

Privilegio cliente-abogado y comunicaciones privadas en el derecho de la competencia en México

Attorney-client privilege and private communications in Mexican competition law

Alejandro Faya Rodríguez

 <https://orcid.org/0009-0009-9085-9989>

Universidad Iberoamericana. México

Correo electrónico: afayardz@gmail.com

Recepción: 13 de agosto de 2024 | **Aceptación:** 8 de noviembre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19451>

Resumen: La figura de privilegio cliente-abogado y el principio de inviolabilidad de comunicaciones privadas han cobrado gran relevancia en los procedimientos de competencia económica y en las estrategias de defensa de los agentes económicos que se oponen al uso de cierto tipo de evidencia. Si bien se trata de derechos reconocidos por la Constitución, es indispensable entender la naturaleza de cada uno de estos, de tal forma que cumplan su función sin interferir indebidamente en la implementación de medidas de interés público. El presente artículo explora al alcance de cada una de estas figuras y ofrece parámetros encaminados a darles vigencia en el contexto aludido.

Palabras clave: privilegio legal; privilegio cliente-abogado; comunicaciones privadas; competencia.

Abstract: Attorney-client privilege and the principle of inviolability of private communications have gained great relevance in economic competition procedures and in the defense strategies of economic agents who oppose the use of certain types of evidence. Although these rights are duly recognized by the Constitution, it is essential to understand the true nature of each of these, so that they fulfill their function without unduly hindering the implementation of public interest measures. This article explores the scope of these rights and offers parameters aimed at giving them validity in the referred context.

Keywords: legal privilege; attorney-client privilege; private communications; competition; antitrust.

Sumario: I. Introducción. II. ¿A quién pertenece el privilegio? III. ¿Abogados internos o externos? IV. Privilegio cliente-abogado en el contexto mexicano ¿mezcla de conceptos? V. Mecanismo COFECE. VI. Las comunicaciones privadas. VII. Conclusión. VIII. Referencias.

I. Introducción

En múltiples jurisdicciones, los conceptos de “privilegio legal”, “privilegio cliente-abogado”—los cuales serán usados de manera intercambiable en este capítulo—y nociones análogas han jugado un rol muy importante tanto en el derecho penal como en áreas del derecho administrativo. Esta figura supone que la autoridad no puede tener acceso o utilizar para fines incriminatorios o sancionatorios las comunicaciones sostenidas entre una persona y su abogado como motivo de su defensa; de lo contrario, cualquier decisión basada en la información obtenida de esta comunicación sería materia de anulación.

En México, hasta fechas recientes como explicaré más adelante, no había desarrollo de esta figura en el campo administrativo, por lo que resulta pertinente revisar la experiencia de las principales jurisdicciones del mundo.

Estados Unidos ha desarrollado esta doctrina bajo la noción de que las personas deben poder confiar en un experto legal que defenderá vigorosamente su posición. Ante la ausencia de confidencialidad, la representación efectiva se vería comprometida, pues los clientes serían prudentes en lo que les dicen a sus abogados y cuándo lo hacen (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, 2018).

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que

[E]l propósito del privilegio cliente abogado es fomentar plena y franca comunicación entre abogados y sus clientes y de esa manera promover objetivos públicos mayores en observancia al derecho y la administración de justicia. El privilegio reconoce que la asesoría legal sana sirve con propósitos públicos y que dicha asesoría depende de que el abogado sea informado plenamente por el cliente (Suprema Corte de los Estados Unidos, 1981).

En términos similares se ha expresado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH):

Mientras en algunos Estados miembros la protección contra la exhibición de comunicaciones entre abogado y cliente está basada principalmente en un reconocimiento de la propia naturaleza de la profesión legal en la medida que contribuye al mantenimiento del Estado de derecho, en otros Estados miembros la misma protección está reconocida por el requerimiento más específico (que, además, también está reconocido en los primeros Estados mencionados) de que los derechos de defensa deben ser respetados. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1982)

La calidad de la asesoría y sus conclusiones —que pueden versar sobre una conducta potencialmente ilícita— dependen de que el abogado tenga los insumos de análisis necesarios y conozca las circunstancias de modo, tiempo y lugar de determinados hechos. Sería difícil pensar que un individuo podría defenderse, de manera adecuada, si existe la posibilidad de que se revele la información que pueda compartir con su abogado.

Esta prerrogativa jurídica también ayuda a cumplir deberes legales, prevenir violaciones y auxiliar a la autoridad. En la materia de competencia, por ejemplo, la asistencia legal puede auxiliar a un agente económico a acogerse al programa de inmunidad, ofrecer compromisos para el cierre anticipado de una investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas, ofrecer remedios cuando una concentración genera riesgos, presentar pruebas o cooperar de buena fe con el objetivo de atenuar una sanción inminente. Además, los programas de cumplimiento (*compliance*) han sido utilizados como medio para prevenir violaciones e internalizar a la competencia como un valor corporativo dentro de una organización. El privilegio legal, bien entendido y aplicado, limita la arbitrariedad, habilita y optimiza los derechos de defensa, fomenta una cultura de la legalidad y fortalece el estado de derecho.

Las sanciones por violaciones a las leyes de competencia pueden tener consecuencias severas y las agencias suelen contar con herramientas —cada vez más sólidas— para recabar evidencia, dentro de las cuales destacan las vi-

sitas de verificación sorpresa o *data raids*. En estas diligencias los funcionarios autorizados tienen acceso a computadoras, aparatos electrónicos, dispositivos de almacenamiento, archiveros, libros, documentos, papeles u otro medio que pueda contener evidencia, y pueden obtener copias, reproducciones o duplicados forenses de información para su posterior análisis. Se trata —junto con el programa de inmunidad— de la facultad más relevante de investigación para las agencias en la actualidad.

En este contexto, es cada vez más aceptado el que una autoridad no pueda utilizar información que recaba en el curso ordinario de una investigación si está protegida por el privilegio legal. Uno de los principios de justicia procesal del *International Competition Network* refiere la necesidad de respetar los privilegios legales aplicables en cada jurisdicción y exhorta a las autoridades a tener políticas sobre el uso de la información protegida bajo esta figura (International Competition Network, 2018). Una encuesta de la OCDE confirma que 34 de 36 países miembros reconocen el concepto y protegen, aunque en distintos grados, la confidencialidad de la información que deriva de la relación entre el cliente y su abogado (OCDE, 2019).

El alcance del privilegio legal varía en cada jurisdicción, dependiendo del sistema jurídico nacional y de los precedentes que a lo largo del tiempo le han dado forma, como en Europa y Estados Unidos. El consenso básico es que el contenido de la comunicación entre un cliente y su abogado está protegido independientemente del formato —físico, digital, oral, audio— en la medida que se relacione con la defensa de un caso en particular. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha señalado que el propósito del privilegio es proteger del descubrimiento en litigios civiles aquellas comunicaciones confidenciales entre un abogado y su cliente relacionadas con un asunto legal para el cual el cliente ha buscado asesoramiento profesional; por lo tanto, normalmente se extiende tanto al contenido de la comunicación del cliente como al consejo del abogado en respuesta a la misma (Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1985).

Como todos los derechos, existen límites y excepciones que jurisdicciones como la europea y la norteamericana han desarrollado mediante criterios doctrinales y jurisprudenciales. El primero de estos límites, consiste en que la comunicación protegida tiene que estar relacionada con el interés del cliente a propósito de alguna defensa. En el régimen antimonopolio de la Unión

Europea la protección cubre todas las comunicaciones con abogados externos escritas e intercambiadas (antes o después) a propósito de un procedimiento administrativo conforme los artículos 101 y 102 del Tratado o que pueda resultar en una sanción (TEDH, 1982). Al respecto, los inspectores no pueden leer el contenido de las comunicaciones respecto de las cuales se alegue el privilegio, pero sí deben realizar un “vistazo suficiente” (*sufficient sight*) con el objeto de considerar que se trata de información privilegiada (Lennart Ritter y David Braun, 2004, pp. 1077-1078). Sobra decir que cualquier asesoría fuera del ámbito jurídico, por ejemplo, la relacionada con aspectos comerciales o de negocio, queda fuera de la protección, aunque haya sido proporcionada por un abogado.

