hechos es el espejo fiel de la realidad o realidades que le fueron traídas, de su pleno convencimiento de que los documentos, para llegar a esa conclusión, fueron examinados profundamente para confirmar su autenticidad,

veracidad y legalidad. Y, sin duda, todos convenientemente leídos, estudiados y evaluados, individualmente y en su conjunto, desechando los innecesarios.

Entonces, empezará a ser redactado el parecer. Será importante que los documentos realmente utilizados tengan mención expresa. No pueden quedar dudas, como una que, recientemente, este autor constató. Y pasa a narrar.

Para elaborar una opinión jurídica, un abogado examinó los procesos que abarcaban el objeto de su trabajo. Aunque algunos de ellos ya hubieran sido juzgados, no se operara el tránsito de las decisiones. Mucho peor, el poder público entró con una acción rescisoria vencido el plazo legal, sustentando la tesis de la relativización de la cosa juzgada en determinados casos de interés público financiero relevante.

Dejó el abogado, también, de mencionar el nivel de acción, sin comentar o evaluar los riesgos de este proceso para los expresivos valores que estaban en juego en la decisión que se pretendía rescindir.

13.- Es de suma importancia que el auditor jurídico actúe, en pormenores como éste, con absoluta independencia, veracidad y lealtad, no sólo examinando ese nuevo procedimiento, sino también evaluando los riesgos de la tarea judicial prevista por el poder público. No

adentrará en el éxito o no de este nuevo proceso, sino que indicará el carácter esencial e indispensable de los riesgos que un tal proceso puede acarrear, los altos costos involucrados para su regular funcionamiento, para eventual término y también el tiempo que va a ser gastado con la nueva apertura de una nueva instancia, otra instrucción probatoria y otras instancias de recursos.

14.- Admitiendo que el auditor jurídico ha procesado su trabajo, con cautela, y dado todos los pasos necesarios para llegar al punto de estar preparado para redactar su parecer, ¿cómo procederá? ¿Cómo se comunicará? Es lo que pasaremos a examinar.

14.1.- La redacción debe ser clara y precisa, dentro de lo posible sin términos inaccesibles a los que son ajenos al lenguaje jurídico.

14.2.- El informe es una pieza que debe analizar en primer lugar, los hechos con todos los documentos que fueron examinados sin excepciones. Debe contener una exposición, dentro de lo posible, breve, o sinóptica, pero sin resumir al punto de que el lector que lo contrató para el trabajo deba hacer un gran esfuerzo para entenderlo. Una vez que haya sucedido en muchas decisiones judiciales, el informe sumario desvirtúa o empobrece el contenido de la decisión propiamente dicha y de su fundamentación, como sería lógico contener.

14.3.- Puede inducir al atentado contra la ética. Finalmente, la conclusión del informe debe ser precisa y abstenerse de opiniones personales o de críticas a terceros, o que pueda inducir atentado contra la ética, la moral, la honestidad y la dignidad de la persona humana. Pero debe ser taxativa: debe, necesariamente, el auditor jurídico emitir de forma concreta, sin miedo y con independencia y honestidad, su opinión profesional. Entonces, actuando con lealtad, dignidad y buena fe, estará cumpliendo con la obligación que le fue dada.

14.4.- Puede suceder que el cliente que contrató el auditor jurídico necesite aclaraciones sobre algún pormenor de la pieza por él elaborada o sobre la conclusión del trabajo. En ese caso, para el bienestar de las partes, será conveniente que el cliente haga las observaciones por escrito, con el auditor jurídico intentando entenderlas para redactar la respuesta. Si él le da esa respuesta, ella pasa a formar parte de la conclusión del parecer anteriormente por él elaborado y entregado al cliente. Y también, como excepción, dependiendo de lo que se escriba o exponga, podrá ser elaborada un acta que resuma las dudas que surgieron y las aclaraciones adicionales que hayan sido dadas.

14.5.- También será conveniente que en la contratación de los honorarios del auditor jurídico esté prevista la hipótesis de la ocurrencia narrada en el ítem anterior y estén ajustados los honorarios complementarios para ese trabajo.

Capítulo V
La destrucción de
***Tapes Backups* sin uso:**
La auditoría jurídica y su rol
para esa orientación.*

* El autor agradece la colaboración de la pasante Marina Loureiro Sato, que realizó las investigaciones bibliográficas utilizadas en este trabajo.

La destrucción de *Tapes Backups* sin uso: La auditoría jurídica y su rol para esa orientación.

Conceptualmente, los **tapes** utilizados como **backups** guardan información que, generalmente, por el derecho, en la práctica, son documentos, en el sentido jurídico.

Las informaciones, cuando son compiladas, transcriptas de manifestaciones orales, por ejemplo, se transforman en documentos y, cuando se usan, constituyen elementos de la voluntad exteriorizada, que pueden servir como prueba, en el plano del derecho material.

I.- Concepto de documento en el derecho brasileño.

1.- Las vertientes del derecho brasileño, que dan el perfil jurídico del documento, encuentran raíces en una provechosa construcción que no fue doctrinaria a lo largo de los últimos dos siglos, fueron perfeccionadas por la jurisprudencia y asentadas en el derecho po-

sitivo vigente, no alterado en la sustancia a lo largo del tiempo.

2.- El Código Civil Brasileño (CCB), en vigor desde 2002, normaliza que, salvo negocio al que se impone una forma especial (por ejemplo, la compra y venta de bienes inmuebles -art. 215, del CCB, y art. 368, del Código de Proceso Civil Brasileño - CPCB), el hecho jurídico puede ser probado mediante documento (art. 212, II, del CCB).

Expandido el concepto de documento, también son válidos, como originales, los certificados extraídos de procesos judiciales o los suministrados por empleados del Poder Judicial (art. 216, del CCB), el telegrama (art. 222, del CCB), la copia fotográfica (art. 223, del CCB, y 365, III, del CPCB), los documentos redactados en lengua extranjera y traducidos (art. 224, del CCB), así como las “reproducciones fotográficas, cinematográficas, los registros fonográficos y, en general, cualesquiera reproducciones mecánicas o electrónicas de fotos o de cosas son prueba plena de estos” (art. 225, del CCB), como también “los libros y las fichas de los empresarios y sociedades”, con ciertas peculiaridades (art. 226, del CCB).

3.- Por otro lado, el derecho procesal brasileño admite que *“todos los medios legales, como también los moralmente legítimos, aunque no especificados en*

este Código, son hábiles para probar la verdad de los hechos en que se funda la acción o la defensa” (art. 332, del CPCB).

Eso significa que, en síntesis, son inadmisibles, en el proceso, “las pruebas obtenidas por medios ilícitos” (art. 5º, LVI, de la Constitución Federal Brasileña - CFB). Sin embargo, no se trata de norma autoaplicable, dependiendo de reglamentación, conforme decisión de la Suprema Corte (Revista Trimestral de la Jurisprudencia, vol. 163, p. 670 y siguientes).

4.- Los documentos electrónicos, como criterio de amplia admisibilidad de los medios lícitos de la prueba, se integran en la categoría de documentos permitidos con eficacia probatoria¹.

5.- Al lado de las disfunciones legales, los documentos lícitos dejan de ser considerados, cualesquier que sean y, *a fortiori*, para servir como medios de

¹ Contribuciones significativas de juristas sirven como soporte para las decisiones y la formación de una consciencia permisiva para que los medios electrónicos sirvan de prueba. Entre los más significativos trabajos, publicados en medios idóneos, recuerdo estos: José Rogério Cruz y Tucci, Eficácia probatória dos contratos celebrados pela Internet (Revista Forense, vol. 353, p. 210); Raphael Garrigoz Panichi, Meios de prova nos contratos eletrônicos realizados pela Internet (Revista de Direito Processual, vol. 16, p. 266 y siguientes); João Agnaldo Donizeti Gandini et al., A segurança dos negócios digitais (Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, vol. 87, p. 165 y siguientes), y Liza Bastos Duarte, O e-mail como meio de prova (Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, vol. 91, sep. 2003. p. 173-184).

pruebas, deben ser guardados y conservados por varios años, de acuerdo, también, con las determinaciones legales originadas de la Administración Pública.

Llega a ser un suplicio que la Administración brasileña obligue a los empresarios a mantener y preservar documentos referentes a las actividades sociales, por períodos que varían de cinco a treinta y cinco años.

Es vejatorio constatar que los documentos referentes a los empleados, desde las anotaciones contractuales hasta las obligaciones tributarias y de seguridad social, deben ser conservados por treinta y cinco años. En caso de fallecimiento de los socios, incluso extinguida la empresa, los sucesores legales son obligados a respetar y cumplir con la determinación medieval. Imagínese a cuantos cientos de miles de documentos se podrá llegar, cuando una empresa tenga quinientos empleados.

Ese hecho muestra que la insensatez burocrática llegó a su clímax y cuanto ella le cuesta al país, principalmente teniendo en cuenta que vivimos en una época en la que los americanos llaman, con propiedad, de *paperless age*.

II.- El abogado y su responsabilidad por documentos que les confían.

1.- La reglamentación de la profesión de abogado en Brasil está corporificada en el Estatuto de la Abogacía y de la Orden de los Abogados de Brasil (EAOAB - Ley N° 8.906, del 4 de junio de 1994)².

Rigurosamente, el Código de Ética y Disciplina de la Orden de los Abogados de Brasil (CED/OAB) reglamentó las relaciones del abogado con el cliente. Y, en lo que se refiere a este tema, su artículo 9° disciplina que el abogado no puede retener bienes, valores y documentos en el ejercicio del mandato, después de la conclusión o después de desistir de la causa³. Constituye infracción del abogado, recibiendo la posible sanción disciplinaria, cualquier acto que implique en la retención de documentos, o procesos judiciales, que haya recibido con autorización del juez o en confianza de su cliente⁴.

La Seccional de São Paulo de la OAB, que tiene hoy más de 200.000 profesionales inscritos, por inter-

² Publicado en el Diário de Justiça, Sección I, 1º.mar.1995, p. 4000-4004.

³ “La conclusión o el desistimiento de la causa, con o sin la extinción del mandato, obliga al abogado a devolver bienes, valores y documentos, recibidos en el ejercicio del mandato, y la pormenorizada rendición de cuentas, sin excluir otras rendiciones solicitadas, por el cliente, a cualquier momento” (art. 9º, del CED/OAB).

