Una Introducción al Privilegio y a la Confidencialidad Para Proveedores de Servicios para Víctimas

** El propósito de este documento es ayudar a proveedores/as a pensar en los matices del concepto genérico del privilegio legal en un tribunal. Los proveedores podrán proteger mejor la confidencialidad de la información de sobrevivientes si entienden cómo las cortes analizan el privilegio legal y podrán educar a sobrevivientes y al personal sobre cómo asegurar la mayor protección de esa información. Pero, el privilegio es controlado por estatutos, entonces los/las proveedores/as tienen que leer y entender sus leyes locales para darle la mejor protección a la privacidad de sobrevivientes.*

Introducción

Los términos privacidad, confidencialidad y privilegio frecuentemente se intercambian, pero son ideas distintas. Hay que pensar en ellos como hermanos y no cómo trillizos idénticos. Este memorando generalmente clarifica estos tres conceptos para ayudar a intercesores/as y a proveedores/as de servicios para víctimas a diseñar e implementar las mejores prácticas sobre la protección de información.

Aquí está una manera fácil de distinguir entre la privacidad, la confidencialidad y el privilegio:

- *La Privacidad* es una decisión personal sobre la revelación de información,
- *La Confidencialidad* es una responsabilidad de proteger las opciones de otra persona en cuanto a la revelación, y
- *El Privilegio* es una regla legal que prohíbe la revelación de información privada en contra de la voluntad de alguien.

¿Qué queremos decir con el término "privacidad"?

Frecuentemente se refiere a la privacidad como el derecho de controlar la información y las decisiones sobre sí mismo/a. Businessdictionary.com ofrece esta definición:

> El derecho de… determinar si, cuándo, cómo y con quién la información personal de alguien se comparte.

Una misión principal para el trabajo con sobrevivientes de la violencia doméstica y sexual es devolverles el poder y el control de su vida diaria. Esto incluye el poder y el control sobre su información. Un/a sobreviviente siempre debe tener la oportunidad de preguntar, "¿Cómo afecta mi control sobre mi propia información la revelación de esta información por mi intercesor/a? ¿Hay otra manera de realizar mis metas que me dé más control al largo plazo?"

Mientras que hay leyes diferentes que reconocen y protegen la privacidad, la idea de la privacidad en sí es más amplia y más profunda que cualquier ley individual.

Entonces, ¿qué significa "la confidencialidad"?
La confidencialidad significa una responsabilidad de proteger la información que otra persona ha compartido. Es una promesa que (1) el/la intercesor/a no va a revelar la información intencionalmente, (2) el/la intercesor/a tomará medidas para proteger la revelación sin querer o ilegal de la información, (3) el/la intercesor/a luchará vigorosamente contra cualquier intento de tomar la información, y (4) el/la intercesor/a avisará a el/la dueño/a de la información de cualquier intento de tomarla. Utilizando una definición de la comunidad médica, la confidencialidad es:

> El principio ético o el derecho legal que un/a profesional mantendrá secreta toda la información relacionada a un/a cliente/a, a menos que el/la cliente/a da su consentimiento para permitir la revelación.
>
> (*Adaptada de la definición en Dictionary.com; El Diccionario Médico de Stedman de American Heritage, Houghton Mifflin Company)*

Por mucho tiempo, la confidencialidad ha sido un elemento nuclear de la intercesoría eficaz de violencia doméstica y sexual. En los años recientes, un número de leyes han sido enmendadas para reconocer oficialmente el deber de intercesores/as de practicar la confidencialidad; específicamente el Acta de Violencia Contra Mujeres (VAWA, por sus siglas en inglés) y el Acta de Servicios y Prevención de Violencia Familiar (FVPSA, por sus siglas en inglés). Muchos estatutos estatales también han sido enmendados o aprobados. El reconocimiento formal de la confidencialidad refuerza el deber ético de proteger el control de sobrevivientes sobre su información personal.