El segundo aspecto se refiere al hecho de que el privilegio legal no cubre la mayoría de las comunicaciones que involucran a terceros ni abarca los hechos y comunicados obtenidos de otras fuentes. Esto significa que un documento creado por o recibido de un tercero y que el cliente comparte con un abogado mientras busca asesoramiento legal no está protegido. En principio, la protección tampoco debería aplicar a las comunicaciones entre abogados (Lennart Ritter y David Braun, 2004, pp. 1077-1078). Del mismo modo, una empresa no puede proteger sus propios documentos simplemente revelándolos a un abogado cuando busca asesoramiento legal. Finalmente, el privilegio cliente-abogado no puede extenderse a la asesoría que coadyuve en la comisión de una actividad ilícita en curso o a futuro, como participar en un cártel (OCDE, 2018), pues eso sería contrario a la lógica elemental de la figura, la cual busca fortalecer el estado de derecho, no quebrantarlo.

Lo que en todo caso quedaría protegido es el documento y la comunicación *per se*, no los hechos subyacentes. Sobre este aspecto, la Suprema Corte de Estados Unidos se ha expresado en el siguiente sentido:

La protección del privilegio se extiende sólo a las comunicaciones y no a los hechos. Un hecho es una cosa y una comunicación concerniente a eso. El hecho es algo completamente diferente. No se puede obligar al cliente a responder la pregunta: ¿Qué le dijo o le escribió al abogado?, pero no puede negarse a revelar ningún hecho relevante de su conocimiento simplemente porque incorporó una declaración de tal hecho en su comunicación a su abogado. (SCOTUS, 1981, pp. 935-396)

Corresponde al cliente demostrar que se actualizan los criterios correspondientes para acceder a la protección pretendida. En Estados Unidos, la empresa debe hacer su solicitud de manera expresa y describir la naturaleza de los documentos y comunicaciones de manera que, sin revelar la información supuestamente protegida, permita a la autoridad analizar la aplicabilidad o no del privilegio (OCDE, 2018). Desde luego, no basta invocar el derecho o marcar los documentos con leyendas de “privilegio legal”. La materia del documento aludido tiene que estar relacionada con la defensa del cliente respecto de algún procedimiento.

En países como México, donde esta doctrina está en fase de desarrollo —lo que ha tomado décadas en otras jurisdicciones—, es importante delimitar fronteras. Si bien es imperativo respetar el debido proceso, también existe un interés público de investigar y castigar de manera eficaz las prácticas anticompetitivas que lesionan el bienestar general. Por ello hay que habilitar el privilegio legal dentro de su marco lógico y evitar reclamaciones frívolas que buscan dilatar y obstaculizar indagatorias. De hecho, es común para las agencias ver cómo las empresas sujetas a investigación han pretendido excluir evidencia de manera genérica bajo reclamos infundados de privilegio legal.

II. ¿A quién pertenece el privilegio?

Contrario a los criterios judiciales mexicanos hasta ahora generados, el consenso alrededor del mundo es que el privilegio cliente-abogado —por estar vinculado al debido proceso— pertenece al cliente, no al abogado. Refiere la OCDE al respecto:

La protección por privilegio es un derecho que pertenece al cliente, no al abogado. En todos los países de la OCDE, los abogados tienen una obligación profesional, sujeta a muy limitadas excepciones, de proteger la confidencialidad de sus comunicaciones con sus clientes. Este deber de secrecía profesional obliga a los abogados a no entregar dichas comunicaciones (a menos que estén legalmente obligados a ello), y evita que la inspección en sus oficinas y la captura de documentos que les pertenezcan. Sin embargo, en las jurisdicciones donde la con-

fidencialidad es sólo reconocida como una responsabilidad del abogado y no como un derecho de los clientes (donde el privilegio no existe), sería imposible en principio proteger la información una vez que ha dejado de estar en posesión del abogado, y pasa al cliente, y donde el cliente no tendría un derecho propio de resistir la entrega. (OCDE, 2018, p. 6)

En este orden de ideas, es crucial distinguir entre el privilegio cliente-abogado y el secreto profesional. El primero es un derecho asociado a la debida defensa y pertenece al cliente. Es el cliente quien se defiende y cuyos intereses están en juego. El abogado, por su parte, tiene la obligación de guardar secreto profesional para que exista confianza entre éste y su cliente.

Conforme a la legislación mexicana, existe:

- Una obligación general de secrecía para los profesionistas, incluyendo a los abogados, respecto a los asuntos que les confien sus clientes (Ley Reglamentaria del Artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México [LRA5C], 26/05/1945, artículo 36).
- Una excepción respecto de la obligación de cooperar con los tribunales civiles, cuando se trate de personas que deban guardar secreto profesional (Código Federal de Procedimientos Civiles [CFPC], 11/07/2024, artículo 90).
- En materia penal, una obligación de los defensores de guardar secreto profesional respecto de sus funciones, así como la inadmisibilidad de cualquier prueba o testimonio que se obtenga en contravención a ello (Código Nacional de Procedimientos Penales, 11/07/2024, artsículos 117, 244, 362).

Esto implica que si la información es recabada del cliente —como suele suceder en una visita de verificación o mediante un requerimiento de información— el abogado no puede alegar el privilegio legal ni interferir en el alcance de la diligencia; correspondería al cliente hacer lo propio en la medida que pueda verse afectado su derecho a una debida y adecuada defensa. De la misma forma, es el cliente —jamás el abogado— quien puede renunciar de manera expresa o tácita a su derecho, consintiendo o proporcionando voluntariamente la información si así conviene a sus intereses (por ejemplo,

en el contexto de un programa de inmunidad, por sus deseos de cooperar con la autoridad, o compartiendo dicha información con terceros, haciendo latente su voluntad de que no fuese confidencial y protegida). Si no fuera así, caeríamos en el absurdo de que el cliente no puede revelar la información porque el abogado no se lo permite por supuestamente ser cotitular de un derecho de privilegio. Por ello, el artículo 362 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que quienes tengan el deber de guardar secreto no podrán negarse a declarar cuando el interesado los libere de ese deber (CNPP, 11/07/2024, artículo 352).

En cambio, bajo el secreto profesional sería el profesionista quien puede oponerse a la entrega de cierta información, ya no con motivo de una defensa necesariamente, sino en virtud de su obligación de guardar secrecía, salvo las excepciones que prevea la ley. Aun así, el alcance de esta figura permanece incompleta en nuestro país, tanto normativa como jurisprudencial y doctrinariamente.

Sobre la operatividad de figuras similares, en Estados Unidos el *work product* consiste en una protección concebida para el abogado, en relación con el material que elabora en anticipación a un litigio, evitando que se conozca su teoría o estrategia (Ruster y Von Massow, 2020), por lo que está relacionada con la privacidad del trabajo y preparación del asunto por el abogado (SCOTUS, 1974). La existencia de esta figura apoya la noción de que en ese país los abogados no pueden beneficiarse del privilegio legal.

A pesar de lo anterior los tribunales mexicanos desarrollaron criterios con motivo de juicios de amparo interpuestos por abogados a título personal, respecto de información recabada de sus clientes (los agentes económicos investigados). Esto resulta cuestionable, pues no sólo se les reconoció interés jurídico para acudir al juicio, sino que la secrecía e inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente fue vista como “un derecho complejo que deriva de la concatenación de tres derechos distintos”; el ejercicio libre de la profesión de abogado, el derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, así como el derecho a la debida defensa. Esta mezcla de figuras distintas y autocontenido generan confusión y distorsiones como detallaré más adelante.

III. ¿Abogados externos o internos?

Una divergencia notable alrededor del mundo es si el privilegio legal se extiende a las comunicaciones entre los clientes y los abogados internos (*in-house*) de las propias empresas, o si sólo cubre las interacciones y comunicaciones con abogados externos o independientes. La experiencia es mixta y sobre-sale la diferencia de enfoques entre Europa —que restringe— y Estados Unidos —que amplía— (Concurrences: Antitrust Publications and Events, 2020). Pero inclusive los países que cubren comunicaciones con abogados internos exigen que éstos tengan cierto nivel de independencia respecto de la compañía empleadora, de tal forma que esté en posición de brindar asesoría objetiva.

En *Akzo Nobel v. Commission*, el Tribunal de Justicia de Justicia de la Unión Europea negó el privilegio sobre comunicaciones escritas sostenidas entre compañías y sus abogados internos (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE], 2010). El Tribunal sostuvo que éste sólo operaba cuando los abogados eran “independientes”, lo que requería la ausencia de una relación laboral entre el abogado y el cliente. Conforme este criterio, un abogado interno no goza del mismo grado de independencia profesional que un abogado externo, pues el primero ocupa una posición que le impide ignorar las estrategias comerciales de su empleador (TJUE, 2010). Destaca la opinión expresada por el Abogado General de la Comisión Europea en el curso de este litigio:

Existe un peligro estructural de que un abogado interno, aun sea el caso de que sea de buen carácter y tenga las mejores intenciones, encuentre un conflicto de interés entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de la compañía.