⁴ Constituir infracción disciplinaria retener, abusivamente, o extraviar autos recibidos con vista o en confianza (art. 34, XXII, del EAOAB).

medio de su Tribunal de Ética, en la 420ª Sesión, del 23 de marzo de 2000, decidió: “*Ejercicio Profesional -Guarda de Documentos Originales de Clientes- Recibos de Rendición de Cuentas -Debe el abogado, en obediencia a lo preceptuado en el art. 9º del Código de Ética y Disciplina, rendirle cuentas al cliente, con la devolución de documentos originales que le pertenezcan. En el caso de imposibilidad, deberá guardar los documentos originales del cliente hasta la efectiva y final rendición de cuentas, custodiando los respectivos recibos por el lapso temporal de la prescripción de la acción de ajuste de cuentas o cobro.*’ (Proc. E-2.091/00 - v. u. el 23/3/00 del parecer y resumen de la Rel. Dra. Roseli Príncipe Thomé - Rev. Dr. João Teixeira Grande - Presidente Dr. Robison Baroni.”

2.- Por otro lado, la destrucción física de los procesos ya juzgados, prevista en el art. 1.215, del CPCB, fue suspendida por el Superior Tribunal de Justicia. Incluso, la provisión editada por el Consejo Superior de Magistratura de São Paulo reglamentaba la destrucción física de los procesos archivados hace más de cinco años. La eficacia de este artículo está suspendida por mandato de seguridad en Acción Directa de la Inconstitucionalidad (ADIN), de N° 1.919, por el Supremo Tribunal Federal, en Sección del 2 de febrero de 1998.

III.- La modificación del Código de Proceso Americano y la posibilidad de destrucción de disquetes, tapes y correo electrónico ya utilizados.

1.- Desde septiembre de 2001, debido a graves y lamentables acontecimientos, como la destrucción de las torres de Nueva York, y con los sucesivos escándalos sucedidos en la gestión de empresas listadas en Bolsas de Valores, globalmente, el gobierno americano editó, y el Congreso aprobó, dos significativos documentos con implicación en la vida de los ciudadanos de aquel país y de los abogados que allá ejercen la profesión. Surgieron, el “Patriot Act” y el “Sarbanes-Oxley Act”.

2.- En el inicio, hubo mucha inseguridad jurídica sobre la aplicación de esas grandes legislaciones, pues, además de su complejidad, le pasaban poderes extraordinarios al Presidente de la República para que tomara decisiones independientemente o mucho más que lo que el Congreso le daría en esas legislaciones.

Particularmente, me interesa examinar lo que consta sobre las cuestiones surgidas en la contabilidad de las corporaciones y en los fraudes criminales, cometidos por sus administradores.

En el “*Sarbanes-Oxley Act*”⁵, el Título VIII es conocido y citado como “*Corporate and Criminal Fraud Accountability Act of 2002*”.

En la Sección 802, en el Capítulo 73, Título 18, en el “*United States Code*”, se añadieron los siguientes párrafos: “§1519. *Destruction, alteration, or falsification of records in Federal investigations and bankruptcy*”, y “§1520. *Destruction of corporate audit records*”.

3.- Pragmáticamente, el “*Federal Rule of Civil Procedure*”⁶, del 11 de diciembre de 2004, intentó dar instrumentalización para que los procesos sean apreciados y juzgados por las Cortes, no sólo como crímenes y actos, como, también dentro de la competencia estatal.

4.- Semejante a lo que sucede en Brasil, las autoridades americanas insisten en el mantenimiento por años y años de documentos de las empresas, con responsabilidades serias para los administradores. También en los Estados Unidos, el *Flame Retardant Olefinic Cable Compounds* (FROCC) fue alterado, principalmente para los documentos y datos electróni-

⁵ The Sarbanes-Oxley Act. Accedido el 16.mar.2006.

<http://www.news.findlaw.com/hdocs/docs/gwbush/sarbanesoxley.asp>

⁶ Federal Rules of Civil Procedure. Accedido el 15. mar. 2006. <http://www.judiciary.house.gov/media/pdfs/printers/108th/civil2004.pdf>

cos encontrados que no tengan más utilidad, pero que pueden servir como prueba en procesos judiciales o para investigación de las autoridades. El renombrado bufete de abogacía Fulbright ε Jaworski L.L.P., con mucha propiedad, estudió el asunto objeto de este artículo y lo publicó recientemente⁷.

4.1. Consta, en su revista *E-Discovery & Information Management Update*, a propósito del asunto en cuestión: “*Garbage backups are essentially useless computer system backup tapes that accumulate over time because a company lacks the resources or simply the determination required to sort through them. Such garbage might include outdated tapes with no labeling or with, at best, only cryptic descriptions as to what data they contain.*”⁸.

4.2. Con mucha acuidad, el artículo de la revista dice que las mejores prácticas para borrar los textos son:

- *“Do not be scared into keeping everything.*
- *Make prudent determinations as to what specific non-disaster (a.k.a. “special”) backups are necessary for your business practice and keep only*

⁷ Fulbright ε Jaworski L. L. P. Take out the e-garbage ... by December 1: Auditing and eliminating useless computer backup tapes. *E-Discovery & Information Management Update*. p.1-7, mar.2006.

⁸ *Ibidem*, p.1.

them. Tighten your procedures for making special backup tapes, or stop creating them at all.

- *Get over fear of all destruction. If a records retention policy that was adopted in good faith is in place, destruction of outdated documents is okay if the documents do not need to be kept in accordance with a legal hold”⁹.*

5.- La responsabilidad del administrador depende de cuánto tiempo estará obligado a mantener o no los tapes, pues, dentro del proceso judicial americano oral, alterando y juntando el artículo 26(b)(2)(B) para tener eficacia en el corriente año de 2006, dice: *“The proposed Federal Rule 26(b)(2)(B) would require a party to draft initial disclosures or respond to discovery requests by identifying any source of electronically stored information that may have responsive information, but is not reasonably accessible owing to undue burden or cost”¹⁰.*

Y, también, según el artículo de la revista: *“Companies can secure huge cost benefits by discarding garbage backups that are not subject to records retention schedules or litigation holds. Eliminating the garbage can save a company both the costs of maintaining and restoring useless tapes as well as the cost of handling*

⁹ Ibidem, p.5.

¹⁰ Ibidem, p.2.

the restored data in connection with litigations or investigations to which it might be relevant"¹¹.

Prácticamente, ningún litigio puede lograr alcanzar datos que sean inaccesibles, pues el principio del derecho romano, consagrado como *impossibilium nulla est obligatio* (las cosas imposibles no generan obligación)¹², se aplica a situaciones en las que es inalcanzable obtener la prueba.

Sucediendo eso, sólo con la adopción de un sistema práctico se podría evitar que las corporaciones gastaran mucho dinero en la retención de los backups ya usados. La corporación estaría obligada a mantener sólo lo estrictamente necesario para que, en una eventual fase del proceso (discovery), sea obligada a utilizar esos documentos, en discusión y apreciación de las pruebas.

IV.- Breves consideraciones comparativas: derecho brasileño y derecho americano.

1. La introducción de todo ese mecanismo complejo surgió, en los EE.UU., de los atentados terroristas y de los grandes escándalos corporativos.

¹¹ Ibidem, p.1.

¹² MAURI, L. de. *Regulae juris*. 11ª ed. Milán: Ulrico Hoepli - Editore-Libraio della Real Casa, 1936, p.111.

1.1. El renombrado escritor estadounidense Kurt Eichenwald relató la verdadera historia del caso Enron, en un libro que fue campeón de ventas en los EE.UU., con el sugestivo nombre “Conspiracy of Fools”¹³. Extrajimos y sintetizamos algunos sugestivos tópicos:

a) Equipo legal

El libro muestra cómo funcionaba el esquema de corrupción entre los ejecutivos de Enron, que se unieron para fraudar informaciones y mentirle al Congreso.

b) Implicaciones

El escándalo de Enron causó un colapso en la confianza pública. La empresa pareció ser el primer síntoma de una enfermedad que contaminaría otras grandes organizaciones. Lo que emergió fue el escándalo de los escándalos. Billones de dólares desaparecieron, traducándose en un incontable número de subempleos, jubilaciones postergadas, bienes inmuebles perdidos, cursos suspendidos y sueños despedazados.

Nadia asumió la responsabilidad de debatir el asunto. Las pocas noticias fueron sobre una comunidad de banqueros, abogados y contadores que luchaban para recuperar el patrimonio de la empresa, el gobierno

¹³ EICHENWALD, Kurt. Conspiracy of fools: a true story. Nueva York: Broadway Books, 2005. 742 p.

que quería contornear con leyes absurdamente débiles y una clase de inversionistas mucho más interesada en riqueza rápida que en retribuciones a largo plazo.

c) Archivos de las computadoras

Con el escándalo surgiendo, debido a las investigaciones y a los artículos publicados, se solicitaron informaciones de las computadoras de la empresa y de la residencia de los que fraudaron, que probaban años de corrupción y las maneras utilizadas para eso.

d) Documentos

La empresa Arthur Andersen, responsable por el servicio de auditoría de Enron, reclutó varios jóvenes auditores para investigar esos papeles. Vendieron empresas por un importe muy bajo, repentinamente, y había una cuenta con un titular fantasma, de alto valor, que fue toda convertida en dinero, retirado ilícitamente. Asimismo, Andersen aprobó las cuentas de Enron. Documentos que primero tenían el objetivo de notificar la dirección sobre pequeños errores cometidos por los administradores acabaron por ser una evidencia fatal de negociación ilegal.

2. El derecho brasileño, como vimos, camina de forma muy lenta, pues el proceso legislativo brasileño, según los art. 75, 76 y 77, de la CFB, exige una

sistemática extremadamente compleja para modificar la legislación federal. Este hecho es un verdadero retroceso, con graves repercusiones en la seguridad de las empresas y en el ejercicio profesional. Además del elevado costo para el estado, siempre con pocos recursos para cumplir sus obligaciones sociales.

V.- La misión social de la abogacía y la responsabilidad del abogado.

1. La abogacía, como bien destacado por el profesor René Ariel Dotti: “...*no es solamente una profesión. Ella es, también y fundamentalmente, una misión*”. Esta colocación del ilustre profesor de la Universidad de Curitiba (Paraná, Brasil) lleva el intelectual a cogitar que, siendo él “*indispensable a la administración de la justicia*” (art. 133, de la CFB), lo transforma en una figura indispensable para defender los derechos de terceros, sin embargo, comprometido con los “*deberes y las responsabilidades superiores a la gestión de sus propios negocios, y trasciende los espacios del foro o del gabinete*”¹⁴.