No es necesario tener privilegio legal (según la explicación a continuación) para practicar y defender la confidencialidad. El privilegio es útil dentro del contexto legal porque requiere que los/las jueces/zas respeten la confidencialidad en la sala de justicia, minimizando la necesidad de persuadir a jueces/zas individuales y no permitiendo que los/las jueces/zas castiguen a sobrevivientes por proteger información. Pero, puesto que la mayoría de las exigencias a y reclamaciones contra la confidencialidad vienen de fuera de la sala de justicia, la presencia o ausencia del privilegio no necesariamente tiene relevancia cuando se habla de los asuntos diarios que rodean la información. Prácticas fuertes de confidencialidad protegen la privacidad de sobrevivientes y esas prácticas de confidencialidad ahora están codificados en las leyes federales y estatales. Hay lugares, sin embargo, donde la lay no aborda la confidencialidad de intercesores/as, y por eso los/las intercesores/as utilizan otras fuentes de apoyo para implementar las mejores prácticas de confidencialidad.

Entonces, ¿qué significa tener "privilegio"?

El privilegio típicamente significa que:

1. un tribunal no puede exigir que un/a sobreviviente o su intercesor/a revele información compartida entre el/la intercesor/a y el/la sobreviviente, y
2. no se puede castigar ni a el/la intercesor/a ni a el/la sobreviviente por negarse de revelar la información.

Si una orden de un/a juez/a requiere que un/a intercesor/a comparta información legalmente privilegiada, puede que sea una orden judicial inválida y se debe impugnarla en el sistema judicial.

El privilegio de no revelar información confidencial es una exención a la regla general que una corte tiene el derecho de obtener la información que quiera al buscar la verdad. *Jaffee v. Redmond,* 518 U.S. 1 (1996). Por esa razón, muchas cortes buscan excusas para determinar que la persona que tiene el privilegio lo renunció y por eso la corte puede ordenar la revelación. Según la corte, alguien con un privilegio que protege comunicaciones confidenciales tiene que mantener privada la información o correr el riesgo de perder la habilidad de proteger la información en la corte.

¿A quién pertenece el privilegio?
Hay que pensar en el privilegio como posesión. ¿Quién es el/la dueño/a? En el contexto del privilegio profesional, el/la cliente/a o paciente o sobreviviente es dueño/a del privilegio y *no* el/la profesional. Puesto que el/la sobreviviente tiene el privilegio, el/la sobreviviente tiene el derecho de renunciarlo. Un/a sobreviviente tiene el derecho de decidir que quiere que se comparta la información en la corte y que quiere que el/la profesional protegido/a la comparta.

El privilegio no pertenece a el/la profesional o intercesor/a. El/la intercesor/a no tiene el poder de decidir que un/a sobreviviente deba compartir la información. Si el/la sobreviviente le dice a el/la intercesor/a que no comparta la información privilegiada, el/la intercesor/a no puede testificar sobre esa información.

¿Quién tiene la responsabilidad de proteger el privilegio?
Aunque el privilegio pertenece a el/la sobreviviente, *ambos/as* el/la sobreviviente y el/la profesional privilegiado/a tienen la responsabilidad de protegerla. Si el/la sobreviviente no proporciona ninguna instrucción, el/la intercesor/a tiene que presumir que el/la sobreviviente no quería revelar la información y tiene que negarse de revelarla porque es privilegiada (*y* porque el/la intercesor/a practica la confidencialidad).

¿Qué tipo de información es protegida bajo el privilegio?
Un estatuto de privilegio debe definir exactamente qué información es protegida. Leer la ley que lo controla es la mejor manera de determinar si la información es protegida. Típicamente, para ser privilegiada, la información tiene que tener todas de las siguientes tres características:

1. una comunicación
2. confidencial
3. compartida dentro de una relación especial.

