



Número de OP: 132746

BMA

Una promoción de registros en:

☒ original ☐ copia simple

3 Testimonio: ☒ SI ☐ NO en:

☐ original ☒ copia simple ☒ copia certificada

1 Anexos: ☒ SI ☐ NO en:

☒ original ☐ copia simple ☐ copia certificada

Otros: _____



Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica ("Cofece")

Av. Santa Fe 505, piso 14
Col. Cruz Manca Santa Fe
C.P. 05349, México, D.F.
consulta-publicads@cofece.mx

Asunto: Se formulan comentarios al Anteproyecto de Reforma a las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica en materia de protección al secreto profesional.

Estimados Comisionados del Pleno de Cofece:

Los signatarios de esta carta somos Presidentes de los Colegios de Abogados más representativos de la República Mexicana: (i) Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., (ii) Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, A.C.; y (iii) Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C.

Acreditamos nuestra personalidad con las copias de los instrumentos públicos números que se adjuntan como Anexos 1, 2 y 3, respectivamente. Para efectos de cualquier comunicación que quieran tener con los suscritos proporcionamos nuestros correos electrónicos; (i) Jose.mario@bdlg.mx; (ii) alfonso@perezcuellar.com.mx; y (iii) aguati@grss.com.mx.

A. Consulta Pública

Con tal personalidad, y atendiendo al tema materia de la consulta pública respectiva, en representación de nuestros colegios de abogados, y con fundamento en los artículos (i) 8, 16, 17 y 28 párrafo Décimo Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (ii) 2590 del Código Civil Federal, (iii) 362 del Código Nacional de Procedimientos Penales, (iv) 36 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º. Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, (v) 2590 del Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), y (vi) 12, fracción XXII, y 138 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), oportunamente desahogamos la consulta pública respecto del "Anteproyecto de Acuerdo por el que se reforman, adicionan y derogan diversos numerales de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de noviembre de dos mil catorce, cuya última modificación se publicó en el Diario Oficial de la Federación el cinco de febrero de dos mil dieciséis" (Anteproyecto), publicado en el sitio de Internet de esa Comisión Federal de Competencia Económica¹ (Cofece), en materia de protección al secreto profesional.

¹ Disponible para consulta pública del 19 de octubre al 7 de noviembre de 2017 en la página:
<https://www.cofece.mx/cofece/index.php/consulta-publica>



Noviembre 7, 2017

Nuestro comentario se centra exclusivamente en el artículo 103 Bis del Anteproyecto, considerando que atenta contra el Secreto Profesional y lo vulnera en su calidad de derecho humano, derecho constitucional, principio general del derecho y de orden público.

I. Artículo 103 Bis del Anteproyecto

1. El Anteproyecto busca adicionar a la Sección Sexta "De los medios de prueba y medios de convicción", del Capítulo IV "De los procedimientos", de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE, el artículo 103 Bis, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 103 BIS. *La resolución que se emita en términos de la fracción VI del artículo 83 de la Ley no considerará las comunicaciones entre un agente económico y su abogado, con excepción de los siguientes casos:*

- I. Que el agente económico la hubiera proporcionado;*
- II. Que el agente económico renuncie expresamente a dicho privilegio;*
- III. Que dichas comunicaciones sugieran o impliquen violaciones a la Ley o la normativa aplicable en materia de procedimiento; o*
- IV. Cuando dichas comunicaciones sean inherentes al ejercicio del derecho de defensa del cliente.*

Lo anterior, siempre y cuando dichas comunicaciones se hubieren realizado por abogados independientes o que no estén vinculados con el cliente por una relación laboral, así como las comunicaciones realizadas entre miembros de un mismo agente económico o grupo de interés económico, cuyo único fin sea informar sobre la asesoría jurídica mantenida con abogados independientes para esos efectos."

II. Regulación del secreto profesional en México

2. El secreto profesional es piedra angular del ejercicio de la abogacía y principio fundamental de nuestro sistema de justicia. La regulación jurídica en nuestro país de este principio fundamental es lacónica pero rotunda. No admite excepciones, y cuando las hay éstas son escuetas, previstas en ley. Un aspecto toral del secreto profesional es la inviolabilidad de las comunicaciones que el abogado mantiene con su cliente, como se expone a continuación.