Esa visión del abogado fue llevada al CCB, que se apoya en tres principios fundamentales, que normalizan la vida o las dimensiones de la existencia huma-

¹⁴ DOTTI, René Ariel. A missão social da advocacia. In: REALE, Miguel; REALE JR., Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Experiências do direito. São Paulo: Millennium, 2004. p.11.

na, según las proposiciones del eminente jurista Miguel Reale, recientemente fallecido, y que presidió la Comisión del Nuevo Código. Son ellos: la eticidad, la sociabilidad y la operacionalidad.

Como si no bastaran los tres principios fundamentales, que se destacan en el nuevo CCB, más el principio de la buena fe, siempre aplicable en la interpretación de cualquier negocio jurídico, es la función social del contrato que pasa a ser, también, otro paradigma revolucionario en las relaciones sociales y económicas.

2. Es con base en los principios mencionados anteriormente y los catalogados en el CED/OAB, que el abogado ejerce su profesión. Que quede claro, pues, que los principios éticos no se negocian en la conducción de la vida profesional del abogado.

3. De ahí resulta que *“el abogado es responsable por los actos que, en el ejercicio profesional, practique con dolo o culpa”* (art. 32, del EAOAB).

Ante este cuadro, que prácticamente es universal, por cualquier óptica que se examine, él, el profesional, no puede excusarse de reparar el daño cuando causado por culpa o dolo. Esto se aplica en la abogacía judicial o extrajudicial e, incluso, dentro de una propia axiología del daño moral.

La moderna jurisprudencia española ha llevado a la responsabilidad penal del abogado, en casos en los que se pueda capitular el tipo. El profesor catedrático de Derecho Civil de Madrid, Luis Martínez-Calcerrada, además de magistrado en el Tribunal Supremo de España, narra un caso en su libro “*La Responsabilidad Civil*”¹⁵, en que el abogado fue apenado por deslealtad profesional.

Los mismos principios fortalecedores se adoptan en Brasil para preservar las reglas deontológicas fundamentales que rigen los principios de la noble profesión, pues el abogado es un indispensable administrador de la justicia.

En fin, siendo la abogacía una función pública, le es inherente la obligación de cumplir el encargo de su ejercicio público.

4. El auditor jurídico y el examen del cumplimiento de las exposiciones legales frente a la destrucción de tapes

Camina la auditoria jurídica para ser instituida en Brasil. Se han hecho muchos esfuerzos para esta concretización, como el pedido hecho al Diputado Federal

¹⁵ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luís. La responsabilidad civil. 3a ed. Madrid: Colex, 2004. p. 470.

Raul Jungmann y por él atendido, de entrar con un Proyecto de Ley en la Cámara de los Diputados, en Brasilia (DF), para instituirlo como actividad profesional del abogado¹⁶.

5. Pero, ¿qué es la auditoria jurídica?

5.1. Así la defino: *“la auditoría jurídica es un trabajo que puede ser desempeñado únicamente por abogado en regular ejercicio de la profesión, mediante contratación previa y escrita, dentro de los acometimientos conferidos por ley, destinada a operar la revisión de proceso de cualquier naturaleza o proceder a la evaluación de una o varias situaciones concretas que le son presentadas, en el ámbito de la abogacía, para emitir, concluido el trabajo, en las dos hipótesis, con observancia de los principios éticos y legales, un parecer vinculante”*¹⁷.

5.2. La auditoria jurídica resulta en mayor perfeccionamiento jurídico y sirve como instrumento para la democracia, buscando la paz, la gobernabilidad y la defensa contra la corrupción, siendo de gran importancia para la administración pública en su acción corrien-

¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Nº 6854/2005. Altera o artigo 1º da Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que “*dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*”. Accedido el 19 de mayo de 2006. <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>.

¹⁷ VITA ROSO, Jayme. Auditoria jurídica para a sociedade democrática. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001. p. 44.

te, como también para el poder jurídico o para las empresas, como sustentó brillantemente la jurista peruana Elsa Roca de Salonen, en conferencias realizadas el 2 y el 4 de octubre de 2002, en el Instituto de los Abogados de São Paulo y en el Tribunal de Alzada Criminal de São Paulo, respectivamente¹⁸.

5.3. El auditor jurídico, en el ejercicio de sus funciones, cuando llamado para examinar una situación concreta de destrucción de basura electrónica, no puede dejar de observar, antes de emitir su parecer, los siguientes aspectos:

5.3.1. debe recibir de los administradores un documento que informe la necesidad de que sean destruidos los tapes y la justificativa para eso;

5.3.2. recurrir, previamente, a técnicos que le suministren el número y la cantidad de tapes que se deben destruir y que le digan para cuáles funciones fueron utilizados, tanto para la administración pública, como para la empresa privada;

5.3.3. identificar, con la ayuda de técnicos, si los tapes fueron adquiridos de forma legal en el mercado

¹⁸ SALONEN, Elsa Roca de. La auditoría jurídica para el ejercicio de la democracia. In: VITA ROSO, Jayme (org.). Auditoria jurídica: apontamentos para o moderno exercício da advocacia. São Paulo, Buenos Aires: Editorial STS y Editorial Hammurabi, 2003. p. 147-164.

o por licitación pública, si fueron contabilizados y si quien los utilizó estaría habilitado a hacerlo por delegación de poderes o por representación estatutaria o legal;

5.3.4. con base en esas informaciones, el auditor jurídico evaluará si existen, o no, impedimentos legales para que los tapes sean destruidos y si no están vinculados como prueba de algún proceso judicial en curso o bajo el riesgo de ser instalado, como también si se deben usar en la instrucción probatoria;

5.3.5. teniendo en cuenta todas las informaciones que le fueron pasadas, caso no necesite otras complementarias, suplementarias o aclaradoras, emitirá su parecer final, concluyendo por la viabilidad de que los tapes sean destruidos o no. Obligatoriamente, sea cual sea su conclusión, deberá ser fundamentada en hechos y en la legislación que le parezca aplicable. Jamás será demasiado recordar que la auditoría jurídica es compleja y, emitiendo su parecer el abogado estará vinculado a sus conclusiones y será, posiblemente, cuestionado. El ilustre abogado Norberto Gustavo Satriano advierte que podrá haber una responsabilidad de resultado o no: *“Encuadrado el tema y distinguida la responsabilidad del abogado como de orden contractual con relación a su cliente y extracontractual con relación a terceros, cabe aquí reflexionar sobre el carácter de la deuda asumida, ya que en virtud de ella se deberá determinar*

la eventual responsabilidad profesional en el caso de que haya incumplimiento. Para los efectos, entonces, de determinar la deuda es útil aplicar la distinción entre ‘obligaciones de medio’ y ‘de resultado’ que fue enunciada (...). Sin perjuicio de desarrollar el tema en el punto siguiente, adelantamos desde ya que una ‘obligación de resultado’ será aquella en que, dada su naturaleza, el deudor se obliga a un resultado preciso, determinado, a favor del acreedor. En tanto que en las ‘obligaciones de medio’, dada su naturaleza, será suficiente que el deudor se conduzca con prudencia y diligencia a los fines de obtener el resultado esperado, pero este no es asegurado ni prometido”¹⁹.

¹⁹ SATRIANO, Norberto Gustavo. Auditoria jurídica y responsabilidad profesional del abogado. In: VITA ROSO, Jayme (org.). Auditoria jurídica: apontamentos para o moderno exercício da advocacia. São Paulo, Buenos Aires: Editora STS - Editorial Hammurabi, 2003. p.184.

Capítulo VI
La ética en las virtudes
y en los vicios de la T.I.
(Tecnología de la Información)

I

La ética en las virtudes y en los vicios de la T.I. (Tecnología de la Información)

*No se desprecian todos los que tengan vicios.
Se desprecian todos los que no tengan ninguna virtud”
La Rochefoucauld (1613 - 1680)*

1.- Establecer estándares éticos de comportamiento, en cualquier organización, sean ellos formalmente divulgados o entendidos como los que se adoptan en las relaciones públicas, es una tarea de envergadura. Veamos a cada uno de los dos: hay quien pretende que los estándares éticos se resumen en un “Código de Ética”; hay quienes prefieren establecer un sistema educativo que propicie su divulgación por medio de políticas internas.

¿Es una cuestión cultural? ¿Se sabe, por experiencia, que hay una cultura propiciadora de discusión como forma de interactuar, en el ámbito más amplio de una cultura organizacional o corporativa! ¿También se

sabe que la cultura de una nación o de un pueblo se ve afectada también por la ética!

Para nosotros, brasileños, no es difícil notar que la difusión de la cultura del: **“no sé nada”, “nunca oí hablar”, “siempre hay una salida”, “es mejor ir a la justicia, para nada resolver”, “los amigos siempre se protegen”, “hay cuestiones que se resuelven y que se deciden sólo en el ámbito de la corporación”** y dichos similares, poco a poco, crean un ambiente favorable para hacer de la ética el mecanismo contrario del estándar aceptable de la convivencia humana. ¡Es casi la institucionalización del cinismo!

Aunque hayamos construido una base para la indiferencia a los valores éticos, **la cultura de la indiferencia o del rechazo o de su inmunización, tomó fuerza con la globalización que es una fuerza cultural.** La globalización de la competencia para la supervivencia individual o corporativa, tal como posibilita la comunicación, por la instantaneidad, **confundi**ó las relaciones interpersonales u organizacionales.

¿Cómo lo que las personas consideraban estable, en el plano cultural, o incluso en el religioso, al ser desestabilizado por los impactos de los cambios, a partir de ahí, pasó a ser visto como obsoleto, en desuso, rechazado o indiferente?

Es lo que se intenta desarrollar en este texto.

Es loable que la Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia y la Cultura (UNESCO) esté interesada en construir un **Código de Ética Universal**, o, mucho mejor, esté intentando **globalizar la ética**, en virtud de que, cuanto más interconectados están todos los medios de comunicación, principalmente los interpersonales u organizacionales, la ética se hace más imprecisa, volátil, cambiante o amorfa.

Lo que profundizó la globalización de la cultura fue la Internet: Se crearon correos electrónicos, *chats*, *spans* y una millada de nuevas palabras. Con relación al mundo virtual, todo nació, surgiendo y brotando de ese nuevo instrumento de cultura, para el bien o para el mal.