¿Qué significa "confidencial" para el propósito del privilegio?
La información compartida entre sobrevivientes e intercesores/as es típicamente "confidencial"[1] para el propósito del privilegio si (1) se comunica en privado entre

[1] La definición de “confidencial” en las definiciones del privilegio es diferente de la promesa ética y legal de que hablamos arriba. Cuando un/a intercesor/a le promete *confidencialidad* a un/a sobreviviente,

sobreviviente e intercesor/a, (2) el/la sobreviviente espera razonablemente que la información se mantenga privada, y (3) el/la sobreviviente de verdad mantiene privada la comunicación. Puede que algunas leyes locales tengan una definición más amplia e incluso protejan la información compartida con ciertas terceras partes.

En el contexto de servicios de violencia doméstica y sexual, hasta el nombre de una víctima o el hecho de que ha pedido ayuda de un programa puede ser considerado una comunicación confidencial con el programa. *Vea e.g., People v. Turner,* 109 P.3d 639, 645 (2005). Pero, si la víctima quiere que el hecho de que recibió servicios de un programa se mantenga confidencial para el propósito del privilegio, es importante que tome pasos para mantener privado ese hecho.

Para que una comunicación se mantenga confidencial, la víctima tiene que hacer esfuerzos para hacerlo. Un ejemplo de la falta de proteger una comunicación vino de Martha Stewart. Durante su juicio por intercambiar ilegalmente acciones de bolsa, tuvo un intercambio de email con su abogado. Fue una conversación confidencial *hasta que* Martha Stewart envió ese email a su hija. Compartió la comunicación fuera de la relación abogado-clienta (y porque fue por email, fue muy fácil obtener pruebas de haberlo hecho). El tribunal federal en New York determinó que Martha Stewart renunció su privilegio de proteger esa comunicación específica cuando la compartió con su hija. US v. Stewart 294 F.Supp. 2d 490, 493 (S.D.N.Y. 2003).

Los/las sobrevivientes deben saber que repetir las conversaciones que tienen con intercesores/as con otros *podría* resultar en que un/a juez/a ordene que se repitan las conversaciones en la corte. Algunos estatutos específicamente extienden protección incluso después de compartir; otros estatutos no dicen nada sobre el asunto. Siempre que un/a sobreviviente está considerando si va a revelar o permitir que un/a intercesor/a revele información sobre su trabajo juntos, se debe considerar el riesgo potencial de perder ese privilegio entre los otros riesgos y beneficios de revelarla.

Los intercesores/as también tienen una responsabilidad de proteger la privacidad de comunicaciones confidenciales, pero si no lo hacen, el impacto legal en el

---

el/la intercesor/a está diciendo, "No importa qué otras personas saben esta información, lucharé para asegurarme de que nadie la oiga de mí."

privilegio es diferente. Si una víctima no mantiene privada la información, entonces es posible que haya renunciado la protección del privilegio. Si un/a intercesor/a no mantiene privada la misma información, la protección del privilegio típicamente se queda en vigor (porque el/la intercesor/a no tenía el derecho de revelar la información), pero es posible que la víctima entable una demanda contra el/la intercesor/a o que le haga responsable do otra manera por cualquier daño sufrido por la víctima como resultado de compartir la información privada.

NOTA: Tenga cuidado de procesos de recomendaciones para otros servicios que les piden que los/las intercesores/as confirmen que un/a sobreviviente esté trabajando con el/la intercesor/a o programa o de procesos que piden que el/la intercesor/a certifique directamente la historia de abuso o agresión. Cuando el/la intercesor/a firma una certificación que dice que sabe que hay una historia de abuso, hay un riesgo de que una corte determine que las comunicaciones sobre el abuso no se hayan mantenido confidenciales, incluso si no se compartieron ningún otro detalle. Hay poca ley de casos sobre esta cuestión en particular entonces es difícil determinar cuál sería la decisión de un/a juez/a si hubiera una reclamación contra el privilegio por una certificación de un/a intercesor/a.

