



Centro de Estudios del Derecho de la
Competencia y de la Regulación

Agosto, 2014
Documento de Trabajo
Número 03-14

**El *Privilegio Legal* en México:
Reflexión sobre sus fundamentos y su alcance para efectos de
competencia económica**

Lucía Ojeda Cárdenas
Itziar Esparza Mejía
Gabriela Schafler Villalobos
Ernesto Álvarez Castillo



Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente las opiniones de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey

Acerca de los Autores

Lucía Ojeda Cárdenas,

Socia de SAI y líder del equipo. Egresada del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Imparte la materia de competencia económica en el Centro de Investigaciones y Docencia Económica y en la especialidad de derecho de empresa en la Universidad Panamericana

loc@sai.com.mx

Itziar Esparza Mejía

iem@sai.com.mx

Gabriela Schafler Villalobos

gvs@sai.com.mx

Ernesto Álvarez Castillo

eac@sai.com.mx

Los autores son profesionistas de SAI Derecho & Economía y forman parte del equipo legal de la práctica de competencia económica.

Resumen Ejecutivo

El privilegio legal, generalmente reconocido en el derecho común, otorga una protección especial a las comunicaciones entre abogados y sus clientes con miras a promover la administración de justicia al facilitar la representación legal. El alcance de la protección legal de las comunicaciones entre cliente y abogado resulta particularmente relevante en el derecho mexicano de la competencia frente a las facultades de la autoridad de realizar visitas de verificación y requerir información durante la etapa de investigación. A pesar de ello, esta protección aún no ha sido debidamente analizada en México. Mediante la revisión de diversos ordenamientos (que regulan el secreto profesional, el privilegio legal del imputado en procedimientos sancionatorios y la protección general de comunicaciones privadas) y precedentes judiciales, el presente documento evalúa si, a pesar de no estar específicamente establecida en la legislación, el sistema jurídico mexicano permite la tutela del privilegio legal cliente-abogado.

El *Privilegio Legal* en México: Reflexión sobre sus fundamentos y su alcance para efectos de competencia económica¹

I. Introducción: Concepto e importancia

1. El privilegio legal es la traducción de un término acuñado en el derecho común (i.e., *legal privilege*) que se refiere a la protección que reciben las comunicaciones realizadas entre abogados y sus clientes.² El principio sobre el cual descansa esta protección es que “*promueve los intereses públicos al asistir y promover la administración de justicia, ya que facilita la representación de los clientes por medio de sus abogados, siendo la ley una disciplina compleja y complicada*”.³
2. La protección a las comunicaciones entre abogados y sus clientes es resultado de un balance entre dos intereses en conflicto: 1) el interés público, que requiere que se administre la justicia con base en toda la evidencia disponible; y 2) el derecho del individuo de tener acceso a una asesoría legal apropiada, sin restricciones, para salvaguardar sus derechos.⁴ En el caso emblemático y vigente hasta la fecha de desarrollo del privilegio legal en el derecho europeo de la competencia, *AM&S Europe Ltd v Commission*, se adopta una concepción de la función del abogado como “*colaborador en la administración de la justicia y es requerido a proveer, con plena independencia y en aras del interés de la causa, la asistencia legal que el cliente requiere*.”⁵ Para facilitar la administración de la justicia, por tanto, los abogados deben ser capaces de hablar con toda franqueza y total apertura con sus clientes, y éstos deben ser capaces de revelarles cualquier información a sus abogados sabiendo que dicha información permanecerá confidencial.⁶
3. El privilegio legal puede tener dos aristas: la protección de opiniones y consejos dados por el abogado a su cliente fuera de juicio, y la protección de las comunicaciones entre abogado y cliente dentro un litigio. En el caso de Estados

¹ Participaron en la elaboración de esta nota los siguientes profesionistas de SAI Derecho & Economía: Lucía Ojeda Cárdenas, Itziar Esparza Mejía, Gabriela Schafler Villalobos y Ernesto Álvarez Castillo.

² En las jurisdicciones de derecho común el concepto se originó como una consideración al “honor” de un abogado, más que una consideración hacia su cliente. El concepto comenzó a variar a finales del siglo dieciocho, y actualmente la ley lo contempla más como una protección hacia el cliente, que como protección al abogado. Véase: Theofanis Christoforou, “Protection of legal privilege in EEC Competition Law: The Imperfections of a case”, *Fordham International Law Journal*, Volume 9, Issue 1, 1985: 3

³ Véase Justice John Gilmour, (2012) “Legal Professional Privilege: Current Issues and Latest Developments”, Documento presentado ante la Law Society of Western Australia: 3. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/FedJSchol/2012/3.html>.