3. El secreto profesional tiene diversos aspectos (i) como un deber que obliga al abogado a mantener el secreto y la confidencialidad de toda la información recibida y generada en la relación con el cliente,



Noviembre 7, 2017

prohibiendo su revelación y uso; (ii) como un derecho frente al poder público a efecto de que el abogado no sea obligado a declarar sobre lo conocido por su actuación profesional; y (iii) como un derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones abogado-cliente y la confidencialidad de la información intercambiada, impidiendo que las mismas sean aseguradas, y admisibles como fuente de información o medio de prueba.²

4. En México, la violación al secreto profesional genera una sanción no solamente del orden penal y/o civil en su caso sino también disciplinaria por parte de los colegios profesionales en caso de que el abogado esté colegiado, en el entendido que no existe la colegiación obligatoria.

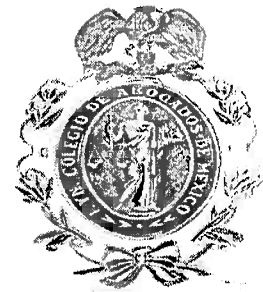
5. El artículo 36 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitución relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), establece que el profesionista está obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas. Nótese que se refiere a informes que en su caso habrá de preparar el abogado y de ninguna manera a las comunicaciones abogado-cliente. Asimismo, establece un principio de legalidad en la jerarquía normativa que pudiera establecer esta excepción.

6. De acuerdo con el artículo 2590 del Código Civil el abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que le perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios.

7. Por su parte, el artículo 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la LFCE de acuerdo con su artículo 121, establece las personas que deben guardar el secreto profesional en los casos que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados, y su exención de la obligación de prestar auxilio a los tribunales en las averiguaciones de la verdad, y exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos.

8. El artículo 117, fracción, XIV del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) establece como obligación del defensor para guardar el secreto profesional en el desempeño de sus funciones. De acuerdo con el artículo 125 del CNPP, el imputado que se encuentre detenido por cualquier circunstancia, antes de rendir declaración tendrá derecho a entrevistarse oportunamente y en forma privada con su Defensor, cuando así lo solicite, en el lugar que para tal efecto se designe. La autoridad del conocimiento tiene la obligación de implementar todo lo necesario para el libre ejercicio de este derecho.

² Véanse artículos 36 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º. Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), 2590 del Código Civil Federal, 362 del Código Nacional de Procedimientos Penales y 2590 del Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México)



Noviembre 7, 2017

9. El artículo 362 del CNPP establece que es inadmisile el testimonio de los abogados que respecto del objeto de su declaración tengan el deber de guardar secreto con motivo del conocimiento que tengan de los hechos en razón de su profesión, en el entendido que no podrán negar su testimonio cuando sean liberados por el interesado del deber de guardar secreto³. Así como en caso ser citados, deberán comparecer y explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar secreto y de abstenerse de declarar.

10. En este mismo sentido, el artículo 244 del CNPP establece que las **comunicaciones** y cualquier otra información que se genere o intercambie entre el imputado y las personas que no están obligadas a declarar como testigos, entre otras, por **secreto profesional** no están sujetas al aseguramiento, y en todo caso, serán inadmisibles como fuente de información o medio de prueba. En este contexto, el principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente juega en favor de la preservación del secreto profesional.⁴

11. De lo expuesto, es claro que el secreto profesional se encuentra salvaguardado y está por encima de las reglas y medios ordinarios al alcance de las autoridades para allegarse de información en la investigación y enjuiciamiento de los delitos del orden penal.

III. Protección constitucional y convencional de las comunicaciones abogado-cliente.

12. En el sistema jurídico mexicano, por regla general las comunicaciones privadas abogado-cliente son inviolables. La defensa adecuada comprende una prohibición para el poder público consistente no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, dar oportunidad de nombrar un defensor y reunirse con el de manera previa y privada, y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que le corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público. La protección del secreto profesional es un principio fundamental de justicia. En toda sociedad democrática, el secreto profesional es la piedra angular del derecho de defensa y de toda justicia, tiene su sustento en el interés social y en el orden público. Una expresión muy importante del secreto profesional consiste en las comunicaciones que el cliente sostiene con su abogado.