La susceptibilidad de un abogado interno de tener este conflicto también hace muy difícil para él manifestar una oposición efectiva a cualquier abuso del privilegio. Este abuso podría, por ejemplo, consistir en entregar evidencia e informa-

ción al departamento legal de la empresa, supuestamente para asesoramiento legal, con el único propósito de evitar que las autoridades de competencia tengan acceso a esa evidencia e información. En el peor de los casos, los departamentos de la empresa podrían estar tentados para hacer mal uso de los departamentos legales como un lugar para almacenar documentos ilegales tales como acuerdos colusorios y transcripciones sobre reuniones entre las partes de esos carteles y sus modos de operación (TJUE, 2010).

Este criterio contrasta con la jurisdicción norteamericana, bajo la cual los empleados de una empresa que discuten temas legales con los abogados internos pueden quedar protegidos por el privilegio legal. Lo anterior dependerá del contenido de la comunicación, las funciones del abogado y qué tan cerca o lejos está de la toma de decisiones corporativas o de negocio.

Este tema ha suscitado enorme discusión. Por una parte, el privilegio legal podría operar al margen de si el abogado es externo o no, mientras la asesoría esté vinculada con la debida defensa; podría agregarse que las personas o empresas tienen el derecho de elegir el tipo de consultoría que mejor convenga a sus intereses. Por otra parte, la independencia de los abogados externos nunca se consigue del todo, pues si bien no mantienen una relación laboral con el cliente, sí reciben una contraprestación o pago, lo que los subordina a cierto grado.

En el contexto mexicano, a propósito de la consulta pública sobre el anteproyecto de la Comisión Federal de Competencia Económica [COFECE] sobre los criterios técnicos para el manejo de la información derivada de la asesoría legal que se proporciona a los agentes económicos, algunas opiniones enfatizaron la importancia de proteger las comunicaciones tanto de abogados internos como externos (Cruz Barney, Barra Mexicana, Colegio de Abogados).

No obstante, coincido con el enfoque europeo. Cuando una empresa está implicada en un hecho potencialmente ilícito, esto incluye a toda la unidad de negocio, incluyendo los funcionarios y trabajadores que ahí laboren. En muchos casos, sería difícil trazar la línea y separar documentos relacionados con una legítima defensa respecto de aquellos que forman parte de una estrategia comercial. El enfoque “amplio” puede ampliar el abanico de tácticas dilatorias o de encubrimiento y entorpecer las funciones de investigación

de la autoridad y, por ende, afectar la capacidad de detectar, recabar y analizar evidencia documental sobre la probable realización de conductas ilícitas que imponen daños graves sobre la sociedad.

Los criterios recientes que han surgido en México tomaron como referente a Europa. Esto es prudente considerando que el desarrollo de esta doctrina está en fase incipiente y que no es deseable afectar un sistema que sigue librando batallas para ser efectivo, a causa —entre otros factores— del abuso tanto de litigios como de las garantías jurídicas, las cuales deben aceptar modulaciones legítimas.

IV. Privilegio cliente-abogado en el contexto mexicano ¿mezcla de conceptos?

Durante las negociaciones del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá [TMEC] que reemplazó al Tratado de Libre Comercio de América del Norte [TLCAN], la delegación estadounidense insistió en que se reconociera la figura del privilegio cliente-abogado en el capítulo de Competencia, el cual versa sobre aspectos de justicia procesal y cooperación institucional entre agencias.

Dado que para ese entonces el concepto no estaba reconocido explícitamente en la legislación mexicana y que era parte de juicios que estaban *sub judice*, las delegaciones llegaron al acuerdo de establecer esta figura en los términos que cada ley doméstica lo reconociera. Fue una respuesta flexible y a la vez necesaria, considerando que tanto Estados Unidos como Canadá han desarrollado la doctrina con alcances y matices diferenciados. Tiempo después surgieron los primeros criterios judiciales mexicanos.

Así, el texto del TMEC dispone en lo conducente:

Artículo 21.2: Equidad Procesal en la Aplicación del Ordenamiento Jurídico de Competencia

2. Cada Parte asegurará que sus autoridades nacionales de competencia: [...]
 - c) Concedan a la persona oportunidad razonable para ser representada por un abogado, incluido:

- 1) Permitir, a petición de la persona, la participación del abogado en todas las reuniones o procedimientos entre la autoridad nacional de competencia y la persona. Este sub-subpárrafo no aplica a asuntos que se presenten ante un gran jurado, procedimientos ex parte, o investigaciones llevadas a cabo de conformidad con órdenes judiciales, y
- 2) Reconocer un privilegio, como lo reconoce su ley, si no se renuncia, para las comunicaciones legales confidenciales entre el abogado y la persona si las comunicaciones se refieren a la solicitud o prestación de asesoramiento legal [...]

Aunque el privilegio cliente-abogado no está reconocido expresamente en la legislación, este debe inferirse del artículo 16 constitucional en materia de debido proceso (Tesis: P./J. 47/95 (9a.), 1995), relacionado, a su vez, con el artículo 17 que establece el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y el artículo 20, apartado B, fracción VIII, conforme al cual toda persona inculpada tiene derecho a una “defensa adecuada por abogado”(Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11/07/2024). Toda persona goza de la garantía de ser asistido cuando se le acusa de haber cometido un ilícito la cual, además de formar parte de las garantías de debido proceso, está reconocida instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Barra Mexicana, Colegio de Abogados).

Como expliqué con antelación, es difícil pensar que una persona podría defenderse adecuadamente si está expuesto por lo que pudiera manifestar a su abogado. Las comunicaciones que derivan de la relación cliente-abogado se reducirían o incluso desaparecerían; ello perjudicaría el derecho de acceso a la justicia y debida defensa, desincentivaría la búsqueda de asesoría legal profesional e inhibiría su libre ejercicio.

Por lo tanto, este principio propio del derecho penal es trasladable al derecho administrativo sancionador. Pero su traslado —como sucede con otros principios penales— debe realizarse considerando la naturaleza y finalidad de la función administrativa y estableciendo límites y excepciones que no perturben su ejercicio. Por lo que habría que definir la naturaleza que tienen las comunicaciones entre un sujeto y su abogado como componente del ejercicio legítimo del derecho de defensa y la posibilidad jurídica de que la autoridad pueda utilizarlas como evidencia incriminatoria.

En uno de los primeros precedentes, el asesor legal alegó que, durante una visita practicada por la COFECE, los funcionarios a cargo de la diligencia extrajeron de uno de los equipos de cómputo de su cliente un “reporte de auditoría” que supuestamente contenía comunicaciones protegidas por el privilegio. Contra este acto, interpuso (a título propio) un amparo ante el juez de distrito especializado, quien desechó la demanda al estimar que se trataba de un acto intraprocesal que no admitía amparo en términos del artículo 28 constitucional.

Con motivo del recurso de queja 41/2016, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República concluyó que cuando en un procedimiento de investigación por prácticas anticompetitivas la autoridad sustraiga información o documentación que pudiera considerarse confidencial por derivar de la asesoría entre cliente y abogado, en ejercicio de una adecuada defensa, entonces, podrían impugnarse dichos actos como excepción a la regla del artículo 28 constitucional (CPEUM, 11/07/2024), siempre y cuando se identifique la información específica y el abogado en cuestión no sea copartícipe de un ilícito:

[C]uando en ejercicio de las facultades señaladas una persona resulta afectada por un acto de ejecución irreparable, como podría ocurrir cuando en una visita de verificación por presuntas prácticas anticompetitivas se sustraen documentos correspondientes a las comunicaciones cursadas entre un abogado independiente y su cliente con motivo de su defensa en un procedimiento seguido en forma de juicio por las autoridades de competencia, se estima que se actualiza un supuesto de procedencia de la acción de amparo siempre que de manera inicial el quejoso identifique puntualmente dentro de la universalidad de información incautada la que se ubica en la hipótesis descrita; en la inteligencia de que el privilegio mencionado no opera cuando existan serios indicios que puedan implicar al abogado ya no como defensor, sino como copartícipe de un ilícito [...] (Recurso de queja, 41/2016, pp. 55-57).