Entonces, dentro de ese ámbito, de ese recentísimo ambiente, por ser anárquico *ex natura*, los términos ética, moral, política, derecho y cultura pasaron a ser reestructurados, porque los valores esenciales y fundamentales del ser humano -como único en la Tierra- chocan con los embates directos, en el campo de las ideas, que vagan para la política y para la formación y creación de nuevos valores. Todo pasa a ser transitorio.

¿Somos liberales o intentamos ser conservadores? Entonces, ¿la Internet y sus apéndices tecnológi-

cos al final, acaban, destruyen o fulminan la privacidad, la identidad y la conciencia colectiva? ¿Qué se debe esperar de las nuevas generaciones con la ruptura de costumbres, principalmente, cuando los secretos y las confidencias pasan, en vivo, en las telenovelas de las ocho de la noche o cuando todas las aberraciones, acompañadas de manifestaciones explícitas de sadismo o pedofilia aparecen en las pantallas, a partir de las diez de la noche?

La auditoría jurídica consciente y responsable no deja que corran sueltas las satánicas manifestaciones que el neocapitalismo consagró con la transmutación de los maravillosos descubrimientos o de las innovaciones tecnológicas, con la depredación cultural, recreando el hombre, originalmente destinado a la gloria redentora, convirtiéndolo al hombre vivo destinado a tener, cueste lo que cueste, para consumir, hoy, ahora, ya, porque mañana quizás no exista.

La auditoría jurídica fomenta la Información Tecnológica (T.I. o I.T.) a los abogados para que los jóvenes abogados se diplomem, dándoles y ampliándoles la visión de sí propios, de su comunidad, de su país y del mundo.

¿Reside la felicidad en sí mismo (como persona) o se intenta encontrarla con sus prójimos? Es el dilema que se confronta.

II

Un poco de historia. La necesidad de conocer la historia política para acercarse a la ética pública.

2.- No hace mucho tiempo que volvieron a surgir los intereses y las vocaciones para estudiar la Ciencia Política, abogándola en pro de la democracia. La historia del siglo pasado dió un panorama punzante del sufrimiento de varias generaciones, resultantes de las guerras que golpearon, directa o indirectamente, a casi todos los países. La causa de esos conflictos siempre fue la misma: Los intereses políticos se enmascararon bajo el manto de la dominación de mercados que estallaron en eventos tristes y trágicos, cuyos efectos nunca se detuvieron, sino que trajeron otros secundarios y colaterales que todavía perduran. ¿Quién se ha olvidado de las razones demoníacas que llevaron los Estados Unidos, innecesariamente, a lanzar dos bombas atómicas en Japón, cuando el conflicto entre los dos países ya estaba agonizando?

Josiah Ober, pseudónimo o nombre adoptado por razones personales u otra cualquiera, es Constantino Mitsotakis, docente de Ciencia Política Clásica, en la Universidad de Stanford (EE.UU.). Poco a poco está superando, por la seriedad de sus preocupaciones y de sus obras, el prejuicio de muchos historiadores (como M.H. Hansen y P.J. Rodes) que lo critican por desviarse de la ruta del cargo, para el cual fue contratado concentrándose en la democracia griega (M.H. Hansen y P.J. Rodes). Ellos sostienen que **Ober** le está dando énfasis a la ideología de la democracia y, procediendo de esa forma, su trabajo de historiador deja de ser de ser imparcial, calidad intrínseca de ese oficio.

Ober, sin embargo, a pesar de su esfuerzo y de su extremada probidad, es un innovador, en el restringido campo en que se empeña: revé y revisa el pensamiento político de la Grecia antigua y su estrecha correlación con la democracia ateniense.

David Ronciman, reputado historiador inglés, apreció y comentó el último libro de Ober para el *London Review of Books*, con un artículo que tiene un título **intrigante**: “**Democracia y Conocimiento: Innovación y Aprendizaje en la Atenas Clásica**”¹.

¹ El título y la mención de la obra apreciada es: *Ober Joshia, Democracy and Knowledge: Innovation and Learning in Classic Athens*, Princeton, 342 p., noviembre de 2008, en L.R.B, 29/1/09, p. 7/10.

A la inusual extensión de ese artículo, en la reputada revista, no cabe cuestionamiento en este otro espacio virtual, cuya idea, cuando concebido, era y es modesta y estaba enfocada en la auditoría jurídica y su ética, en el ámbito de la T.I. (Tecnología de la Información).

Pero, el aporte de Ober, y el comentario de Ronciman, el autor avaro recuerda y reafirma que la democracia, en la Grecia antigua, no era una ficción, como le enseñaron hace décadas y, realmente cree que todavía sea transmitida a los pobres estudiantes de la era de la Internet, movidos por el gas carbónico de escuelas no asépticas, sin intención de dar conocimiento, sino para preparar a los mutantes para el mercado.

Si, en la era de la Internet, hay una repartición, sinónimo de partición del conocimiento (como sucede en Migalhas (Acho que se refiere ao site), no sólo en el campo jurídico), en la Grecia antigua, comunmente conocida como lugar de nacimiento de la democracia, hubo un modelo de información compartido. Ronciman ve, en el sutil análisis de Ober, que la democracia era realmente: “abierta, flexible, dinámica e importante, en la exitosa sociedad política, abierta para trabajar con sus recursos (naturales) y también para sobrepujar a sus rivales²”. Añado: Esparta, en particular, la eterna rival.

² L.R.B, artículo citado, p.7

Aunque se presente Atenas como una sociedad mantenedora de esclavos, nada en contrario le cubre la forma de gobierno que adoptó, con su democracia: la autoridad del derecho y el derecho de la mayoría, con extremada capacidad, donde imperaba la habilidad en el trato público en las cuestiones políticas, involucrando su política doméstica con la de los estados extranjeros apoyada en sólidos fundamentos. Digna de realce la construcción de edificios públicos, que se hicieron símbolos para el futuro en una sociedad que abrigó a ciudadanos atenienses del porte de Tucídides, Platón y Demóstenes con Aristóteles y Lisias, y otros que la adoptaron para vivir en ella. Hubo algunas imperfecciones, pero no deja de destacarse el espíritu humano o la inteligencia de cómo la idea fue concebida, vivida y practicada.

La democracia griega impulsó, para consolidar su gobierno democrático, usando consultas para decisiones políticas y dio importancia al conocimiento, cómo adquirirlo, cómo agregarlo y cómo darle sentido profundo, para servir de soporte a la formación de una ciudadanía seria, consciente y responsable.

Pero toda la larga apreciación de Ronciman termina por criticar el libro de Ober diciendo “sus lecciones principales probablemente serían mejor aplicadas en estudios sobre administración de negocios³”.

³ L.R.B, ídem , p.10

El autor prefiere, con Ober, entender que, en la Grecia antigua, no había política sin ideología. Ella fue un vehículo para producir el “conocimiento social”, es decir, el entendimiento que los ciudadanos tienen de la forma cómo el sistema operará, incluso antes que empiece. Sólo con el conocimiento social, podrá el ciudadano realmente participar, discutiendo los problemas que le corresponden, principalmente **porque el conocimiento social es el que prioriza la transparencia de la administración**, principalmente en el Parlamento, lo que no sucede, en Brasil, con los “actos secretos”, ejemplo distintivo de que el “Congreso está cerrado para el ciudadano”. Los datos congresales que aparecen en la Internet son camuflados por los actos secretos, desmoralizando la pretendida transparencia, que, si existe, sirve de instrumento para consagrar la burla y el cinismo de sus actores.

Recordando la emblemática Colette: “No me gusta mucho su manera de responder a una pregunta por medio de otra pregunta”. De esa forma, es la interrogante democracia.

Lo que faltó, todavía según el autor, es que las críticas a Ober dejaron de lado la visión global de la sociedad griega para en parte reposar en el academismo. Y eso es lamentable para la era del Google, después de transponer ideas para la contemporaneidad, sobre este fascinante tema: democracia.

En suma, en la Grecia antigua, el que era ciudadano, en el sentido jurídico, participaba de la vida pública y mantenía la creación de una democracia sui generis, que existió y, después de tanto siglos, todavía es objeto de cuestionamientos e interrogaciones.

III

¿Cómo evalúa el auditor jurídico el ejercicio de su tarea?

1

1.- El propósito de este artículo, renovando el título, es intentar abordar la ética en el uso, empleo, construcción, reparo, abordaje y en la comercialización de la Tecnología de la Información. No se distancia la T.I. (Tecnología de la Información) del dilema de la sociedad contemporánea, comprendida la brasileña y otros países que se encuentran entre crecimiento económico, cohesión social y libertad política.

Cuando se ensaya combinar economía, política y sociedad civil, en la mayoría de las veces, una de ellas es incompleta. ¿Por qué? En América Latina en general, incluyendo a Brasil, las experiencias pasadas mostraron que el desarrollo económico y la cohesión social apartan la libertad política.

Y, presentemente, se intenta dar pinceladas de un *welfare* mestizo (Programa del gobierno: *Bolsa Família* - Beca Familia) como instrumento político de reducción de las desigualdades, en un ambiente político degenerado, porque, con poco ahorro interno, el gobierno pasa a un despotismo administrativo sin precedentes por la falta del ejercicio efectivo de las garantías individuales. El avalador está desamparado por la falta efectiva del Poder Judicial, darles a los ciudadanos la debida, completa y seria prestación jurisdiccional. El despotismo administrativo engendra la fiebre de la corrupción, en todos sus matices, formas, medios tipos y vehículos. Es el denominado “cinismo pragmático” según Slavoj Zizek.

A los proyectos de los gobiernos les falta fundamentos esenciales para atender las exigencias de la sociedad. Ya que el legislativo es predicador, ineficiente, insensible, sumiso y oportunista, sin cumplir con sus elevadas funciones. Es indispensable un régimen de austeridad autocontrolado, con propósitos serenos y despersonalizados. Se puede argüir que la complejidad intrínseca del universo político se amplía con sus agentes, actuando como estimuladores de trueques políticos, que no van a dispensar favores inconvenientes, ilícitos e ilegales, y, tal vez, sin ética.