13. Los artículos 1, 5, 6, 14, 16 20 y 133 de la Constitución, así como los artículos 8, 11 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, y el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, reconocen el derecho fundamental de toda persona a la inviolabilidad de sus

³ Las personas que por razón de su oficio o profesión deben guardar secreto son ministros religiosos, abogados, visitantes de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, así como funcionarios públicos sobre información que nos es susceptible de divulgación según las leyes de la materia.

⁴ En este sentido, el principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilegítimamente juega en favor de la preservación del secreto profesional. Se sostiene acertadamente que "... las autoridades no deben violar derechos fundamentales en el curso de una investigación, y, si lo hacen, dicha violación debe ser "neutralizada" dentro del proceso, con independencia de la responsabilidad concreta a la que pueden hacerse acreedores los agentes responsables de la misma".



Noviembre 7, 2017

comunicaciones privadas y confidenciales entre abogado-cliente, que tengan por objeto obtener asesoría legal, las cuales se encuentran protegidas por la extensión del privilegio correspondiente al secreto profesional.

14. Dicha protección resulta indispensable en un Estado Democrático de Derecho para garantizar a los gobernados el ejercicio de sus derechos humanos a una debida y oportuna defensa, así como sus derechos de libertad, propiedad e intimidad.

15. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el Caso Tristán Donoso Vs. Panamá⁵, reconoció expresamente el derecho fundamental de toda persona a la inviolabilidad de sus comunicaciones privadas y confidenciales entre abogado y cliente, al considerar que deben contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional inherente a la prestación de servicios legales. Dicho criterio resulta vinculante en términos de la resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)⁶ al resolver la contradicción de tesis 293/2011.

16. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga al Estado Mexicano a proteger diversos derechos relacionados con el efectivo ejercicio del derecho de defensa, entre ellos los contenidos en el artículo 8, inciso g) "derecho a no ser obligado contra 'si mismo ni a declarase culpable". Pretender que se renuncie al derecho humano y privilegio del secreto profesional en la relación abogado-cliente y se permita el conocimiento de las comunicaciones esenciales para la defensa viola seriamente el derecho de defensa y la posición internacional de México en la materia.

17. La protección a las comunicaciones privadas entre abogado y cliente, no se limita a la prestación de servicios legales en materia penal, sino que resulta aplicable a cualquier materia jurídica, y específicamente resulta aplicable al derecho administrativo sancionador de competencia económica⁷. Tal circunstancia fue reconocida expresamente por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, al resolver la Queja 41/2016.⁸

⁵ Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, Párrafo 75. Panamá | 2009 "5. La Corte considera que la conversación telefónica entre el señor Adel Zayed y el señor Tristán Donoso era de carácter privado y ninguna de las dos personas consintió que fuera conocida por terceros. Más aún, dicha conversación, al ser realizada entre la presunta víctima y uno de sus clientes^[68] debería, incluso, contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional."

⁶ JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Pág. 204. P./J. 21/2014 (10a.). Registro No. 2 006 225

⁷ DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Agosto de 2006; Pág. 1565. P./J. 99/2006. Registro No. 174 488

⁸ SECRECÍA DE LAS COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE. ES APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. 10ª Época; Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones; Gaceta S.J.F.; Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV; Pág. 272. I.10.A.E.194 A (10a.) Registro No. 2013587



Noviembre 7, 2017

18. En dicha resolución se reconoce que la confidencialidad de las comunicaciones entre defensor y defendido es una condición necesaria para que el secreto profesional pueda producirse, dado que el defensor requiere de toda la información necesaria y, el defendido, de la confianza de no quedar expuesto por proporcionarla.

19. En este sentido, la inviolabilidad y confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, se protege tanto la información proporcionada por el abogado a su cliente, como la información que el cliente proporcione a su abogado.