Lo anterior, bajo la noción de que cuando un acto pueda tener una ejecución irreparable dejaría de catalogarse como un acto intraprocesal y, por tan-

to, la demanda sería admisible. El Tribunal Colegiado recurrió al criterio ya establecido para las multas de apremio, el cual señala que estas constituyen un acto “terminal” dentro de un procedimiento con ejecución de imposible reparación que afectan derechos sustantivos (Tesis: I.1o.A.E.20 A (10a.), 2016).

El Tribunal realizó una serie de consideraciones adicionales, señalando que los documentos correspondientes a las comunicaciones realizadas entre un abogado y su cliente, con motivo de su defensa, cuentan con la protección constitucional y legal consistente en tenerlos como secreto profesional y, por tanto, confidenciales. Esto, con base en los derechos constitucionales a la intimidad, de defensa e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en términos de los artículos 6o., 14 párrafo segundo, 16 párrafo decimosegundo, y 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política (CPEUM, 1/07/2024). Señaló que tanto el profesionista como el cliente que lo contrata, tienen el derecho de que las comunicaciones generadas en esas condiciones no sean tomadas en cuenta por las autoridades, aunque dicha información haya sido obtenida con motivo del ejercicio de sus funciones de verificación del cumplimiento de las obligaciones de la Ley Federal de Competencia Económica (Ley Federal de Competencia Económica [LFCE], 11/07/2024) (RQ 41/2016).

También, determinó que el beneficio del privilegio legal está sujeto a dos condiciones: 1) el intercambio de información debe conectarse con el derecho de defensa del cliente; y 2) el intercambio debe surgir o emanar de abogados “independientes” o externos, es decir, que no estén vinculados con el cliente por una relación laboral. El Tribunal consideró además el hecho que la COFECE —en aquel momento— no contara con normas, lineamientos o protocolos que permitieran que el contenido de las comunicaciones entre la quejosa y su cliente mantuvieran el carácter de inviolables frente al conocimiento de dicha autoridad (RQ 14/2016).

Una vez que el Tribunal Colegiado revocó el desechamiento, el Juez de Distrito admitió la demanda, pero terminó sobreseyendo el amparo. Ello, al estimar que el quejoso no acreditaba la existencia ni los términos y condiciones bajo los cuales había proporcionado los servicios profesionales; por lo que a su juicio no existía una afectación a sus intereses jurídicos o legítimos.

Después de que el quejoso impugnara esa determinación —Recurso de revisión 88/2017—, el Primer Tribunal Colegiado concedió el amparo al recurrente, determinando que sí existía tal relación y que la secrecía e inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente configuran un “derecho complejo” que deriva de la concatenación de tres derechos distintos, a saber:

- 1) El ejercicio libre de la profesión de abogado.
- 2) El derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.
- 3) El reforzamiento de la secrecía cuando se encuentra relacionada con el derecho a la debida defensa. (AR 88/2017)

Cuadro 1. Triple concatenación de derechos

Libre ejercicio de la profesión	Intimidad e inviolabilidad de comunicaciones privadas	Devida defensa
---------------------------------	---	----------------

<p>La participación activa de un abogado dentro de una investigación o un procedimiento en forma de juicio habilita de diversos derechos en favor de su cliente, en el que aquél le informará sobre los alcances de la investigación y estrategias de defensa.</p>	<p>Las opiniones, comunicaciones y asesoría legal que brinda un abogado a su cliente pueden quedar plasmados en algún medio que permita conocer con integridad el mensaje íntimo y privado de un abogado para su cliente, las que constituyen comunicaciones privadas previstas en términos de lo previsto en los artículos 16 constitucional y 80., numeral 2, inciso d), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.</p>	<p>Inferido del artículo 20, apartado B, fracción VII de la CPEUM.</p>
<p>La secrecía de la información generada por el abogado o asesor, no solo es un deber conforme a la legislación secundaria en materia de secreto profesional, sino también un derecho que le permite ejercer eficazmente su profesión.</p>	<p>La secrecía de la información generada por el abogado externo no sólo es un deber de mantener en secreto la información que han recibido de sus clientes, sino también un derecho.</p>	<p>El derecho a una adecuada defensa es un derecho instrumental cuya finalidad consiste en asegurar al interesado que pueda tener garantizados en su integridad sus derechos.</p> <p>El fin último de la secrecía e inviolabilidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente es la protección de su contenido frente a la acción del Estado, por lo que los actos impugnados son privativos y susceptibles de tutela constitucional.</p>

Fuente: (AR 88/2017)

Para el Tribunal, las normas constitucionales de las que se desprenden los derechos de defensa adecuada, relacionados con la inviolabilidad de las comunicaciones personales y la secrecía de las comunicaciones realizadas dentro de una relación cliente-abogado externo, resultan aplicables a los procedimientos administrativos en los cuales se desplieguen actos de investigación de conductas anticompetitivas. Considerando que el agente económico había identificado información cierta información que presuntamente gozaría de privilegio y secrecía al momento de la visita, sin que la autoridad adoptara medidas de resguardo inmediatas, el Tribunal ordenó eliminar el documento o su copia, no reproducirlo o utilizarlo, e incluso dejar sin efectos todas las actuaciones posteriores en lo que tocaba al agente económico involucrado. De este caso surgieron las primeras tesis sobre el tema. (Tesis: I.1o.A.E.194 A (10a.), 2017 y Tesis: I.1o.A.E.193 A (10a.), 2017).

En asunto diverso, el agente visitado se opuso a la utilización de una serie de documentos —obtenidos en una visita de verificación— que identificó como comunicaciones con su abogado, solicitando que le fueran devueltos. El asesor legal interpuso un amparo reclamando la violación del privilegio de confidencialidad y secreto profesional de las comunicaciones privadas y confidenciales con su cliente.

En el amparo en revisión 124/2015 el Segundo Tribunal Colegiado Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones sostuvo que, tratándose de comunicaciones privadas abogado-cliente, además del derecho general de inviolabilidad de comunicaciones privadas, concurre un régimen de protección reforzada, que obedece a la necesidad de preservar la confianza de las personas en sus abogados y que se traduce, respecto de aquellos, en el derecho a una defensa plena y completa que no sólo comprende las comunicaciones producidas durante el procedimiento o juicio de que se trate, sino también las previas que puedan incidir en los hechos materia de ese procedimiento, y en el deber de los abogados de preservar su confidencialidad y el derecho de oponerse a intromisiones injustificadas. (AR 124/2016)

Por otro lado, el Segundo Tribunal reconoció que, en el contexto de una visita de verificación, no es factible discernir si una determinada comunicación debe ser excluida del procedimiento, sino que correspondería a la autoridad analizar en momento posterior la naturaleza del documento y adoptar las determinaciones que correspondan:

En ese sentido, este tribunal colegiado considera que si durante la realización de una visita domiciliaria la autoridad administrativa descubre comunicaciones privadas que están en poder del visitado, no está en posibilidad de discernir inmediatamente si las mismas deben ser excluidas del procedimiento por ser ajenas al visitado o por estar protegidas por el secreto profesional entre el abogado y el cliente, por lo cual no puede reputarse constitucional que el material así descubierto sea incorporado al acta de visita, ni siquiera en el supuesto de que en el acto del descubrimiento se observen etiquetas o elementos que indiquen que se trata de comunicaciones privadas protegidas por el principio de confidencialidad, pues en todo caso será preciso que la autoridad que ordenó la visita se cerciore de que esas comunicaciones deben reputarse efectivamente confiden-

ciales, para entonces adoptar las determinaciones que garanticen su exclusión del procedimiento de verificación. (AR 124/2015)

[...] Por estas razones, en el caso, no podía exigirse a las autoridades responsables que llevaron a cabo la visita multicitada [...], que ante la posibilidad de encontrarse con comunicaciones privadas- no realizaran la consulta de toda la información encontrada de manera impresa en las oficinas de la UNA, pues ello implicaría una limitación excesiva a la facultad con que cuenta la Comisión Federal de Competencia Económica a fin de contar con los elementos suficientes para emprender y desahogar sus investigaciones. (AR 124/2016)

El Tribunal concluyó que, por la propia dinámica de una visita de verificación, la información obtenida es considerable y resulta imposible conocerla y examinarla de inmediato. Que el hecho que los funcionarios de la Comisión hayan tenido acceso a comunicaciones insertas en un dialogo “abogado-cliente” no hacía ilegal dicha intervención por sí misma. Asimismo, el que no existiera evidencia de que la autoridad hubiera excluido del expediente de investigación el contenido de esas comunicaciones no tenía por demostrada la violación, mientras no se demostrara que la autoridad hubiera realizado cualquier uso o aprovechamiento de ésta en perjuicio de la intimidad de la quejosa o de la confidencialidad que debe imperar en las comunicaciones abogado-cliente.