⁴ Véase *supra* Theofanis Christoforou: 5

⁵ Case 155/79 (1982) ECR 1575, (1982) 2 CMLR 264. Párrafo 24.

⁶ Véase *supra* Justice John Gilmour.

Unidos, ambas aristas se encuentran previstas; la primera, por reglas de conducta profesional de abogados (i.e., *lawyer-client confidentiality*) y la segunda, por reglas de evidencia y procedimiento aplicable en las cortes (i.e., *attorney-client privilege* y *work product doctrine*).⁷ En el caso de la Comunidad Europea, por ejemplo, se protege la comunicación entre cliente-abogado dentro de un litigio y cuando se solicita asesoría legal.⁸

4. También existe el criterio que tanto los documentos generados por el cliente (para obtener asesoría legal) como por el abogado son objeto de protección, puesto que sería un sinsentido que sólo los documentos estrictamente generados por un abogado estén protegidos.⁹ Asimismo, se pueden considerar protegidos los documentos elaborados por un abogado a una tercera parte si están hechos en beneficio del cliente, con el propósito de preparar la defensa de éste en un litigio.¹⁰
5. La protección plena del carácter confidencial de la asesoría legal brindada por un abogado a su cliente, antes y durante un procedimiento, es particularmente relevante para la materia de competencia económica dadas las facultades que la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”) otorga a la Comisión Federal de Competencia Económica para realizar visitas de verificación y requerir a los investigados documentos durante la etapa de investigación. Al aplicar estas facultades, se presentará la doble cuestión de si puede considerarse evidencia incriminatoria una opinión legal dirigida al agente económico involucrado, tanto fuera como dentro de un procedimiento y emitida por su abogado con el único objeto de obtener asesoría legal. Adicionalmente, y aun asumiendo la existencia del privilegio legal, surge la cuestión de cómo se manejaría tal información y quién sería el responsable de dirimir si la información está protegida dentro del privilegio legal (si la propia autoridad investigadora o bien un juez).
6. No parece apropiado, desde la perspectiva legal, utilizar como evidencia incriminatoria este tipo de comunicaciones privadas en la medida en que iría en contra de los principios anteriormente mencionados, los derechos humanos relativos a la intimidad y a la obtención de la mejor asesoría legal posible; y los fines públicos de

⁷ Véase Finkelstein Jay Gary, “Legal Privilege Handbook 2013”, *DLA Piper* : 91 y 95, disponible en: http://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2013/04/Legal%20Privilege%20Handbook%202013/Files/DLA_Piper_Legal_Privilege_Handbook_2013/FileAttachment/DLA_Piper_Legal_Privilege_Handbook_2013.pdf

⁸ Véase *supra* Theofanis Christoforou: 10. Asimismo, Eric Gippini-Fournier, *Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance*, sostiene que al extender el privilegio legal del litigio en sí a la etapa previa a la acusación en AM&S, la Corte Europea parece reconocer un elemento fundamental del derecho a la defensa, el derecho a la no incriminación. Extender la protección a documentos relacionados con “la materia del procedimiento” permite solicitar una asesoría legal franca incluso antes del inicio de un litigio. (p. 43, documento disponible en www.ssrn.com (# 635963).

⁹ Véase *supra* Theofanis Christoforou:35.

¹⁰ Véase *supra* Justice John Gilmour: 6

incentivar que los agentes económicos se asesoren debidamente a efecto de impulsar el cumplimiento de la ley. Sin embargo, en México esta protección aún no ha sido debidamente analizada y, al no estar específicamente establecida en la legislación, es relevante cuestionarse si el andamiaje jurídico mexicano permite su tutela.