Mientras tanto, en São Paulo y en otras ciudades hay decenas de barrios al borde de un colapso sanitario,

con un sistema de agua deprimente y caro, mezclados con las nuevas y vistosas construcciones, que se multiplican causando un daño flagrante contra el medio ambiente y la posibilidad de traslado. Sorpréndase: los gobiernos y los estatales ocupan páginas enteras de los periódicos para ocultar lo obvio de su ineficiencia administrativa, gastando miles de millones en propaganda con lo que un día sucederá, sin respetar la inteligencia de los ciudadanos conscientes, que están seguros de que los planes sólo se llevarán a cabo y se convertirán en obras benéficas, en caso de que la recaudación se mantenga en las alturas y se soliciten nuevos préstamos. De esa forma, hay como un negocio generalizado, con el congelamiento de la Ley de Responsabilidad Fiscal, de un lado, con la falta de pago de las requisiciones de pago del estado, del otro.

Al final, ¿para qué sirve el Poder Judicial, si los juzgamientos en contra del Estado *in genere* son meras bromas y los ciudadanos son defraudados y violados en sus legítimos derechos? Para dejarlo abierto, un Ministro del S.T.J., recientemente jubilado, lanzó a favor del gobierno la tesis, que fue aprobada y sirve de paradigma, de que lo que se juzga es relativo, no absoluto. A partir de ahí, sin que nadie fuera a tocar las puertas de los Tribunales Internacionales, siempre y cuando el gobierno, en todos sus niveles, desee, sin respetar la prescripción, lo que se juzga y las instancias pasadas, vuelve a discutir cuestiones pasadas, con la

renovación de las pruebas que quedará a disposición de las procuradurías y del Ministerio Público. ¿Ya se sublevó alguien?

Mientras se entrega la *Bolsa Família*, con el dinero de los ciudadanos prestantes y los buenos contribuyentes, se contratan centenas de funcionarios públicos sin concurso o se instauran concursos con la posibilidad de jubilación precoz de funcionarios, pero con importes integrales que sólo se equiparan a los de Italia, que está en caída libre, con Cavaliere.

2.- Ante ese cuadro, que reproduce la realidad nacional, donde hay sistemas concéntricos que promueven la ineficiencia del gobierno, no será exagerado decir que la falsa democracia brasileña es una farsa consentida. El precio de la adhesión generalizada será colocado con las íes en los puntos, en plazo relativamente corto, sea con la entrega del país a los grupos extranjeros con portera cerrada, sea con movimientos sociales que surgirán sin ideología y sin programa, camino seguro para la dictadura populista.

3.- Dentro de ese macrouniverso nacional, en el campo de las actividades diarias, fatalmente, ¿cómo situar lo correcto y lo incorrecto en actividades profesionales de los encargados de la T.I. (Tecnología de la Información), considerando que comporta elevadas discusiones éticas, sobre su sistema de administración (hoy, dividido en departamentos en la mayoría de las

corporaciones), y cómo se opera? ¿Y cómo se extenderán con las responsabilidades legales de sus operadores y de sus controladores y, problematizando, los encargados y sus operadores de seguridad de las informaciones?

Esa es la tarea que el auditor jurídico pretende levantar las cuestiones técnicas, porque fuera del ámbito de este artículo, y concentrando su enfoque en algunas fases del conocido y divulgado Sistema de Administración y de Operaciones de T.I. (Tecnología de la Información) y los consecuentes dilemas éticos que se deben evidenciar, todo, que quede claro, en breves acotaciones, casi como en los *close-ups*.

3.1.- Como es de costumbre, excepto cuando afirmado, la opinión del autor, la narrativa tiene su base en noticias propagadas por el mundo, que la prensa, especializada o no, hace público.

3.2.- De inicio, indicamos la arquitectura. Ella presupone arquitectos del área de la computación. Groseramente, se puede decir que esos arquitectos son similares a los que proyectan casas, interiores (residencias, oficinas, tiendas), obras públicas (escuelas, puentes, hospitales, cuarteles, aeropuertos) y tantos otros.

3.3.- El deleite del autor, por la etimología de las palabras, ha sido repetido a lo largo de tantos estudios. **Arquitecto (profesión) y arquitectura (arte o expres-**

sión cultural) son palabras que tienen la raíz de origen griego (*arqui*), ella misma derivada de *arkhaios* (antiguo). Esa raíz: (a) indica la preeminencia, el exceso (archimillonario) y expresa el comandante supremo (arzobispo, archiduque). No se debe confundir la raíz *arqui* (raíz *archi* en portugués) con otra que aparece como similar (*arkhê*, poder, mandamiento), que entra en la composición de innumerables palabras como sufijo (**anarquía, monarquía, oligarquía**).

III

¿Cómo evalúa el auditor jurídico en el ejercicio de su tarea?

2

3.4.- En general, los arquitectos tienen su organismo o colegio profesional y supervisor para el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades profesionales, dentro y fuera de sus actividades (Consejo Regional de Ingeniería y Arquitectura) con afiliación obligatoria para el ejercicio regular de la profesión.

El Consejo Federal de Ingeniería, Arquitectura y Agronomía (CONFEA) decretó la Resolución N° 1002 del 26 de noviembre de 2002, puntualizando que las profesiones mencionadas deben modelar sus conductas, deseando el “bienestar y el desarrollo del hombre, en su ambiente y en sus diversas dimensiones: como individuo, familia, comunidad, sociedad, nación y humanidad; en sus raíces históricas, en las generaciones actual y futura” (artículo 6° del Código de Ética).

El autor confiesa que desconoce, confesadamente, si los arquitectos de T.I. (Tecnología de la Información) tienen un organismo regulador y fiscalizador para los trabajos que se denominarían “construcción de sistema” y “diseño del sistema”. La inexistencia, las dudas, litigios y procesos deben ser tratados por la teoría de la responsabilidad regulada por el Código Civil, dejando la **indagación** de que si aquellos trabajos serían de alquiler de servicios o de contratista. Este autor piensa que la función del auditor jurídico, en consonancia de lo que indica Luiz Fernando del Vale de Almeida Guilherme, aumenta de que el tipo de contrato es de alquiler de servicios, sea por profesional (persona física), sea por empresa especializada.

3.4.1.- Construir un sistema, por cierto, involucra casi siempre una razón provisoria, como si cuidara una **aporía** (raciocinio lógico, que lleva a una situación contradictoria insoluble, esta es la clásica idea de este término). Pero, seguramente, cuando se contrata al arquitecto (técnico) para diseñar y construir un sistema, hay un requisito esencial que antecede a cualquier habilitación técnica y, a posteriori, que se ejecute el sistema según el diseño. Eso presupone una ejecución adecuada y conveniente para el cliente del diseño por él aprobado y la construcción, siguiendo el diseño que debe obedecer todas las cautelas, hasta que culmine y se acepte, después de las pruebas del cliente.

Seguir ese guión y cumplir todas las providencias no significa que el sistema está inmune contra ataques de virus.

Por eso, sucedido el ataque, el arquitecto de sistemas no quedará exento de demostrar y de probar que tomó todas las acciones y cuidados técnicos, sea en el momento de hacer el diseño (proyecto), o al ejecutar el trabajo.

Pero, no siempre el que elabora el diseño hace la ejecución. En ese caso, si el cliente eligió un profesional para hacer el diseño y otro para ejecutar el proyecto, tendrá la misión de evaluar cualquier tipo de ataque, si el problema es resultante de un sistema no propiamente elaborado o si hubo falta de cuidado en la construcción.

Y el auditor jurídico, en ese caso, podrá valerse de expertos externos a fin de determinar si la ocurrencia fue generada por el diseño o por la construcción. No se despreciarán comparaciones con otros sistemas semejantes ya instalados y operando sin crisis. Y le cabrá sopesar el procedimiento ético de los autores del servicio.

3.4.2.- Otra situación que podrá ser más compleja, para medir responsabilidades y procedimientos éticos de los profesionales, es cuando la contratación abarca

el diseño de un sistema, que va a sustituir otro, sea por obsoleto, inadecuado o defectuoso, o sea, porque hay razones administrativas oriundas de la constatación de falta de seguridad que así lo exija.

En ese caso, **el auditor jurídico deberá ir a la máxima instancia o al apogeo de su míster**, para evaluar si el cambio fue indispensable o no; fue apropiadamente concluido para cumplir su principal objetivo, la sustitución del anterior por otro, presumiblemente más eficiente o más adecuado a las necesidades del cliente. Él debe dejar de lado la usada *doxa* (opinión común) para centrarse en el análisis del caso y en las evidencias que deberá inferir, a fin de que no sea drástico, ni complaciente, mucho menos omiso con discreción y sin drama.

3.4.3.- Hay casos, muy raros, en los que, a lo largo de la implementación del sistema, se constata que, probablemente, el sistema no funcionará, ni alcanzará los objetivos planteados por el cliente.

¿Qué debe hacer el auditor contratado, ante esa situación?

Lo menos recomendable, para él y para la empresa contratante, es llevar el tema, rápidamente al área jurídica.

Es una situación que, probablemente, podría ser omitida, camuflada o remendada. ¿Sería ético ese comportamiento?

Como el auditor cumple sus deberes y obligaciones contractuales, teniendo en cuenta sus deberes axiológicos, entonces la vía elegida de la divulgación, con las precauciones y cautelas, se presenta como correcta.

La apertura de un hecho al cliente, sea cual sea, dignificará el contratado e, incluso si tiene culpa, su actitud se adapta al perfil del profesional de respeto.

3.4.3.1.- Si sucede algún hecho fortuito o de fuerza mayor, en la situación antes cuidada, comunicado el hecho, al borde del término del plazo a ejecutarlos, el mismo procedimiento será adecuado, como indispensable. Y que no se inventen las conclusiones con el uso de reprobables *short cuts*. Eso sería el colmo de la irresponsabilidad y podría resultar en la pérdida de la credibilidad y de la confianza en ese ramo de actividad restringidísimo.

Al final, ¿qué le dará sentido a la vida? No será la actitud incorrecta, porque, si hace eso, el profesional caerá en la angustia ante sí mismo. El excelso psiquiatra Viktor E. Frankl, al proteger la molestia que afecte al ejecutivo, dice que la actitud incorrecta puede llevar

a *Lctus cardíaco*; tensiones psíquicas, alteraciones del sistema vascular, prácticamente, a la muerte prematura, a no ser que “se eviten las tensiones exageradas”⁴.

¿Quién osaría asumir un riesgo de esa naturaleza?

3.4.4.- Pasado algún tiempo, el auditor jurídico se entera de algunos hechos, para responder a una consulta de un problema que no es raro que suceda en el día a día de empresas que se preocupan con su desarrollo tecnológico, para mejor servir a los clientes y generar más ingresos.