Cabe señalar que los dos casos anteriores dieron origen a la Contradicción de Tesis 7/2016 suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado y el Segundo Tribunal Colegiado, resuelta en junio de 2017 por el Pleno de Circuito Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. En este asunto se resolvió que la connotación de “acto intraprocesal” en el contexto jurídico utilizado por el legislador se encuentra ligado a dos condiciones: la primera, que se trate de un acto dictado dentro de un procedimiento y, la segunda, que la afectación que cause el acto pueda hacerse valer posteriormente por el agraviado, o sea al reclamar la resolución final (PC. XXXIII.CRT J/12 A (10a.), 2018).

Si bien todos los casos arriba expuestos tuvieron el mérito de reconocer la protección especial que merecen las comunicaciones entre un cliente y su abogado, al hacerlo los Tribunales mezclaron derechos y figuras de naturaleza distinta. Esto genera confusión, pero, sobre todo puede generar dis-

torsiones jurídicas, como otorgar un derecho a quien no lo debería tener o conceder una protección más allá de lo que procede.

El secreto profesional implica tanto un derecho como una obligación de no revelar aquella información que el abogado tenga como consecuencia del ejercicio de sus actividades. Su objetivo es impedir que el abogado revele información confidencial por sí mismo o frente a algún requerimiento de la autoridad sin consentimiento de su representado. El privilegio cliente-abogado, por su parte, habilita los derechos de defensa de un inculpado. Éste opera desde un plano diferente, dicho de otro modo, frente el “cliente” o la persona que se defiende. Bastaría concebirlo como una garantía asociada al debido proceso en términos del artículo 14 constitucional, así como al derecho de representación previsto en el artículo 20, apartado B, fracción VIII de la Constitución Política (CPEUM, 01/08/2024).

Los precedentes anteriores otorgan artificialmente un derecho al abogado respecto de información relacionada con los derechos de defensa de su cliente, lo que va en contra de la práctica internacional y la manera en que esta figura se ha entendido en las jurisdicciones que han desarrollado esta figura. Si bien tanto el defensor como el sujeto que lo contrata tienen el derecho de que las comunicaciones generadas no sean tomadas en cuenta por las autoridades, cada uno tendría que ejercer el derecho que le corresponda conforme su ámbito jurídico: el abogado, a través del secreto profesional, y el cliente, mediante el privilegio legal, considerando las excepciones que procedan.

Finalmente, el principio de inviolabilidad de las comunicaciones privadas y el derecho a la intimidad asociado éste, son diferentes al privilegio cliente-abogado. Su nivel de protección no es absoluto y debe quedar sometido a modulaciones para no perturbar funciones administrativas de interés público, máxime si éstas tienen sustento constitucional.

V. Mecanismo COFECE

El 30 de septiembre de 2019, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las Disposiciones Regulatorias de la COFECE para la calificación de información derivada de la asesoría legal proporcionada a los agentes eco-

nómicos (COFECE, 30/09/2019). Este instrumento establece un procedimiento de “calificación”, con el objeto de excluir aquella información en la que consten comunicaciones entre los solicitantes y sus abogados cuando se acredite que dichas comunicaciones tienen como finalidad la obtención de asesoría legal. Dicha información carecería de valor probatorio y estaría sujeta a medidas de exclusión.

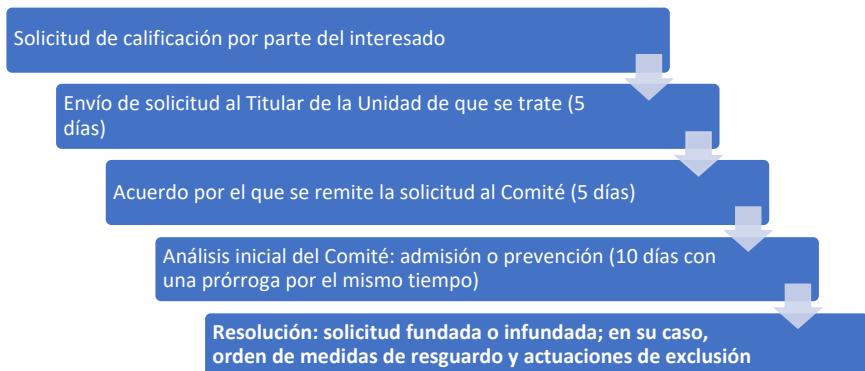
Bajo este instrumento existirían dos maneras de activar el mecanismo. La primera sería a petición de parte, el interesado tendría que presentar una solicitud dirigida a la Dirección General a cargo del procedimiento respectivo y hacer una descripción clara y precisa de la información que, a su juicio, se encuentra dentro de los supuestos de protección, así como describir la asesoría respectiva. La segunda es de oficio; cuando en la tramitación de la investigación un servidor público tenga a la vista información que pudiera estar sujeta a protección, debe informarlo al director general a cargo del procedimiento. Dentro de los cinco días siguientes, el director general hará saber al titular de la información sobre esta circunstancia para que acuda a las instalaciones de la Comisión, tenga a la vista dicha información y realice la solicitud correspondiente (COFECE, 30/09/2019, artículos 4o. y 5o.).

Las solicitudes serán resueltas por un Comité Calificador integrado por tres miembros, designados por el titular de la autoridad investigadora, cuando se trate de procedimientos de investigación; o por el secretario técnico, cuando se trate de procedimientos a cargo de la Secretaría Técnica. Estos miembros no podrán depender jerárquicamente entre sí y no estar subordinados al director general encargado del trámite del procedimiento en que se actúa, de tal forma que puedan actuar y resolver de manera neutral (COFECE, 30/09/2019, artículos 6o. y 9o.).

Una vez ingresada la solicitud, se tomarán las medidas de resguardo y protección de la información a efecto de que ningún funcionario de la Comisión, ajeno al Comité Calificador, pueda tener acceso a dicha información hasta en tanto la solicitud sea resuelta. Entre las medidas de resguardo están el embalaje o empaque de la información, su almacenamiento en un lugar seguro, y resguardo por servidores públicos ajenos a la tramitación de la investigación o procedimiento de que se trate. Ello, hasta en tanto no se resuelva la solicitud, por lo que los funcionarios encargados del expediente no tendrán

acceso a la información señalada por el solicitante (COFECE, 30/09/2019, artículo 7o.).

Cuadro 2. Procedimiento de calificación



Fuente: (COFECE. 30/09/2019).

Cuando el Comité Calificador resuelva fundada la solicitud de calificación: 1) si se tratara de información física, se ordenará su devolución y se pondrá a disposición del solicitante en la Oficialía de Partes de la COFECE, manteniendo en todo momento las medidas de resguardo que correspondan; 2) si se trata de un archivo electrónico obtenido mediante una visita de verificación, se ordenará la exclusión de dicho archivo, lo cual se hará constar en un acta circunstanciada (COFECE, 30/09/2019, artículo 12).

En las visitas de verificación, el visitado o la persona con quien se entienda la diligencia puede solicitar la protección de información por cada archivo o documento obtenido; los servidores públicos autorizados para llevar a cabo la diligencia tomarán las medidas de resguardo y embalaje necesarios. Dentro de los veinte días posteriores a la fecha en que concluya la diligencia —el cual podría ser prorrogado por un período igual en casos justificados— el visitado deberá presentar la solicitud de calificación correspondiente. El visitado tiene derecho a presentar una solicitud en ese mismo plazo, aunque nada hubiese manifestado durante la visita (COFECE, 30/09/2019, artículo 11).

Este mecanismo llenó una laguna en el sistema normativo del proceso de competencia, pues no existían lineamientos o protocolos establecidos respecto del tratamiento que debía darse a la información que pudiera calificar como privilegiada. En cualquier caso, esto no significa que previo a la existencia de dichas reglas la recolección de evidencia protegida y la adopción de medidas de resguardo bajo parámetros de razonabilidad viciaba una diligencia de modo alguno.

VI. Las comunicaciones privadas

Dispone el artículo 16, párrafo decimosegundo de la Constitución, que: 1) las comunicaciones privadas son inviolables; 2) la ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por uno de los particulares que participen en ellas; 3) el juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito, y 4) en ningún caso, se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley (CPEUM, 01/08/2024).