¿Pensará una corte que es "confidencial" si hay otros/as presentes con el/la sobreviviente durante la comunicación?
Tal vez sí; tal vez no. La respuesta a esto depende de la ley en su estado y el propósito de tener presente a la otra persona. Sepa exactamente lo que dice la ley de su estado; puede empezar su investigación al ir al Resumen de las Leyes Estatales de los EE.UU. sobre la Confidencialidad de Intercesores/as del Instituto de Confidencialidad.

Siempre tenga en mente que la decisión de una corte sobre si es "confidencial" o no es diferente de la responsabilidad ética y legal de un/a intercesor/a de proteger la información para que no se revele. Si un/a intercesor/a piensa que es posible que el privilegio legal no aplique, el/la intercesor/a todavía luchará para proteger la privacidad de el/la sobreviviente y tomará todos los pasos posibles para prevenir la revelación de la información sin el consentimiento de el/la sobreviviente.

Vamos a considerar situaciones en las que es posible que terceras partes estén presentes durante una comunicación entre un/a intercesor/a y un/a sobreviviente. Si hay otros/as del mismo programa de intercesoría presentes, entonces todavía es una comunicación privada con esa organización y se debe considerarla confidencial para el propósito de privilegio. Si una tercera parte es necesaria para la comunicación (por ejemplo un/a intérprete), la comunicación todavía es confidencial. Si el/la sobreviviente tiene familiar(es) con él/ella, hay un riesgo verdadero que un/a oponente afirme que la información no es privada entre el programa de intercesoría y el/la sobreviviente. Algunos estados reconocen que esa comunicación todavía es confidencial en la presencia de terceras partes que están ayudando a el/la cliente/a. Otros estados no abordan el asunto de ninguna manera. Si la tercera parte es otro tipo de profesional, incluso el/la abogado/a de el/la sobreviviente, entonces *es posible que* la comunicación entre el/la cliente/a, el/la intercesor/a y el/la abogado/a no sea confidencial bajo las leyes estatales. Es muy importante entender las leyes de su estado. Si la presencia de una cierta tercera persona (el/la amigo/a mejor de la víctima, un/a abogado/a o una enfermera examinadora de agresión sexual) hace que la conversación no sea confidencial para el propósito del privilegio es diferente en cada estado, dependiendo del lenguaje del estatuto del privilegio, el tipo de tercera persona presente y las decisiones de las cortes de ese estado.

Vaya al Resumen de las Leyes Estatales de los EE.UU. sobre la Confidencialidad de Intercesores/as del Instituto de Confidencialidad para empezar su investigación sobre si y cómo su estado ha abordado la presencia de terceras partes.

¿Qué significa "comunicación" para el propósito del privilegio?
La comunicación privilegiada puede ser diferente dependiendo de la ley y las decisiones judiciales de cada estado. En algunos estados, cualquier información en el expediente de un/a sobreviviente en un programa de intercesoría es protegida por el privilegio, no importa de dónde vino ni cómo llegó allí. *Vea, e.g.,* Conn. Gen. Stat. § 52-146k (2013). En casos que analizan el privilegio para otras profesiones, las cortes examinan si la comunicación fue hecha entre el/la cliente/a y el/la profesional con quien el/la cliente tiene privilegio. *Upjohn v. United States,* 449 U.S. 383 (1981). Eso significa que *es posible que* la información enviada a el/la profesional privilegiada por una tercera parte no sea considerada una comunicación protegida por el privilegio.

En el contexto de la intercesoría, se debe presumir que el/la intercesor/a protegerá toda la información sobre un/a sobreviviente. Típicamente, la primera comunicación confidencial viene cuando el/la sobreviviente se contacta con el programa pidiendo ayuda. Entonces, los programas deben luchar con fuerza para proteger la anonimidad de los/las sobrevivientes a quienes atienden. La mantra es “No puedo ni confirmar ni negar que hayamos trabajado con esa persona.” Si los programas tienen éxito al proteger la anonimidad de las personas que se contactan con ellos, entonces es menos probable que haya un debate sobre si los/las intercesores/as tengan información enviada por una tercera parte.