Qué se puede hacer si, ante la publicidad y los artículos en revistas especializadas que aparecen, la administración se motiva en adquirir equipos que le parecen más adecuados a sus actividades, resultado de innovaciones tecnológicas recientes.

Los directivos abastecen a los administradores con todas las informaciones. Consultan técnicos y reciben luz verde para sustituir algunos segmentos de su T.I. (Tecnología de la Información).

Adquieren los equipos, con las cautelas corrientes y usuales en la empresa, en la expectativa de que el

⁴ Viktor E. Frankl, *Come ridare senso a lla vita - La risposta della logoterapia*, 2ª edición, p. 147/151, Paoline Editoriale Libri, Milan, 2007.

upgrade les será benéfico. Es que, instalados, destruyen el sistema preexistente. Esos son los hechos:

¿Qué aconsejó el auditor jurídico?

El problema fue analizado en su compleja integridad. La compradora estaba legalmente documentada y muy bien asistida por sus abogados, antes y durante la larga negociación. Por otro lado, la vendedora era una empresa con amplia tradición, experimentada y principalmente sólida.

Intentó el auditor jurídico ser pragmático, con la actitud que consistió en resolver el problema directamente por la acción inmediata y por su adaptación a la situación concreta, la empresa debería suspender las actividades si la cuestión fuera sometida al arbitraje, como pactado. Luego, actuó, no a partir de ideas preconcebidas o de análisis teóricos, sino del hecho constatado: las partes firmaron un acuerdo, asumiendo la vendedora la responsabilidad por el evento, tomando todas las acciones dentro de la exigüidad posible y exigida, en vista de las circunstancias.

Trabajando en conjunto, las partes resolvieron el problema con mucho más tiempo.

Imperaron la ética y la sinceridad en las relaciones de las partes.

3.4.5.- ¿Y qué decir del uso de “correos electrónicos alternativos”?

La auditoría jurídica reprueba su uso, porque:

- 1) no habrá seguridad de que algunos mensajes no queden grabados o no se pierdan dentro del sistema utilizado, sea por alquiler, por comodato o por arrendamiento;
- 2) no habrá seguridad de que el portador del mensaje, principalmente si es confidencial, no lo pase a terceros, por ingenuidad, por despecho, o por favores (incluso amorosos) o por compensación financiera.

El auditor jurídico le recomendó, con severidad, al administrador: **“Si su correo electrónico es lento, perezoso e ineficiente, cambie el equipo. Si no puede, trabaje más, pero, nunca y jamás, utilice el de terceros, sea por el motivo que sea”.**

3.4.6.- ¿Qué decir de, “por favor”, entregue su *PASSFLT* y su *Password* a terceros, ajenos o no a la compañía?

El administrador, por cualquier razón, que entrega, o facilita el acceso, al *PASSFLT* y al *Password* estará cometiendo falta grave funcional. Además de la

posibilidad de tener su contrato rescindido, incluso podrá ser accionado por pérdidas y daños, además, y por qué no, de un eventual proceso criminal.

Esta interdicción es general: el que tiene *PASSFLT* o *Password* es un empleado de confianza. Luego, la responsabilidad le es inherente al grado de confianza. El auditor jurídico piensa así.

3.4.7.- ¿Y qué decir de las pruebas en el sistema?

Cualquier organización, por sus empleados o por terceros (rigurosamente seleccionados y contratados), debe proceder, con regularidad a pruebas, antes y después de la instalación del equipo de T.I. (Tecnología de la Información). Es obligación hacerlo. Postergar la providencia es un riesgo innecesario, cuyos efectos nocivos sólo podrán ser obtenidos, cuando el evento letal suceda.

Consecuencia: el responsable comete una falta grave y debe pagar por las desidias, en el caso de que no sea más grave su indiferencia o negligencia.

3.4.8.- ¿Qué decir sobre los trabajos interrumpidos (cafecito, cena, etc.), dejando el equipo encendido?

Es común. Es trivial. ¿Sería normal? ¿Sería prudente?

Aunque suceda, el que esté operando el sistema podrá poner en riesgo innecesario datos, hechos y procedimientos que, por cualquier razón o causa, son de interés de la compañía. No importa el grado de relevancia, el valor financiero o el contenido. Se adquiere el equipo de la empresa para ser usado en sus actividades. Los mensajes enviados o recibidos (excepto, la “basura”) también le pertenecen. Se paga al operador para que cumpla su tarea. Debe velar por los datos recibidos/enviados.

El auditor jurídico recomienda: Nadie es de hierro, usando el refrán popular. Pero, reconociendo las tareas de cada uno, en una organización, a nadie se le concede el derecho de descuidar, sea cual sea el pretexto. En caso de duda, la única salida es buscar el consentimiento de la persona que vigila los intereses/datos de la empresa y solicitarle que establezca estándares, para que no surjan interpretaciones conflictivas, a veces perversas, sobre procedimientos en situaciones como las sugeridas al inicio.

3.4.9.- ¿Debería el auditor jurídico agotar la lista de situaciones o hipótesis en que el sistema de T.I. (Tecnología de la Información) pudiera, por uso inadecuado, producir daño a la empresa?

Por más creativo que sea, y el auditor jurídico, sin falsa modestia, lo es, es imposible agotar las hipótesis.

Para no enfadar, sino alertar a los interesados -millares y millones hoy en día-, serán enumeradas sólo las interdicciones, es decir, no hacen/dejan de hacer/hacer por la mitad/no cuidan/cuidan sin velar y no, no y no.

3.4.9.1.- Usted opera, usted tiene dolores lumbares. Debe tratarse, si quiere el empleo. Luego, no puede, en estas circunstancias, entrega su *Password*. Él, siempre y siempre debe ser protegido y mantenido en sigilo, para el que sea. Si, por mero descuido, lo entregó, certifíquese de qué sucedió y cámbielo.

3.4.9.2.- Le cabe acompañar la instalación del nuevo equipo o del antiguo reformado. Usted no es un mero espectador. Si es nuevo, lea cuidadosamente todo el material que el vendedor le entregue, de modo particular con relación a la instalación. No piense ser un “sabelotodo”. Siempre habrá algún pormenor que merecerá atención. Si le delegan que dé asistencia a un equipo antiguo, proceda de la misma forma.

3.4.9.3.- La novia de su jefe, que es su compañera de trabajo, tiene un mensaje urgente y los demás equipos están ocupados. ¿Qué hace usted? Le dice que no -ojo- tendrá dos desafíos: el mal humor de su jefe y la venganza (probable/posible) de la atrayente compañera.

¿Qué hacer? En forma delicada, pulidamente, decirle que no y, si es necesario, ir más allá del jefe *in*

love. Incluso, enamorar en la empresa con empleados no es bueno, y, por lo general, suele ser prohibido por las normas internas.

3.4.9.4.- Como regla, en el uso de los equipos de T.I. (Tecnología de la Información), cabe el precepto bíblico: “Nadie debe servir a dos Señores”. Pero, lo inevitable sucede más todavía. Su compañero está enviando mensajes personales o, simplemente, navegando, en las horas de trabajo y, a veces, en “horas extras”.

¿Qué hacer?

Responde el auditor jurídico: piense con cuidado; evalúe si la actitud le da perjuicio directo o indirecto a la empresa; si hay gente que conoce esa “navegación” y prefiere silenciar, en el momento, para posibles venganzas en el futuro. Decida: su ética personal, seguramente, va a partir de la actitud, de cordial advertencia, al compañero de bancada hasta, en situación de posible o eminente riesgo/perjuicio, la denuncia a quien le corresponda la responsabilidad de la portabilidad de los mensajes recibidos/enviados.

3.4.9.5.- ¿Qué hacer o cómo proceder para apagar los archivos antiguos del *log*?

Un día, llega este día, como el Juicio Final, se concluye que el archivo del servidor no tolera más mensajes. ¿Y qué hacer?

El auditor jurídico recomienda que, como de hábito, el sentido común debe prevalecer en lo que se debe mantener o en lo que se debe apagar, con autorización expresa y con acompañamiento personal del responsable. No sirve una autorización verbal. Es necesario que se tome ese tipo de decisión en un comité y que se escriban todos los procedimientos. Entonces, el trabajo empezará, con obediencia, según lo que está autorizado: no ir más allá, ni dejar nada por hacer.

Como siempre, con buen espíritu investigador minero, el operador charló con el auditor jurídico y él también agregó: ¿sugirió usted que hicieran backups? Puede ser que algunos eventos se pierdan y, en el futuro, no se podrá recuperarlos. Por lo tanto, haga **backups**.

3.4.9.6.- Sospecha de un empleado que esté en el horario de trabajo y con el equipo de la empresa, prestando servicios al negocio de su mujer, que vende cosméticos en el sistema puerta a puerta.

Mera sospecha no es una prueba.

Comprobada, tampoco. Es la ética que orienta así.

El dilema es casi el del héroe de Corneille, -escritor francés- donde él, el empleado, puesto ante la situación, debe decidir: perder su amor o perder su honor (junto con el empleo).

Entonces, el auditor jurídico usa el héroe de Guimarães Rosa y ofrece una alternativa, que tiene el sentido próximo a un dilema: el *matiz* es, sin embargo, que las dos posibilidades, de la alternativa, si son incompatibles, que no sean desagradables o enfadosas.

¿Cuál es, entonces, el camino, sin postergar el diálogo?

Comprobar la ocurrencia, a través de la auditoría técnica en el equipo utilizado por el empleado. Después de comprobado, el empleado debe admitirlo claramente. El resto dependerá de lo que él hará: ¿encerrará la participación en los negocios de cosméticos o preferirá dirigirlos fuera de la empresa?

El auditor jurídico, en este momento, descubre la cuestión de la ética y de la legalidad de la espía de empleados. El asunto es grave, porque los intereses en pugna abren una franja amplia de consideraciones, que sobrepasan los intereses privados y van hasta los derechos de privacidad.

¿Afecta el espionaje el derecho de la intimidad?

¿Hay permiso legal de espionaje? ¿Cómo enfrentar las leyes de excepción, creadas en el período posterior a 11/09/2001?

3.4.9.7.- Es un tema que merecerá un estudio especial, en un artículo único, teniendo en cuenta el trabajo del abogado argentino Ernesto Halabi, que, solo, y sin miedo, obtuvo una histórica victoria en la Corte Suprema de la Justicia de su país.

Vamos a conmemorar actitudes firmes de abogados sin miedo. Es muy raro, hoy, que existan abogados que asuman riesgos en pro de la comunidad.