Para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas posee una “autonomía propia” y, en cuanto a su objeto, se configura como una garantía formal. Esto es, las comunicaciones privadas están protegidas “independientemente de su contenido”:

DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD. A pesar de ser una manifestación más de aquellos derechos que preservan al individuo de un ámbito de actuación libre de injerencias de terceros —como sucede con el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o la protección de datos personales—, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas posee una autonomía propia reconocida por la Constitución. En cuanto a su objeto, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones se configura como una garantía formal, esto es, las comunicaciones resultan protegidas con independencia de su contenido. En este sentido, no se necesita en modo alguno analizar el con-

tenido de la comunicación, o de sus circunstancias, para determinar su protección por el derecho fundamental. Este elemento distingue claramente al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de otros derechos fundamentales, como es el de la intimidad. En este último caso, para considerar que se ha consumado su violación, resulta absolutamente necesario acudir al contenido de aquello de lo que se predica su pertenencia al ámbito íntimo o privado. En definitiva, lo que se encuentra prohibido por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo decimosegundo, es la intercepción o el conocimiento antijurídico de una comunicación ajena. La violación de este derecho se consuma en el momento en que se escucha, se graba, se almacena, se lee o se registra —sin el consentimiento de los interlocutores o sin autorización judicial—, una comunicación ajena, con independencia de que, con posterioridad, se difunda el contenido de la conversación interceptada. (Tesis: 1a. CLIII/2011, 2011)

De la lectura de este criterio podría interpretarse que el principio de inviolabilidad es absoluto, pues operaría “independientemente del contenido” de la comunicación (Tesis: 1a. CLXII/2011, 2011). No obstante, es importante destacar que este criterio surge del contexto civil. En efecto, la tesis deriva de un juicio ordinario donde una de las partes demandó a su cónyuge solicitando el divorcio necesario, la custodia definitiva de sus hijos, pensión alimenticia y daños y perjuicios, entre otras cuestiones. Para demostrar la causal de adulterio ofreció como prueba más de 300 correos electrónicos que contenían conversaciones entre su cónyuge y un tercero, así como una fe de hechos notarial que explicaba la manera en que se obtuvieron los mismos (accediendo a la cuenta personal de su cónyuge).¹ Bajo este contexto es entendible que el principio de inviolabilidad protegiera esos correos, aún si constituyeran evidencia para sustentar las acusaciones de infidelidad, pues el cónyuge no tenía derecho para acceder a éstos sin el consentimiento de su cónyuge; se trataba del “conocimiento antijurídico” de una comunicación ajena o de una “prueba ilícita” (Tesis: 1a. CLXII/2011, 2011).

¹ El demandante encendería una computadora ubicada en el domicilio conyugal, accedería a la página web “Windows live hotmail” y, acto seguido, a la cuenta personal de correo electrónico de su esposa, con la finalidad de imprimir los correos electrónicos que contenían conversaciones.

En el contexto administrativo, en cambio, en algunos ámbitos la autoridad debe estar en aptitud de recabar y examinar comunicaciones entre personas que realizan una función económica o comercial sujeta a regulación, ya sea a nombre propio o en representación de una persona moral; aplicar la regla de inviolabilidad en estos casos, cuando el contenido no está relacionado con la vida íntima o privada de las personas involucradas, eludiría las reglas, frustraría funciones de interés público y propiciaría la comisión de conductas ilícitas.

En el amparo directo en revisión 7430/2018, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) requirió a un participante del sistema financiero, entre otras cosas, 1) archivos electrónicos que contenían la copia digital de las grabaciones de las llamadas telefónicas entrantes y salientes realizadas durante cierto periodo por los promotores o apoderados que hubieran celebrado operaciones en representación de la institución de crédito requerida; así como 2) archivos electrónicos que contenían la copia digital de los correos electrónicos y servicios de mensajería instantánea o chats (como Bloomberg, Reuters, Lync y Skype) enviados, recibidos o eliminados por esas mismas personas. Esto, con el objeto de investigar la celebración de posibles operaciones atípicas en el sistema financiero (Amparo directo en revisión [ADR] 7430/2018).

Al respecto la Sala expresó que, si bien no es necesario analizar el contenido de la comunicación o de sus circunstancias para determinar su protección, *lo que protege la prerrogativa es lo estrictamente privado*. Es decir, el contenido sí importa, pues condiciona la caracterización de una comunicación como privada o no y, por tanto, la aplicación misma de la prerrogativa constitucional. De esta forma, la Sala deliberó en los siguientes términos:

[...] cabe agregar lo siguiente *-con motivo del planteamiento que aquí se analiza-*, aunque ciertamente, como ya se dijo, no se necesita analizar el contenido de la comunicación o de sus circunstancias para determinar su protección, es menester dejar claramente puntualizado, que lo que protege la prerrogativa constitucional es lo estrictamente privado.

Se hace hincapié en ella, porque lo que prohíbe el artículo 16 constitucional, es obtener la información relativa a una comunicación, en forma contraria a la ley [...]

La conclusión aludida es relevante para el análisis de los preceptos que aquí se cuestionan, ya que la transgresión al derecho humano de la inviolabilidad de las comunicaciones en materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa, se consuma sólo cuando se obtiene la información de un ámbito exclusivamente privado, sin el consentimiento de los interlocutores [...]

De no ser así, en caso de que únicamente se exigieran datos a los requeridos que pudieran contener meramente información de un ámbito exclusivamente privado y personal, dentro de un alcance extralegal, sin el consentimiento de sus interlocutores, verbigracia, llamadas telefónicas, grabaciones, mensajería, “chats”, etcétera —como pueden ser con familiares, empleados domésticos, médicos, abogados personales—, que no correspondan a lo que propiamente está dentro de las funciones específicas que desempeña la Comisión, ese aspecto desde luego, sería inconstitucional, porque se apartaría de la correcta interpretación que debe dársele a los preceptos debatidos.

[...] Por consiguiente, entre las atribuciones específicas de la CNBV le es necesario y permitido el requerimiento de información consistente en transacciones grabadas o registradas mediante el uso de la tecnología por la naturaleza del tráfico comercial o financiero y porque sus funciones son especializadas y buscan satisfacer el interés público, en un contexto técnico, mediante acciones y disposiciones que permitan las mayores eficiencias de sus facultades —que constituyen un fin constitucionalmente válido de procurar la estabilidad del sector financiero y el correcto funcionamiento de éste—. Entonces, aun cuando esa solicitud pueda constituir una restricción al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, en su vertiente de comunicaciones ya realizadas y registradas en medios tecnológicos, no se requerirá el control judicial previo, en virtud del soporte constitucional de sus atribuciones (ADR 7430/2018).

De lo anterior puede desprenderse lo siguiente:

- La CNBV, y por igualdad o mayoría de razón lo mismo aplicaría para otras autoridades administrativas reguladoras, puede y debe requerir

y analizar información para ejercer su mandato especializado de proteger la estabilidad del sector financiero;

- Esta información puede incluir transacciones grabadas o registradas mediante el uso de la tecnología por la naturaleza del tráfico comercial o financiero;
- Lo anterior, aun cuando esto pueda suponer una restricción a la inviolabilidad de las comunicaciones, en su vertiente de comunicaciones ya realizadas en medios tecnológicos, sin que se requiere control judicial previo; y
- Esta información no puede extenderse al ámbito estrictamente privado, a menos de que se cuente con el consentimiento de los interlocutores involucrados, como lo podrían ser las comunicaciones sostenidas con familiares, empleados domésticos, médicos o abogados personales.

En materia de competencia, la LFCE otorga facultades expresas a la Autoridad Investigadora de la COFECE para conducir investigaciones sobre probables violaciones a la ley, para lo cual podrá: 1) requerir informes y documentos necesarios, 2) citar a declarar a quienes tengan relación con los asuntos y 3) realizar visitas de verificación. Las visitas de verificación sorpresa son una de las herramientas más efectivas para recabar *in situ* elementos de convicción sobre la probable comisión de prácticas monopólicas, lo cual, con frecuencia, implica recabar comunicaciones de diverso tipo. Sobre todo, considerando que los cárteles implican un acuerdo entre agentes económicos que son competidores dentro de un mismo mercado, lo que usualmente sucede a través de intercambios escritos, por medios tradicionales o digitales como el correo electrónico o sistemas de mensajería instantánea.