II. El privilegio legal en México: regulación y carencias

7. A pesar de que en distintas jurisdicciones se ha consolidado el privilegio legal mediante legislaciones y reglas,¹¹ en México el concepto legal no se ha establecido explícitamente en la normatividad; no obstante, existen actualmente algunas disposiciones legales de las cuales puede derivar la protección a comunicaciones entre los abogados y sus clientes desde varias perspectivas. A continuación se considerarán diversas disposiciones que se encuentran en los siguientes ordenamientos: (i) la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“Constitución”), (ii) Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal (“LP”), (iii) Ley Federal del Trabajo (“LFT”); (iv) Código Penal Federal (“CPF”), (v) Ley de la Propiedad Industrial (“LPI”); (vi) Código Federal de Procedimientos Civiles “CFPC”); (vii) Código Nacional de Procedimientos Penales (“CNPP”); (viii) Código de Comercio (“CC”); (ix) Código Civil Federal (“CCF”), y (x) Jurisprudencia.

A. El privilegio legal como secreto profesional

8. La figura que más se asimila al privilegio legal en algunas cuestiones, pero que es mucho más limitada, es la que se denomina “secreto profesional”. Se encuentra establecido en el artículo 36 de la LP, mismo que establece lo siguiente:

“**Artículo 36.-** Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas.”
9. Es importante mencionar que el precepto legal antes citado es aplicable a cualquier profesión restringida en nuestro país y no sólo a los abogados (ya sean internos o externos).¹²
10. De conformidad con dicho artículo, un abogado podría guardar como secreto profesional los trabajos, opiniones, documentos y análisis que elabore para un cliente,

¹¹ Por ejemplo, en Estados Unidos se consigna en las *Model Rules of Professional Conduct* de la *American Bar Association*, *Federal Rules of Evidence* y *Federal Rules of Civil Procedure* aplicables en las cortes federales en Estados Unidos *inter alia*; en la Comunidad Europea se consigna en la *Council Directive 77/249/EEC*, por poner un ejemplo, y en Australia se consigna en la *Evidence Act 1995*.

¹² Por ejemplo, actuarios, arquitectos, bacteriólogos, biólogos, dentistas, contadores, enfermeras, economistas, veterinarios, doctores, químicos, trabajadores sociales, entre otras profesiones.

pero con una limitante importante: a menos que una ley le obligue proporcionar dicha información.

11. En el derecho civil y mercantil mexicano, la regla general, es que los jueces pueden hacer uso de cualquier persona, sea parte o no en el procedimiento, y cualquiera que sea cosa o documento, ya sea perteneciente a las partes o a terceros, con el fin de encontrar la verdad acerca de los asuntos.¹³ La línea es por tanto realmente tenue, y el secreto profesional no se ha erigido como un tope irrefutable a las facultades de obtención de información al menos de una autoridad administrativa.¹⁴
12. Los tribunales federales recientemente han publicado criterios judiciales que establecen que no se puede forzar el testimonio de alguien que goza de secreto profesional, y que éste se relaciona con el derecho constitucional a la intimidad establecido en los artículos 6, 7, y 16, así como de varios tratados internacionales de los que México es parte. Uno de estos criterios judiciales es el siguiente:

SECRETO PROFESIONAL. DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO SOBRE HECHOS DE TERCEROS. *“Vinculado con el derecho a la intimidad, se encuentra el secreto profesional, que es al que se encuentran obligadas determinadas personas (médicos, abogados, instituciones financieras, contadores, sacerdotes, entre otros), quienes no pueden divulgar la información, cuyo conocimiento hubieran tenido en el ejercicio de sus actividades profesionales, respecto de otros. En ese sentido, aquel que conozca de cierta información con motivo del ejercicio profesional, no puede ser obligado, a rendir testimonio sobre tal información, salvo que el titular de la misma le autorice para ello.” Amparo en revisión 73/2008. 6 de mayo de 2008. Mayoría de votos. Disidente: Neófito López Ramos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Erick Fernando Cano Figueroa.¹⁵ (Énfasis Añadido)*

13. En este mismo sentido la protección a la información abogado-cliente se encuentra regulada por el CNPP, el cual en su artículo 362, establece que no será admisible durante un juicio la declaración de personas que con motivo de su profesión, deban guardar secreto, dicho artículo a la letra dice:

“Artículo 362.- Es inadmisibile el testimonio de personas que respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar secreto con motivo del conocimiento que tengan de los hechos en razón del oficio o profesión, tales como ministros religiosos, abogados, visitantes de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, así como los funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según las leyes de la materia. No obstante,

¹³ Esta regla está contenida en diversos artículos del CFPC y del CC (p.e., artículos 79 y 80 del CFPC y artículos 1205, 1234, 1260, 1263 y 1272 del CC).