20. El derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas abogado-cliente, protege todas las formas existentes de comunicación, incluyendo aquellas que son fruto de la evolución tecnológica, así como los soportes materiales en los que dichas comunicaciones se almacenan.⁹ No se limita a aquellas realizadas de manera oral (ya sea presencial o a través de medios de telecomunicación), sino que abarca también cualquier medio de comunicación escrita (ya sea físico o virtual), como lo son, entre otros, las opiniones legales, los memorándums, los reportes de auditorías, los correos electrónicos, etc.

21. Conforme a lo establecido en los párrafos 12, 13 y 15 del artículo 16 de la Constitución, la única excepción o vía legítima para que una comunicación abogado-cliente obre en un expediente o dentro de un procedimiento del derecho administrativo de competencia económica -y en su caso tenga valor probatorio-, es su aportación totalmente libre, voluntaria y espontánea por el cliente destinatario del servicio legal prestado.

⁹ DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A TELÉFONOS O APARATOS DE COMUNICACIÓN ABANDONADOS O RESPECTO DE LOS CUALES NO SE TENGA CONOCIMIENTO DE QUIÉN ES SU TITULAR, POR LO QUE PARA ACCEDER A SU INFORMACIÓN DEBE SOLICITARSE LA AUTORIZACIÓN DE UN JUZGADOR FEDERAL. 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 21, Agosto de 2015; Tomo I; Pág. 465. 1a. CCLIII/2015 (10a.). Registro No. 2 009 820

DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SE IMPONE SÓLO FRENTE A TERCEROS AJENOS A LA COMUNICACIÓN. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013; Tomo 1; Pág. 357. 1a./J. 5/2013 (9a.). Registro No. 159 859

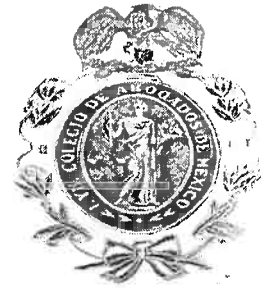
DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A LOS DATOS ALMACENADOS EN EL TELÉFONO MÓVIL ASEGURADO A UNA PERSONA DETENIDA Y SUJETA A INVESTIGACIÓN POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013; Tomo 1; Pág. 431. 1a./J. 115/2012 (10a.). Registro No. 2 002 741

COMUNICACIÓN PRIVADA. NO SE TRANSGREDE EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LA MISMA, CUANDO EL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA MORAL, QUE ES INTERLOCUTOR EN ELLA, ACCEDE A REVELAR SU CONTENIDO. 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012; Tomo 1; Pág. 497. 1a. CCXII/2012 (10a.). Registro No. 2 001 599

DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. IRRELEVANCIA DE LA PROPIEDAD DE LA COMPUTADORA PARA EFECTOS DE CONSIDERAR INTERCEPTADO UN CORREO ELECTRÓNICO. 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 217. 1a. CLX/2011. Registro No. 161 341

DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. MEDIOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE REALIZA LA COMUNICACIÓN OBJETO DE PROTECCIÓN. 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 217. 1a. CLVIII/2011 Registro No. 161 340

DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. PARA DETERMINAR SU VIOLACIÓN SE REQUIERE LA INTENCIÓN DEL TERCERO AJENO A LA COMUNICACIÓN. 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 219. 1a. CLVII/2011. Registro No. 161 338



Noviembre 7, 2017

22. A nivel internacional, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*¹⁰ establece en su Artículo 41 el *Derecho a una buena administración*, que incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Esta disposición se considera una evolución positiva dentro de la regulación del procedimiento administrativo, no caracterizado por su publicidad.¹¹

IV. El artículo 103 Bis del Anteproyecto contraviene el derecho de defensa, y los principios de progresividad y legalidad, además de exceder las facultades regulatorias de la Cofece.

23. El artículo 103 Bis del Anteproyecto incorpora en sus fracciones I a IV, así como en su segundo párrafo, excepciones al derecho fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones abogado-cliente, que no se encuentran previstas en la Constitución, ni en la LFCE.