¿Qué significa "compartida dentro de una relación especial" para el propósito del privilegio?

Las comunicaciones confidenciales sólo son "privilegiadas" si la ley también reconoce que hay una relación especial entre los/las participantes en la comunicación. Típicamente, una "relación especial" es una donde una corte o legislatura está de acuerdo en que haya un interés público fuerte en proteger y fortalecer la relación, y que la habilidad de compartir información confidencial y protegerla del público es importante para el éxito de la relación. La mayoría de las relaciones privilegiadas son profesionales: abogado/a-cliente/a, médico/a-paciente y terapeuta-cliente/a. El público tiene un interés fuerte en que la gente reciba estos servicios profesionales, y los/las legisladores/as están de acuerdo en que el libre flujo de información entre una persona y su médico/a, abogado/a o terapeuta es necesario para obtener todo el beneficio de los servicios profesionales.

La mayoría de los estados también han reconocido la relación especial entre programas de intercesoría o víctima-consejero/a y las personas a quienes atienden. De hecho, muchos estados protegen las comunicaciones de voluntarios/as y también las de los/las empleados/as pagados/as en los programas de intercesoría. Bajo las Reglas Federales de Evidencia 501, un tribunal federal puede considerar si "la razón y experiencia" justifica la protección de cualquier relación, entonces los/las intercesores/as absolutamente deben pedir reconocimiento siempre que un/a juez/a federal intenta forzar la revelación de comunicaciones confidenciales.

Recuerde lo básico: la información “privilegiada” típicamente tiene todos los tres elementos: (1) comunicación (2) confidencial (3) compartida dentro de una relación especial.

¿Es posible perder o renunciar sin querer el privilegio?
Si el/la sobreviviente quiere que la información se quede privilegiada, entonces el/la sobreviviente debe hacer esfuerzos para mantenerla confidencial. Si el/la sobreviviente toma alguna acción para hacer que la información sea pública, o incluso no completamente privada, una corte podría decir que ha renunciado o "waived" el derecho de proteger la información. A veces se refiere a esto como "abriendo la puerta"; hasta abrir la puerta un poquito puede ser suficiente para destruir el privilegio para un/a juez/a. Recuerde el ejemplo de Martha Stewart arriba. La persona que tiene el privilegio tiene que tener cuidado para evitar la pérdida del privilegio.

Los tribunales pueden ser hostiles cuando hay reclamaciones de privilegio, y entonces puede que quieran encontrar evidencia que la información no sea realmente confidencial. Siempre que un/a sobreviviente le pide a un/a intercesor/a que revele información sobre sus comunicaciones, hay bastante riesgo que un tribunal pueda utilizarlo como excusa para romper el privilegio. Por esta razón, los/las sobrevivientes deben considerar completamente los riesgos cuando les dan a intercesores/as permiso para revelar información y los/las intercesores/as deben guiar esa conversación para que el/la sobreviviente pueda tomar una decisión informada. Por ejemplo, si un/a intercesor/a firme un formulario que certifica que el abuso ocurrió para ayudarle a un/a sobreviviente a obtener vivienda, es posible que el/la sobreviviente piense que sólo se puede utilizar la certificación para la petición para vivienda. Pero, puede que un tribunal utilice la certificación para exigir testimonio de el/la intercesor/a en un juicio criminal o en un caso relacionado a la vivienda. A causa de ese riesgo, siempre se recomienda que se consideren procedimientos para recomendaciones y las conexiones con los recursos que no dependen de la certificación de intercesores/as.