Esta facultad se inserta dentro de las prácticas internacionales aceptadas; como recomienda la OCDE, las leyes deben establecer “procedimientos e instituciones con suficientes poderes para detectar y remediar cárteles, incluyendo para obtener documentos e información” (OCDE, 1988). La Comisión Europea reconoce que es posible recabar información de equipos privados que se usan con fines profesionales (Comisión Europea, 2002). Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que las visitas de inspección, la autoridad cuenta con la facultad de exigir la presentación de “documentos privados” o “documentos del comerciante”.

De esta manera, el artículo 16 constitucional no puede interpretarse como un impedimento para que la COFECE lleve a cabo su función constitucional, incluyendo la recolección y análisis de evidencia, en la medida que: 1) las comunicaciones sostenidas entre agentes económicos no tengan el carácter de “privadas” y estén relacionadas con la materia de la investigación y 2) se hayan obtenido a través de una diligencia fundada y motivada. Sin que sea necesario obtener una orden judicial previa, pues no existe ese requisito en ley y la visita de verificación no tiene las características del coteo ni implica la “intervención” de comunicaciones. El ejercicio de dicha potestad, en cambio, implica la reproducción, acceso y aseguramiento de información obtenida durante el desarrollo de las visitas, incluyendo comunicaciones de los visitados, aun la generada por medios electrónicos, ópticos u otra tecnología.

A propósito de la investigación IO-002-2015, la COFECE sancionó a dos aerolíneas por la comisión de prácticas monopólicas absolutas; esta práctica quedó demostrada gracias a cadenas de correos electrónicos mediante las cuales las aerolíneas implicadas acordaron fijar tarifas en múltiples rutas, así como llevar a cabo el monitoreo y ejecución del cártel. Estos correos electrónicos recabados por la Autoridad Investigadora en una visita de verificación y valorados por el Pleno de la COFECE para acreditar la práctica fueron el vehículo primario para acreditar la colusión y estaban vinculados con las actividades comerciales de los agentes. A pesar de eso, el juez de distrito que conoció del amparo concluyó que la COFECE estaba impedida para utilizar como evidencia cualquier correo electrónico bajo una interpretación inadecuada del principio de inviolabilidad de comunicaciones privadas; la prohibición incluía todos los correos electrónicos institucionales y personales que fueron utilizados para llevar a cabo la colusión por cuenta y orden de las empresas sancionadas (fijación de precios o asignación de rutas). Al momento de escribir este capítulo el recurso había sido atraído por la Segunda Sala de la SCJN.

Las comunicaciones realizadas en el curso de actividades comerciales de las empresas o personas sujetas a la supervisión estatal no pueden ser consideradas comunicaciones privadas en términos del artículo 16 constitucional, pues no inciden en lo íntimo o privado; mucho menos cuando estas comunicaciones se han utilizado como el vehículo para ejecutar y monitorear una práctica prohibida. Es además cuestionable que los agentes económicos,

actuando en tal carácter, sean titulares del derecho de privacidad en el sentido del artículo 16 constitucional, el cual busca proteger a una persona física desde el ámbito civil; esto no quiere decir que sus comunicaciones carezcan de protección, pues podrán tener el carácter de confidencial o secreto industrial conforme la ley de la materia.

En cualquier caso, como casi todos los derechos, el principio de inviolabilidad de comunicaciones privadas no es absoluto (ADR 502/2017). Debe apartarse de la lógica civil y aceptar modulaciones propias del contexto administrativo, a fin de no desplazar funciones de interés público con respaldo constitucional; había que resaltar que el derecho a la libre concurrencia y competencia que opera en beneficio de la sociedad es un bien jurídico tutelado conforme el artículo 28 constitucional, precepto que también, de manera explícita, las facultades de la COFECE que sean necesarias para cumplir con su objeto (CPEUM, 01/08/2024, artículo 28).

Aún y si la recolección de comunicaciones entre agentes económicos en una visita de verificación, y su posterior utilización como evidencia para acreditar una conducta ilícita, fuese considerada una restricción al derecho de inviolabilidad de comunicaciones privadas, ésta es legítima al superar un *test* de proporcionalidad, al perseguir una finalidad constitucionalmente válida, y ser una medida idónea, necesaria y proporcional en estricto sentido.

Cuadro 3. Test de proporcionalidad

Fin legítimo	El artículo 28 constitucional establece que la COFECE es el organismo constitucional autónomo encargado de proteger y promover el proceso de libre concurrencia y competencia en los mercados, y que contará con todas “las facultades necesarias para cumplir su objeto (CPEUM, 01/08/2024, artículo 28). Prevé que la ley castigará “con severidad” prácticas lesivas a la competencia. La recolección y análisis de evidencia, incluyendo comunicaciones entre agentes económicos, tiene como finalidad detectar y sanciones prácticas indebidas (CPEUM, 01/08/2024, artículo 28).
--------------	---

Idoneidad	<p>La recolección y análisis de evidencia, particularmente las comunicaciones entre agentes económicos, es indispensable para probar, bajo los principios del debido proceso y presunción de inocencia, que uno o varios agentes económicos han violado las leyes de competencia. La COFECE asume la carga probatoria para iniciar una investigación, formular una acusación presuntiva y, en su caso, sancionar una conducta. Considerando el avance tecnológico, los medios digitales de intercambio cobran especial relevancia, como los correos electrónicos, las plataformas y mensajería instantánea.</p>
Necesidad	<p>La medida es necesaria porque no existen otros medios igualmente idóneos para alcanzar el fin, sobre todo porque los infractores tienden a ocultar las prácticas monopólicas; por lo que la propia SCJN ha señalado que es válido que la Comisión se allegue de cuantos elementos probatorios directos o indirectos sean necesarios, dentro del marco jurídico, para cumplir con el estándar probatorio exigible (Tesis: 2a./J. 101/2015, 2015; Tesis: 2a./J. 96/2015, 2015 y Tesis: 2a./J. 95/2015, 2015).</p>
Proporcionalidad en estricto sentido	<p>Las ganancias de la medida suponen un mucho mayor beneficio que la posible lesión a la esfera de los particulares. Por una parte, la recolección y análisis de comunicaciones de esta naturaleza permiten castigar (y con ello prevenir) prácticas sumamente lesivas para sociedad. Por el otro, no existe afectación a los particulares respecto de los cuales se obtenga evidencia (salvo meros actos de molestia) a menos que éstos hayan violado la ley.</p>

Fuente: elaboración propia

VII. Conclusión

El privilegio cliente-abogado surgió de manera natural —y algo tardía— en el contexto del derecho de la competencia, lo que es entendible, pues se trata de una regla probatoria que, de un modo u otro, y con alcances distintos, utilizan la mayoría de las agencias en el mundo. Esta prerrogativa debe inferirse de la Constitución y es aplicable tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo. Implica que la autoridad no pueda utilizar en procedimientos incriminadores o sancionatorios cualquier comunicación que haya

surgido entre una persona y su abogado con motivo de una defensa o asesoría, o cuya materia tenga que ver con el procedimiento en cuestión.

Pero su delimitación no es fácil; a otras jurisdicciones les ha tomado tiempo generar criterios a través de la experiencia. Es necesario fijar parámetros y precisar su naturaleza, no como un derecho híbrido y multidimensional —donde de manera difusa han entrado en juego conceptos como el secreto profesional, las comunicaciones privadas, el libre ejercicio profesional y hasta el honor del abogado—, sino como una regla o derecho único y distingurable, asociado a la debida defensa, que pertenece exclusivamente al cliente. De esta manera puede lograrse un balance, de tal forma que se protejan los derechos de defensa y a la vez no se erosione la eficacia de procedimientos de derecho público. Para ello es fundamental tener claro los siguientes parámetros:

- a) La comunicación protegida tiene que estar relacionada con el interés del cliente a propósito de una defensa; por ello el consenso internacional es que el privilegio cliente-abogado —por estar vinculado al debido proceso— pertenece al cliente, no al abogado, lo que resulta contrario a lo resuelto por los tribunales especializados mexicanos.
- b) El privilegio legal no debería cubrir comunicaciones que involucran a terceros ni abarcar los hechos comunicados y obtenidos de otras fuentes.
- c) No podría invocarse la protección respecto de documentos simplemente revelándolos a un abogado en el curso del asesoramiento legal y, desde luego, no bastaría con invocar el derecho o sólo marcar los documentos con leyendas de “privilegio legal”.
- d) El privilegio no podría extenderse a la asesoría que coadyuve en la comisión de una conducta ilícita en curso o a futuro, pues eso sería contrario a la lógica elemental de la figura que es fortalecer el Estado de Derecho, no quebrantarlo.
- e) Lo que en todo caso quedaría protegido es el documento y la comunicación *per se*, no los hechos subyacentes.
- f) Corresponde demostrar al cliente que se actualizan los criterios correspondientes para acceder a la protección pretendida; lo razonable es que el interesado haga su solicitud de manera expresa y describa la naturaleza de los documentos y comunicaciones de forma tal que, sin revelar

- la información supuestamente protegida, permita a la autoridad analizar la procedencia de su solicitud.
- g) El privilegio legal debe operar respecto de comunicaciones entre los clientes y con abogados externos, pues es difícil considerar a un abogado interno como independiente de la entidad que asesora por tener un vínculo laboral con esta.