24. Desproteger el privilegio del secreto profesional y se permita el conocimiento de las comunicaciones esenciales para la defensa viola seriamente el derecho de defensa.

25. Asimismo, tal circunstancia viola el principio de progresividad de los derechos humanos tutelado en el artículo 1 de la Constitución, pues su observancia impide a la Cofece, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que disminuyan el nivel de protección de un derecho que previamente ya había sido garantizado.

26. Ni el artículo 28 de la Constitución, ni la LFCE, que conforman el núcleo sustantivo del derecho administrativo de competencia económica, establecen excepciones al secreto profesional y al derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones abogado-cliente.

27. En su caso, una excepción a este principio y derecho fundamental es de carácter sustantivo, por lo que debería estar consagrada en una norma de orden legislativo. Las Disposiciones Regulatorias de la LFCE no son producto del trabajo legislativo del Congreso de la Unión. Así, resulta evidente que el artículo 103 Bis del Anteproyecto al incorporar excepciones al secreto profesional y a la inviolabilidad de comunicaciones abogado-cliente excede el principio de legalidad en su vertiente de reserva de ley, de supremacía normativa y subordinación jerárquica.

¹⁰ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

¹¹ Fix Zamudio, Héctor, "Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Vol. II, 2002, págs. 24-25.



Noviembre 7, 2017

28. Asimismo, el artículo 103 Bis del Anteproyecto excede la facultad regulatoria que le confiere a la Cofece el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción IV de la Constitución, en virtud de que a pesar de tener la naturaleza jurídica de una disposición administrativa de carácter general, la misma excede el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia.

29. El artículo 103 Bis, fracción I del Anteproyecto importaría una excepción al principio y deber del secreto profesional que tiene una naturaleza sustantiva y no meramente procesal. Cualquier excepción, debe, por lo tanto, estar prevista en una norma legal y no en una regulatoria.¹² De esta forma, el artículo 103 Bis, fracción I del Anteproyecto excede la facultad normativa de Cofece, la cual únicamente tiene facultad para dictar normas administrativas de carácter general y de naturaleza adjetiva que le permitan el ejercicio de sus funciones sin que pueda ir más allá de la Constitución o de la LFCE.

V. El artículo 103 Bis, fracción I, del Anteproyecto no precisa que la aportación se realice de manera voluntaria

30. El artículo 103 Bis del Anteproyecto reproduce parcialmente en su fracción I, la única excepción existente en el sistema jurídico mexicano a la inviolabilidad de las comunicaciones Abogado-Cliente, pues omite expresamente la calificación de su aportación **voluntaria**.

31. La aportación voluntaria de una comunicación privada Abogado-Cliente, a que se refiere el artículo 16 de la Constitución, exige necesariamente un acto voluntario del cliente para revelar el contenido de la comunicación a la Autoridad, que implica su consentimiento expreso, libre y consciente; es decir, ausente de error, coacción o de un acto de violencia o intimidación, el cual no existe cuando la aportación de la comunicación se obtiene bajo amenaza de coerción.

32. Lo anterior resulta relevante, debido a que en la práctica, la Autoridad Investigadora de la Cofece y sus Direcciones Generales de Investigación, han utilizado las medidas de apremio previstas en el artículo 126 de la LFCE, para allegarse incorrectamente y bajo amenaza de coerción o intimidación, de comunicaciones privadas y confidenciales entre abogado-cliente en el ejercicio de las facultades de investigación que les confiere el artículo 73 de la LFCE, tanto en (i) requerimientos de información y documentación, como (ii) en la realización de visitas de verificación.

VI. El artículo 103 Bis del Anteproyecto restringe indebidamente la protección de la reproducción de las comunicaciones abogado-cliente.

¹² Incluso la materia penal no ha permitido la excepción al secreto aún en materia de pruebas.



Noviembre 7, 2017

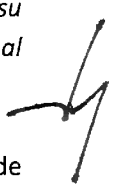
33. El artículo 103 Bis del Anteproyecto excluye injustificadamente la protección de las comunicaciones abogado-cliente, cuando el contenido de la asesoría jurídica es transmitido con fines informativos internamente entre los miembros de un mismo agente económico o grupo de interés económico.