¿Es posible perder parte del privilegio y mantener parte?
Generalmente, el privilegio tiene el propósito de proteger la comunicación dentro de una relación especial. Es posible perder privilegio para una parte de la comunicación que no se mantuvo confidencial y todavía retener el privilegio para

otras comunicaciones. Si un/a juez/a decide que parte de la comunicación no se mantuvo confidencial, el/la juez/a también decidirá *cuánta* información puede ser parte del testimonio y cuánta todavía es privilegiada. Entonces, un/a sobreviviente puede evaluar cómo se siente sobre esa cantidad de revelación y si quiere apelar la decisión de el/la juez/a.

Si un/a sobreviviente "abre la puerta" a comunicaciones con el/la intercesor/a al revelarla, la decisión del tribunal sobre hasta qué punto ha abierto la puerta puede variar drásticamente de juez/a en juez/a. Los/las intercesores/as y sobrevivientes deben seguir luchando por revelar tan poco como sea posible incluso cuando parte de la información tiene que ser revelada, y siempre deben consultar a abogados/as sobre la posibilidad de cuestionar la decisión de el/la juez/a.

Resumen sobre la privacidad, la confidencialidad y el privilegio

La confidencialidad es un conjunto de prácticas utilizadas por intercesores/as para asegurar la privacidad para sobrevivientes y proteger el control de sobrevivientes sobre su propia información. El privilegio es una ley que requiere que las cortes y otras entidades respeten esa confidencialidad y prohíbe la revelación de información confidencial en la corte.

Los detalles específicos de la ley sobre el privilegio dependerán de las leyes y prácticas locales. Pero la responsabilidad de hacer cumplir la confidencialidad tan vigorosamente como sea posible debe ser constante por toda la comunidad profesional que atiende a las necesidades de sobrevivientes de la violencia doméstica, sexual, relacional, familiar, del tráfico humano y del acecho.

Sugerencias Finales sobre la Privacidad, la Confidencialidad y el Privilegio:

1. La privacidad es un derecho individual de tomar decisiones sobre cuánta información se comparte con cualquier persona.
2. La confidencialidad es una responsabilidad legal o ética de proteger la información de otra persona de la revelación en contra de su voluntad.
3. Proporcionar tanta confidencialidad como sea posible para sobrevivientes es integral para la práctica de la intercesoría.

4. El privilegio es una protección especial que las cortes y las legislaturas les pueden otorgar a las comunicaciones confidenciales entre sobrevivientes e intercesores/as.
5. El privilegio pertenece a el/la sobreviviente, quien tiene el derecho de afirmarlo o renunciarlo.
6. Los/las intercesores/as tienen una responsabilidad de proteger vigorosamente el privilegio de un/a sobreviviente hasta que un/a sobreviviente dé instrucciones específicas que está renunciando el privilegio.
7. Siempre que un/a sobreviviente revele comunicaciones confidenciales con un/a intercesor/a, corre el riesgo de que la corte determine que ha renunciado el privilegio.
8. Si un/a intercesor/a revela comunicaciones privilegiadas sin el permiso de el/la sobreviviente, el/la sobreviviente todavía tiene el derecho de afirmar el privilegio *y* es posible que el/la intercesor/a sea responsable por daños y perjuicios que resultan de la revelación.

© 2015 Alicia L. Aiken, J.D. y El Instituto de Confidencialidad, Inc. Este proyecto fue apoyado por Subvención N° 2013-TA-AX-K006 otorgada por la Oficina de Violencia Contra Mujeres del Departamento de Justicia de los EE.UU. Las opiniones, conclusiones y recomendaciones expresadas en este publicación son de los autores y no reflejan necesariamente las opiniones del Departamento de Justicia, Oficina de Violencia Contra Mujeres.

Para permiso para hacer copias o distribuir, contáctese con alicia@confidentialityinstitute.org. Este artículo proporciona información legal general y no se debe considerar ninguna parte como consejo legal.