¹⁴ Por ejemplo, la LFCE que dispone que la autoridad se podrá allegar de información a través de requerimientos de información, comparecencias y visitas de verificación (artículos 73 y 75); o la Ley de Comercio Exterior, que dispone básicamente lo mismo (artículo 54).

¹⁵ Registro No. 168790, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, septiembre 2008, Página: 1411, Resolución: I.3o.C.698 C, Item(s): Civil.

estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

En caso de ser citadas, deberán comparecer y explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar secreto y de abstenerse de declarar.”

14. Por su parte, el artículo 210 del CPF establece las penas aplicables a los profesionales que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada.
15. Es de vital importancia recalcar que ninguna disposición legal mexicana distingue entre “información legal” o cualquier otro tipo de información (E.j. comercial o de negocios).
16. De igual forma, es importante advertir que no existe una disposición expresa en ningún cuerpo normativo mexicano, que establezca una duración o vigencia de la temporalidad de la "información privilegiada" o protegida por secreto profesional.
17. Finalmente, en la legislación mexicana no se encuentra alguna disposición que regule la figura de los abogados internos (*in-house*), por lo que estos deberán de considerarse siempre como empleados de las empresas. Lo anterior tiene fundamento en el artículo 37 de la LP, dicho artículo establece:

“Artículo 37.- Los profesionistas que ejerzan su profesión en calidad de asalariados, quedan sujetos por lo que a su contrato se refiere, a los preceptos de la Ley Federal del Trabajo y al Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, en su caso.”

18. Por lo que se refiere a la legislación laboral, la LFT no prevé algún "tratamiento privilegiado" para cualquier información. Sin embargo, los artículos 47 y 134 de dicha ley, establecen obligaciones de confidencialidad a los empleados con respecto a sus empleadores de la siguiente manera:

“Artículo 47.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:

...

IX. Revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa;

...

Artículo 134.- Son obligaciones de los trabajadores:

...

XIII. Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios a la empresa.”

19. No obstante que desde un punto de vista laboral la única sanción es la posibilidad de que el empleador esté facultado para despedir al trabajador sin responsabilidad alguna (es decir, sin la necesidad de indemnizar a dicho empleado), el CPF establece las penas aplicables a los empleados que revelen algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo. Sin embargo, no tenemos conocimiento de que alguna de estas disposiciones haya sido opuesta exitosamente como límite justificado a las facultades de investigación de las autoridades, cada cual en sus respectivos ámbitos de competencia, negándose a entregar información por estos motivos.

B. El privilegio legal como parte del debido proceso

20. El privilegio legal encuentra contenido textualmente en nuestra Constitución en el contexto de la garantía de debido proceso, siendo un principio rector que protege la libertad o propiedad de los individuos frente al ejercicio del *ius puniendi* Estatal. En concreto, el privilegio legal se expresa como una protección a las comunicaciones privadas entre detenido y su abogado:

“Artículo 16.-...

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. ...”

21. A pesar de que el texto de la Constitución menciona expresamente el derecho dentro de un procedimiento penal, es posible derivar que las garantías que normalmente son aplicadas al derecho penal, también son aplicables y protegen a los ciudadanos frente a la fuerza Estatal en cualquier tipo de procedimiento,¹⁶ entendido como tal cualquier proceso que implique la potestad sancionatoria del Estado, ya sea de carácter penal, migratorio, fiscal o administrativo.¹⁷
22. Si bien el Poder Judicial de la Federación no ha definido como tal el derecho al *privilegio legal* sí ha establecido en virtud de jurisprudencia que dentro del derecho al debido proceso se incluye una serie de garantías mínimas con las que debe contar

¹⁶ Registro No. 2006590. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON Matices O MODULACIONES. Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación P./J. 43/2014 (10a.); Publicación: Viernes 06 de Junio de 2014 12:30 h

¹⁷ Que son análogos de acuerdo con la jurisprudencia.

cualquier persona independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etc; que imponen una barrera al actuar arbitrario del Estado como lo son:

- (i) el derecho de contar con asistencia de un abogado;
 - (ii) el derecho a la no autoincriminación; y
 - (iii) a contar con la información que les permita dilucidar las causas de las imputaciones por las cuales el Estado busca sancionarlo.¹⁸
23. Cabe hacer notar que la protección consignada en la Constitución a las comunicaciones e información entre clientes y sus abogados en un procedimiento jurisdiccional se hace en el contexto de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Esta situación abriría la posibilidad de considerar a las comunicaciones entre abogados y clientes incluso fuera de juicio también como comunicaciones privadas.
24. Este tratamiento se justificaría, en primer lugar, desde la intención del Constituyente que incluyó a las comunicaciones entre abogado y defendido explícitamente dentro de la protección de comunicaciones privadas.
25. En segundo lugar, se podría justificar otorgarles ese tratamiento también a partir del derecho constitucional a la información de las personas, para hacerse de información que les puede facilitar el cumplimiento con la ley o los puede empoderar para cumplir con ella, como es por lo general el objetivo de las comunicaciones abogados-clientes. No obstante, aún no existen precedentes o regulaciones que consignen de forma indubitable esta interpretación.

III. Conclusiones y reflexiones finales

26. El concepto de privilegio legal entre abogados y clientes ha sido acogido en general por la legislación y normas de países de tradición de derecho común. La legislación mexicana no contempla como tal el concepto, pero el mismo se puede desprender de varios preceptos normativos y criterios judiciales. Así, nuestra legislación contempla una protección desde varias perspectivas: el secreto profesional, la protección a la comunicación entre abogados y detenidos durante un procedimiento penal o dentro de las comunicaciones privadas.
27. Aun cuando en México no existe una disposición específica que regule el privilegio legal como tal, dentro del marco jurídico mexicano existen ordenamientos y disposiciones donde se puede identificar la protección al privilegio legal desde varias perspectivas:

¹⁸ Época: Décima Época; Registro: 2005716; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.); Página: 396

- a. La más clara es aquélla que regula el secreto profesional, aunque es aplicable sólo a los profesionistas respecto de la información que les es confiada por sus clientes.
 - b. Existe, por otro lado, el privilegio legal del imputado o del denunciado dentro de un procedimiento sancionatorio, mismo que se deriva del derecho humano al debido proceso legal.
 - c. Finalmente, otra posibilidad es aquélla que protege las comunicaciones entre un abogado y su cliente fuera de cualquier procedimiento legal como una comunicación privada.
28. No obstante lo anterior, para brindar mayor certidumbre jurídica a los gobernados es necesario que se emitan las regulaciones específicas y adecuadas para proteger las comunicaciones realizadas entre abogados y sus clientes, tanto dentro como fuera de un juicio.
29. El derecho mexicano de la competencia ha evolucionado gradualmente durante los últimos años y ha otorgado facultades cada vez más poderosas de inspección a la autoridad. Ello es compatible con las mejores prácticas internacionales y positivo para el proceso de competencia, pues dada la alta dificultad para obtener evidencia convincente sobre la comisión de prácticas anticompetitivas, las visitas de verificación se erigen como un medio idóneo para reunir evidencia incriminatoria y sancionar violaciones a la ley. Sin embargo, otorgar amplias facultades de investigación a la autoridad forzosamente debe ir acompañado de derechos y garantías para los particulares que eviten posibles arbitrariedades del Estado.
30. La conclusión anterior se torna relevante ante un escenario donde la autoridad de competencia realiza una visita de verificación a un agente económico. En estos casos sería conveniente que las empresas tuvieran nociones de si existe alguna protección a ciertos documentos que pudieran invocar ante las autoridades. Ante tal situación, y dado que nuestro marco jurídico no es explícito al respecto, las empresas se confrontarán con muy diversos cuestionamientos –cuestionamientos tales como si existe información protegida bajo el privilegio legal, la autoridad que, en ese caso, deba revisar y decidir si la información se encuentra efectivamente protegida, si la información debe estar velada para la autoridad investigadora o solo para la autoridad decisora, entre otros. Tales interrogantes aún no tienen una respuesta clara y si bien existen elementos legales que sostienen la existencia del privilegio legal en nuestro país, ante la pasividad legislativa, probablemente será el Poder Judicial el encargado de construir el derecho al privilegio legal o consentir violaciones a los derechos de los agentes económicos.

La relevancia de este tema seguirá existiendo dado que el fin original del concepto de privilegio legal en el derecho común perdura y seguirá vigente: asistir y promover la administración de justicia al facilitar la representación de los clientes por medio de sus abogados, permitiendo a un cliente ser transparente y abierto con su abogado, quien de esta forma podrá defenderlo de mejor manera ante un tribunal de justicia.