III

¿Cómo evalúa el auditor jurídico en el ejercicio de su tarea?

3

3.5.- Retomando la temática del espionaje conjugado con la privacidad, el autor preocupado (auditor jurídico) pasa a tratar un asunto difícil, porque entra en lo más profundo del alma, es insitante al mismo tiempo que depresivo por los efectos que causa en la persona ofendida. Por respeto al ser humano, con su poco valor en esta época, pero considerándolo en su grandeza, se cataloga este pasaje del artículo, convertido en ensayo, como el Espionaje Corporativo también apodado de Monitoreo. Puede ser Espionaje Administrativo, cuando suceda en organismo o empresa pública.

No se abrirá para examen todo lo que la doctrina y la jurisprudencia están construyendo, principalmente después de la Constitución de 1988. Son importantes como fuentes para el auditor jurídico cuando son con-

tratados para interpretar una situación concreta. Tanto en una como en otra actividad el autor preocupado no quiere transformar este tópico en una conducta humanitaria, ni en un compromiso político y social o incluso en una manifestación artística o de espiritualidad, en el sentido freudiano de sublimación.

Por vía refleja, tampoco será subalterna, ni una preocupación subalterna.

Este pasaje del largo trayecto que estamos recorriendo, salió del subconsciente (de su obscuridad), aflorando para los sentimientos del autor, es decir, no se van a dar pinceladas para una representación subconsciente.

Es tiempo de pensar sobre la ética y la legalidad del espionaje/monitoreo de empleados, dentro del estrecho canal de la T.I. (Tecnología de la Información).

3.5.1.- ¿Es ético que la empresa mande instalar algún tipo de software para que, en cualquier momento, a su elección, “capture” todo el trabajo y las comunicaciones de su empleado en servicio, en el uso de la computadora? No es ético, sino muy antiético, aunque, por cinismo, los reformadores de las leyes laborales puedan sustentar su posible legalidad, usando el término corriente de que el software no espía, ni monitorea, ayuda a ser eficiente.

Los casos que el auditor jurídico, con serenidad, examinó apuntaron que el uso del software, sin conocimiento de la empresa, para monitorear, hiere la dignidad, pues, cuando la computadora trabaja sin contención, su operador, -como cualquier persona-, puede hacer alguna comunicación personal, sin usar el móvil, o, ¿por qué no? - mantener un *chat*, por algunos minutos. La repetición *tailoriana* o la secuencia *fordiana* ya tuvieron sus épocas y son recordadas en libros históricos sobre el evolucionar de la industrialización.

3.5.2.- El uso y el acceso del sistema no pueden ser facilitados, por eso y para eso, debe ser bien programado, necesita la empresa:

- (I) advertir a los operadores de que se usan productos tecnológicos que permiten el acompañamiento de los usos de los equipos;
- (II) admitir y consensuar a sus empleados que están operando, con datos, informaciones, secretos que son integrantes de la ayuda virtual corporativa;
- (III) que la administración es responsable integral por los actos de sus empleados que puedan provocar daños a la empresa, luego, es irrenunciable su obligación/derecho en preservarla holísticamente;
- (IV) establecer con los empleados una comunión de esfuerzos, para que todos estén conscientes y admitan que la actividad relacionada con T.I. (Tecnología de la Información), siempre está combinada con riesgos de seguridad potenciales.

Formuladas esas recomendaciones **del auditor jurídico**, la empresa las acogió, elaboró un documento de adhesión y empezó a promover, con frecuencia, seminarios sobre el tema en que todos fueron incitados a participar, colaborar, opinar, reflexionar, criticar y evaluar los resultados.

3.5.3.- ¿Podría el conocido *sniffing* ser evaluado como invasión de privacidad?

Esa es una cuestión seria, para no abusar del superlativo. Y la tarea, llevada al auditor jurídico, recibió una respuesta teológica -moral: uno no debe hacer con los demás lo que no quiere que le hagan.

El problema del *sniffing*, que debería ser curado, era simple en la formulación: un empleado, operando con desarrollo de *softwares*, usó su *laptop* y creó un código, personal, para usarlo en casa. Pero, con malicia o con buena fe, él lo conectó (*plugou*) al sistema de la empresa (*network*) al llegar al trabajo. Y siguió conectado durante días, semanas y meses, hasta que lo descubrieron. Se defendió, alegando buena fe y su abogado, con habilidad, sustentó que no había, en la empresa, prescripción publicada de la negativa conexión.

¿Qué se debe hacer ante estos actos? ¿Cómo evaluarlos? ¿Cómo proceder con el empleado?

El **auditor jurídico**, apoyando al abogado de la empresa, le recomendó al abogado del empleado que hiciera una reunión, con él presente, y que llevara su computadora personal y su conector (la empresa tenía todos los datos del plug).

Como el abogado del empleado era un respetado profesional y como en la reunión había un representante del sindicato obrero, especialmente invitado, no habría fraude.

Adaptado un sistema de seguridad, contra **hackers**, a la computadora del empleado, después de varias pruebas, se constató que él no violó correos electrónicos/correspondencias/charlas de directores con compañeros en otros países. En suma, estaba blanco como la nieve: angelical.

La empresa presentó disculpas formales al empleado, pagó los honorarios de su abogado e implantó medidas concretas para dar a conocer a los demás empleados que:

- (I) no podrían traer computadoras personales a la empresa;
- (II) no podrían usar conectadores personales en servicio en la empresa;
- (III) deberían los empleados del área reunirse una vez por mes para evaluar los resultados de esa política abierta.

3.5.4.- En el caso anterior, los empleados concordaron que, en todas las reuniones, estuviera presente el director del área, que elaboró la nueva política y debería velar por su continuidad. Nadie estuvo en desacuerdo.

Moraleja: la administración y los usuarios del sistema no deben confrontar a quien administra la seguridad de la información, cuando la política de la empresa es abierta, accesible e invita a la participación.

3.5.5.- ¿Es una buena política dar permiso de acceso a terceros no autorizados, aunque sean empleados?

El **auditor jurídico** es intransigente en esta cuestión: nunca se debe permitir que terceros tengan acceso al sistema, sea cual sea el segmento de la compañía.

Es conveniente: que en el caso de que haya cualquier problema, el que autorice responderá y, dependiendo de la gravedad, sufrirá castigo y procesos. ¿Vale la pena ser transigente con la ética?

Cada uno evaluará de acuerdo con su convicción personal y con su formación y con lo que pretende de la vida.

3.5.6.- Semejante al caso anterior, hace algún tiempo sucedió en una empresa argentina, con un por-

menor: João, empleado de la empresa hace muchos años, cuidaba la computadora de punta: más rápida y más fácil de manejar, luego, por todos deseada, como en una película de Almodóvar. Alfredo, un programador respetado, le pidió a João para usar la máquina veinte minutitos, alegando que debería hacer funcionar su programa, con su código, en una operación que necesitaba una máquina de alta velocidad.

Alfredo, que venía de Bagé, sin haber sido analizado en la ciudad por el personaje que la dejó famosa, entró en contacto con el auditor y este le contó qué hacer, una vez que el abogado de la empresa estaba en un congreso en Brasilia.

Con los pormenores grabados y, para registrar, esta es la respuesta del auditor:

“Estimado João

Escuché su cuestionamiento. Lo entendí. La respuesta es no. Dígale a Alfredo que:

- (I) la computadora administrativa es más peligrosa para prestar que facilitar el *password* (código de acceso);
- (II) el que tiene acceso a la computadora administrativa, sin esfuerzo, puede tener acceso a todas las fuentes de todo el sistema.

¿Arriesgaría usted su renombre y su cargo?

Luego, no le dé acceso ni permita que Alfredo lo obtenga.

Firma

P.D. - Hable con él delicadamente, como es su costumbre”.

3.5.7.- ¿Quién no enfrentó situaciones difíciles en la vida y, mucho más, tomó decisiones amargas e inamistosas?

La anterior fue una de ellas. Busquemos otra, que afecta o puede incluir más que un solitario descontento.

¿Hasta qué punto se toleran juegos en la computadora de la empresa?

Sabemos que estamos viviendo días difíciles. Está escaso el empleo. Hay despidos en masa. A algunas empresas nos les está yendo bien. Las personas están muy tensas y nerviosas.

Por eso, ¿puede uno ser liberal y facilitar, haciendo de cuenta que los juegos no existen? ¿Hacer de cuenta que no ve que están esparcidos y diseminados por toda la empresa?

-Categórico el auditor jurídico: Remuevan los juegos del sistema: todos. Los programadores no pueden jugar en la empresa, durante el horario de trabajo, ni antes y ni después. Los juegos ocupan el sistema y todas las fuentes, y, por efecto, afectan negativamente las operaciones, el sistema y principalmente su desempeño.-

¿Causará animosidad?

¿Qué hacer?

Cada uno que decida como quiera.

3.5.8.- ¿También está prohibido descargar canciones? ¿Qué ética es esa: medieval o posconciliar?

El auditor jurídico entiende que el lugar de trabajo no es *playground* virtual.

El empleo es una relación bilateral, regida por contrato, por leyes, actos administrativos y tantas otras regulaciones.

Además de eso, ¿es ético apropiarse de un bien ajeno? ¿Tiene tutela en la ley la creación artística (música y letra)?

Para algunos es legal y ético. El auditor jurídico está en desacuerdo.

La sociedad tolera y transige con hurtos de pequeño valor, con choques de pequeño valor, con apropiaciones de pequeño valor, con automóviles oficiales aparcados en las puertas de lugares sospechosos y baratos, con porte de drogas en pequeña cantidad, con cloacas a cielo abierto en São Paulo porque las construcciones a la orilla de los riachuelos no tienen valor, con la legalización de parcelas de tierra irregulares, incluso en los manantiales, porque los pequeños valores humanos compraron las pequeñas parcelas y fueron engañados, y así siguen centenas de otros casos de pequeño valor o cantidad o hiposuficiencia.

¿Por qué, entonces, quieren derrumbar lo inmortal de su Senado? ¿Por qué elegido por un pequeño estado, con poca población, poca renta y pocos jóvenes, pues la mayoría emigró para tener una vida ultrajante en las Guayanas, en el Sur del país o en Europa?

Luego, descargar canciones es un crimen. Si es en la empresa, usando su equipo, ¿por qué no admitir que hubo facilitación o, incluso, coautoría? ¿Quién va a responder? ¿Cuál es el director o gerente que desea arruinar su vida, a cambio de ser lenitivo con el corriente *downloading*?