Por su parte, el artículo 16 constitucional protege las comunicaciones en lo que atañe a la vida, privacidad o intimidad de las personas, sin que esa protección pueda extenderse a las actividades comerciales, financieras, económicas o de otro tipo que están sujetas a la vigilancia del Estado. En materia de competencia es fundamental dotar de plena vigencia al artículo 28 constitucional, de tal manera que la autoridad puede investigar con eficacia y castigar con severidad las prácticas anticompetitivas que lesionan el interés general. Esto implica, en lo más elemental, recabar y analizar elementos de convicción, incluyendo todas aquellas comunicaciones (tradicionales, digitales o de otro tipo) a través de las cuales los agentes económicos materializan prácticas anticompetitivas prohibidas por la ley. Estas comunicaciones no son “privadas” y por tanto los implicados no podrían escudarse en la prerrogativa a que se refiere el artículo 16 constitucional.

VIII. Referencias

- Acción de inconstitucionalidad 33/2006. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 10/05/2007. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/ejRZ3ngB_UqKst8ogyHj/*%20AND%20numExpediente:33/2006
- Amparo directo en revisión 502/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 22/11/2017. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/Zidx3XgB_UqKst8oUHCu/*%20AND%20numExpediente:502/2017
- Amparo directo en revisión 7430/2018. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México. 02/10/2019. <https://>

[bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/zIZZ3XgB_UqKst8omD4s/*%20
AND%20numExpediente:7430/2018](http://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/zIZZ3XgB_UqKst8omD4s/*%20AND%20numExpediente:7430/2018)

Amparo en revisión 88/2017. Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Ciudad de México. 24/08/2017. https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=13050000210871080006006.doc&sec=Anibal_Jes%C3%BAAs_Garc%C3%A1C3%ADa_Cotonieto&svp=1

Amparo en revisión 88/2017. Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Ciudad de México. 28/01/2016. https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=13050000178420710009007.doc&sec=Jos%C3%A9A9_Arturo_Gonz%C3%A1lez_Vite&svp=1

Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C. *Observaciones generales al Anteproyecto de los criterios técnicos de la Comisión Federal de Competencia Económica para el manejo de la información derivada de la asesoría legal que se proporcione a los agentes económicos.* <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/03/Opi-nion-de-Barra-Mexicana-Colegio-de-Abogados-A.C..pdf>

C-550/07, Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals vs. Commission. (2010) Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 14 catorce de diciembre. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-550/07>

Case 155/79, AM & S Europe Ltd. vs. Comm'n of the European Communities. (1982) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de dieciocho de marzo. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=155/79&tde=ALL>

Código Federal de Procedimientos Civiles. 11/07/2024. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFPC.pdf>

Código Nacional de Procedimientos Penales. 11/07/2024. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>

Comisión Europea, Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. Artículo 20. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj/spa>

Comisión Federal de Competencia Económica. Disposiciones Regulatorias de la Comisión Federal de Competencia Económica para la Califica-

ción de Información Derivada de la Asesoría Legal Proporcionada a los Agentes Económicos. 30/09/2019. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/05/DisRegCOFECE-CIDAL.pdf>

Concurrences: Antitrust publications and events. Legal privilege and antitrust in the EU and the US: What's new under the sky? 27/11/2020. <https://www.concurrences.com/en/events/legal-privilege-and-antitrust-in-the-eu-and-the-us-what-s-new-under-the-sky>

Contradicción de tesis 7/2016. Pleno de Circuito de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Ciudad de México. 26/11/2017.

Cruz Barney, Oscar. *Comentarios al Anteproyecto de los criterios técnicos de la Comisión Federal de Competencia Económica para el manejo de la información derivada de la asesoría legal que se proporcione a los agentes económicos, un comentario enfatizó la importancia de distinguir la información protegida por el secreto profesional*. Universidad Nacional Autónoma de México. [Opinion-Oscar-Cruz-Barney.pdf](#)

Departamento de Justicia de los Estados Unidos, (1985). *FoIA Update: OIP Guidance: The Attorney-Client Privilege*. <https://www.justice.gov/oip/blog/foia-update-oip-guidance-attorney-client-privilege>

Hickman, administrator vs. Taylor et al. (1947). Suprema Corte de Estados Unidos. Sentencia de 13 de enero. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep329/usrep329495/usrep329495.pdf>

Internacional Competition Network (2018) *ICN Guiding Principles for Procedural Fairness in Competition Agency Enforcement*. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_GuidingPrinciples_ProFairness.pdf

Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México. 26/05/1945. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/208_190118.pdf

Murphy vs. Tennessee Valley Authority (1983). Suprema Corte de Estados Unidos. Sentencia de 29 de septiembre. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/571/502/1493755/>

Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico, (1988) *Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0294>

Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (2018) *Treatment of legally privileged information in competition proceedings-Note by the United States.* <https://www.justice.gov/atr/page/file/1312766/dl?inline>

Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (2019) *Treatment of legally privileged information in competition proceedings-Background Paper by the Secretariat.* [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)5/en/pdf)

Recurso de queja 41/2016. Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Ciudad de México. 10/11/2016. https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=13040000192306220004004.docx&sec=Carlos_Luis_Guill%C3%A9n_Nu%C3%B1o%C3%A9s&svp=1

Riter, L. y Braun, D. (2004). Chapter X: Enforcement and procedure. en *European Competition Law: a practitioners guide* (3ed.) La Haya: Kluwer Law International

Ruster, A. y Von Massow, S. (2020). Disclosure in European Competition Litigation through the Lens of US Discovery. *World Competition Law and Economics Review*, 43(3), 347-372. DOI:10.54648/WOCO2020018

Tesis: 1a. CLIII/2011 (2011). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/161334>

Tesis: 1a. CLXII/2011 (2011). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/161221>

Tesis: 2a. LXI/2003 (2003). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/184245>

Tesis: 2a./J. 101/2015 (2015). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009659>

Tesis: 2a./J. 95/2015 (2015). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009658>

Tesis: 2a./J. 96/2015 (2015). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009653>

Tesis: I.1o.A.E.193 A (10a.) (2017). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* Décima Época. <https://sjf2.scjn.pjf.gob.mx/detalle/tesis/2013561>

Tesis: I.1o.A.E.194 A (10a.) (2017). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* Décima Época. <https://sjf2.scjn.pjf.gob.mx/detalle/tesis/2013587>

- Tesis: I.lo.A.E.20 A (10a.) (2016). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.pjf.gob.mx/detalle/tesis/2011359>
- Tesis: P/J. 47/95 (9a.) (1995). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.pjf.gob.mx/detalle/tesis/200234>
- Tesis: PC.XXXIII.CRT J/12 A (10a.) (2018). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016180>
- Tron Petit, J. C. *El privilegio cliente-abogado ante las investigaciones en materia de competencia económica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <https://www.juridicas.unam.mx/videoteca/evento/1742-el-privilegio-cliente-abogado-ante-las-investigaciones-en-materia-de-competencia-economica/2018-05-30/9251-mesa-1-alcance-del-privilegio-de-confidencialidad-en-las-comunicaciones-cliente-abogado-frente-a-las-facultades-de-la-comision-en-la-persecucion-de-practicas-monopolicas#!>
- Upjohn Co. vs. United States* (1981). Suprema Corte de Estados Unidos. Sentencia de 13 de enero. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep449/usrep449383/usrep449383.pdf>
- Wils, Wouter P. J. (2018). *Legal Professional Privilege in EU Antitrust Enforcement: Law, Policy & Procedure*. DOI:10.54648/WOCO2019003

Cómo citar

IIJ-UNAM

Faya Rodríguez, Alejandro, “Privilegio cliente-abogado y comunicaciones privadas en el derecho de la competencia en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 117-151. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19451>

APA

Faya Rodríguez, A. (2024). Privilegio cliente-abogado y comunicaciones privadas en el derecho de la competencia en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 117-151. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19451>