Luego, en la realidad, es una impropiedad acusar al auditor jurídico de ser conservador, porque, en esa hipótesis, se muestra intransigente con la ética.

3.5.9.- El que permite juegos de computadora, el que concuerda con descargar canciones en el sistema de la empresa, el que admite el préstamo de la computadora administrativa incluso a compañeros de trabajo, el que no rechaza el uso de su aparato para tener acceso al sistema, el que no se opone al *sniffing*, en ninguna hipótesis puede dejar de permitir el acceso a la lista de correos electrónicos de la empresa.

Advirtió el auditor jurídico, al administrador del sistema de la compañía, en cuanto al cumplimiento funcional, porque es un cargo de confianza. Una vez que debe controlar el flujo del tránsito de todo lo que se recibe y envía, las fuentes y las listas de correos electrónicos y debe impedir un eventual abuso.

En este país se debe cambiar la cultura del “lo mío es mío y lo suyo también es mío”. Luego, usar el correo electrónico de la empresa para fines personales, sin un consentimiento superior porque es una verdadera apropiación indebida. ¡Y, por favor, no vamos a decir que sólo fueron algunos minutitos, luego, sin valor de monta y el uso fue para esperar al compañero operador que estaba tomando el café!

¿No es ética combinada con cosmética?

3.5.10.- Otra vez, refrán que se repite en este trabajo, que el autor preocupado se presenta como intransigente: un empleado creó, en su propio correo electrónico, una lista de compañeros y, mientras todos trabajan, reciben chistes. Incluso algunos son chistosos y elaborados.

¿Cómo enfrentar esa situación?: ¿diría el enfadado auditor que esta modalidad de correo electrónico es un uso indebido de los recursos de la empresa o es un comportamiento amigable en el saludable ambiente de trabajo?

Sin esperar y sin titubear la respuesta, nota cómo esta práctica puede ser entrecruzada, con otros compañeros, y puede actuar de la misma manera, también enviándoles chistes y, como eso, va a pesar en el volumen de mensajes y afectar el servidor, cargándolo inútilmente. Esa manera de actuar o de portarse es inaceptable. Cabe a la empresa, sin rodeos, prohibir listas de correos electrónicos, remitidos a un grupo seleccionado de empleados o a todos o, incluso, a amigos o clientes o proveedores, usados para fines particulares, y en eso están incluidos los chistes.

3.5.11.- Se concede aquí, se concede allá, se concede más allá, entonces, es que un buen empleado le

pide que desbloquee el acceso a la web de la computadora en la que trabaja y por la cual es responsable, porque la política de la empresa es actuar de esa forma: mantenerlo inaccesible, cuando no utilizado. Él es simpático, le hace algún favor de tanto en tanto y, alegando exceso de trabajo, como no fuma, debe relajarse mientras navega por la Web. Y le bastan de 5 a 10 minutos. ¿Qué mal hay en eso?

Esta es la respuesta del auditor jurídico, la política de la empresa no permite que personas sin específica autorización tengan acceso a sus fuentes. El acto puede implicar en comprometimiento con las medidas internas de seguridad y del sistema.

Si soy encargado, cargo de confianza, violo la política de la empresa y sus reglas con ese amigo, que no fuma y quiere navegar, cómo garantizará que otros compañeros no pretenden tener ese acceso. ¿Y cómo garantizará su empleadora (y su consciencia) que no se transgreda o viole todo el programa?

Por favor, hay reglas.

Si hay reglas de comportamiento para adultos (o los empleados), hay que respetarlas y obedecerlas, sin constreñimiento.

De la misma forma, como siempre he reiterado al American Bar Association (ABA), con la ética en el ejercicio de la abogacía no se negocia, tampoco se negocia con las reglas de seguridad en la empresa.

3.5.12.- La ética, siempre es la preocupación mayor del autor, unida ontológicamente a la T.I. (Tecnología de la Información). No escapa de su práctica en las relaciones de los involucrados con el conocido *networking* (que, por su amplitud, como la propia palabra lo expresa, involucra el control integrado del sistema computarizado e intenta maximizar el desempeño y su productividad, considerando la finalidad de la adquisición de ese equipo y el costo de la inversión relacionado con la gama de servicios que va a proporcionar con rapidez, afectividad e interés para la empresa, clientela, empleados y colectividad).

Critico en ese *networking* son su adaptación y su implantación, porque él es complejo, difícil de operar como sistema integrado.

Administrar un *networking* es una tarea que se debe encargar a un equipo de profesionales calificados, competentes, comprometidos con la tarea, leales a la empresa, éticos consigo mismos y, principalmente, en la vida personal y en la profesional.

¿Debe ese equipo doblegarse a la ciega y total inmersión en el trabajo, en sus categorías, que parte de las incorrecciones de los administradores en sus funciones, en la contabilidad y en la administración, en la configuración y en la seguridad en la administración y también en el desempeño de la administración?

Parece que esas categorías son conflictivas entre sí, si no son entendidas o simplemente listadas. Ellas se complementan entre sí y, cuando integradas, dan valor al concepto básico o a la palabra *networking*, muy utilizada impropriamente.

4.- Concluyendo este largo artículo, con enfoques de casos y situaciones creadas en la imaginación del autor preocupado, se pretendió dar una percepción de que la T.I. (Tecnología de la Información), y sus múltiples actividades, usos, formas, modalidades, no dispensa la persona humana. Ella dará el tono de la propiedad de su uso o no. No basta la cultura técnica, no es suficiente la manipulación eficiente, cuando, como se intentó mostrar, ella se destina a mejorar la vida de la persona humana.

Que sea para su bien, buscando la felicidad terrena, en la transitoriedad de este pasaje.

Bibliografía

ADAMS, Kennerh A. A manual of style for contract drafting. Chicago: ABA, 2004.

BIELSA, Rafael. Los conceptos jurídicos y su terminología, 2ª edición, Depalma Editor, Buenos Aires, 1954.

BURNHAM, Scott J. The contract drafting guidebook. Charlottesville: The Michie Company, 1992.

CALDAS Aulete. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. v.2. 2ª ed. bras. Río de Janeiro: Delta, 1964.

COOPER, Corinne. MEYERSON, Bruce E. A drafter's guide to alternative dispute resolution. Chicago: American Bar Association - Committee on Dispute Resolution - Business Section, 1991.

DOTTI, René Ariel. A missão social da advocacia. In: REALE, Miguel; REALE JR., Miguel.

EICHENWALD, Kurt. Conspiracy of fools: a true story. Nueva York: Broadway Books, 2005.

FERRARI, Eduardo Reale. Experiências do direito. São Paulo: Millennium, 2004.

GARNER, Bryan A. Black's Law Dictionary. Saint Paul, West Group, 1999.

GORLA, Gino. Enciclopedia del Diritto. vol. IX. Milano, Giuffrè Editore, 1961.

HOUAISS, Antônio. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Versión 1.0. São Paulo: Objetiva, 2001. 1 CD

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luís. La responsabilidad civil. 3a ed. Madrid: Colex, 2004.

NACENTES, Antenor. Dicionário etimológico da língua portuguesa. Río de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

PARRINI, Pierluigi. Manuale pratico dei contratti in lingua inglese. Padova: CEDAM, 2001.

REY, Alain (dir.). Dictionnaire culturel en langue française. t. 2. Paris: Le Robert, 2005.

SALONEN, Elsa Roca de. La auditoría jurídica para el ejercicio de la democracia. In: VITA ROSO, Jayme (org.). Auditoria jurídica: apontamentos para o moderno exercício da advocacia. São Paulo, Buenos Aires: Editorial STS y Editorial Hammurabi, 2003.

SÁNCHEZ Pérez, Aquilino (dir.). Gran diccionario de la lengua española. 5a ed. Madrid: Sociedad General Española de Librería, 1992.

SATRIANO, Norberto Gustavo. Auditoria jurídica y responsabilidad profesional del abogado. In: VITA ROSO, Jayme (org.). Auditoria jurídica: apontamentos para o moderno exercício da advocacia. São Paulo, Buenos Aires: Editora STS - Editorial Hammurabi, 2003.

SHAPO, Helene S.; WALTER, Marilyn R.; FAJANS, Elizabeth. Writing and analysis in the law. 3rd. ed. Westbury, NuevaYork: The Foundation Press, 1995.

SILVA Antônio Moraes. Dicionário de língua portuguesa: fac-simile de la segunda edición (1813). v.1. Edición conmemorativa. Río de Janeiro: Litho-typographia Fluminense, 1922.

SIMONSEN Mário Henrique, Brasil 2001, APEC, 4ª edición, Río de Janeiro, 1969 y Brasil 2002, APEC-BLOCH, 1ª edición, Río de Janeiro, 1972.

THE WEBSTER ENCYCLOPEDIA Dictionary of the English Language. vol. I. Nueva York Grolier Inc., 1968.

VITA ROSO, Jayme. Auditoria jurídica para a sociedade democrática. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001.

VITA ROSO, Jayme. Auditoria jurídica para a sociedade democrática. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001.

Revistas

A.G. Cunha. Índice del Vocabulario del Portugués Medieval. Fundación Casa de Rui Barbosa. Vol. 1 [A] Río de Janeiro, 1986. - Vol. 2 [B-C] 1988. - Vol. 3 [D] 1994 -- suplemento [A-C] (en Confluência Revista del Instituto de Lengua Portuguesa y del Liceo Literario Portugués, N° 3, separata, Río de Janeiro, 1992)

The Business Lawyer, The Party “Closing” Opinions, vol. 53, Febrero de 1998.

MCCALLUM. Charles E., YOUNG. Bruce C, Ethics Issues in Opinion Practice, vol. 62, Febrero de 2007.

José Rogério Cruz y Tucci, Eficácia probatória dos contratos celebrados pela Internet (Revista Forense, vol. 353.);

Raphael Garrigoz Panichi, Meios de prova nos contratos eletrônicos realizados pela Internet (Revista de Direito Processual, vol. 16.);

João Agnaldo Donizeti Gandini et al., A segurança dos negócios digitais (Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, vol. 87.);

Liza Bastos Duarte, O e-mail como meio de prova (Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, vol. 91, sep. 2003.).

Páginas web.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei N° 6854/2005. Altera o artigo 1° da Lei N° 8.906, de 4 de julho de 1994, que “dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB”. Accedido el 19 de mayo de 2006.

<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>.