34. Tal restricción desnaturaliza la materia de protección del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues la misma no tiene por objeto la mera protección del continente de la comunicación sino el contenido de la misma que permite al cliente ejercer su derecho de defensa al obtener asesoría legal.

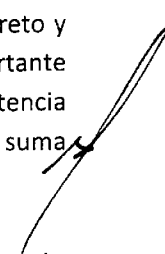
35. Dicha asesoría legal es precisamente la que se encuentra protegida por la extensión del privilegio correspondiente al secreto profesional, por lo que su divulgación entre miembros que forman parte del mismo agente económico o grupo de interés económico no implica la aportación voluntaria de su contenido a terceros que excluya su protección constitucional y convencional.

VII. El artículo 103 Bis del Anteproyecto plantea una excepción cuando el supuesto es precisamente la materia de protección.

36. La fracción IV del artículo 103 Bis del Anteproyecto plantea un supuesto que creemos es erróneo. La parte relevante del artículo señala: *"la Ley no considerará las comunicaciones entre un agente económico y su abogado, con excepción de los siguientes casos: ... IV. Cuando dichas comunicaciones sean inherentes al ejercicio del derecho de defensa del cliente"*. 

37. Dicha fracción es incorrecta. Precisamente que las comunicaciones sean inherentes al derecho de defensa del cliente es lo que las hace materia de protección y no una excepción al mismo. 

VIII. Regulación del secreto profesional en otras jurisdicciones

38. Si se superara la prohibición constitucional y efectivamente se buscara que la regulación del secreto y privilegio legal entre abogado y cliente fuera regulado en el (en su sentido formal y material) es importante tomar en consideración las experiencias internacionales y las mejores prácticas en la materia de competencia económica. La protección al secreto profesional y a la información relacionada con el mismo es de suma importancia alrededor del mundo. Pasaremos a dar algunos ejemplos. 

39. En los Estados Unidos de América, país pionero en materia de competencia económica, el secreto profesional, se divide en dos grandes grupos:



Noviembre 7, 2017

- a) Privilegio cliente-abogado (*Attorney-client privilege*): Protege las comunicaciones entre el cliente y su abogado relacionadas con el propósito de obtener representación legal. No obstante, esta protección no incluye aquellas comunicaciones en donde simplemente se incluya a dicho abogado.
- b) Producto del trabajo del abogado (*Attorney work product*): protege todas las notas, observaciones e investigación realizada por los abogados y relacionada con los procedimientos de una investigación. Esta protección fortalece la habilidad del abogado para representar los intereses de su cliente de manera adecuada.

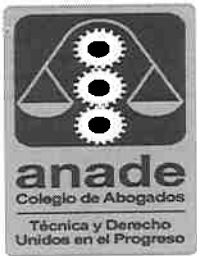
40. En relación con lo anterior, las autoridades de competencia económica en los Estados Unidos de América usualmente determinan que las comunicaciones entre los clientes y sus abogados extranjeros y/o abogados sin el derecho a ejercer en los Estados Unidos de América pueden estar sujetas a la protección del secreto profesional.

41. Asimismo, en la práctica, los abogados suelen incluir en sus comunicaciones las leyendas necesarias para proteger la información, con el propósito de dejar claro que dichas comunicaciones o documentos están protegidas por el secreto profesional.

42. En el Reino Unido también cuentan con dos tipos de información privilegiada o confidencial:

- a) Privilegio de asesoría legal (*legal advice privilege*): protege cualquier comunicación (oral o escrita) entre el cliente y su abogado (interno o externo y sin importar la jurisdicción) realizada de manera confidencial con el propósito de dar o recibir asesoría legal. No obstante, este privilegio no cubre comunicaciones entre terceros y un abogado o comunicaciones entre un tercero y el cliente con el propósito de buscar o recibir asesoría.
- b) Privilegio en litigio (*litigation privilege*): protege cualquier comunicación (oral o escrita) entre (i) el cliente y su abogado o (ii) entre el cliente o su abogado y terceros realizada de manera confidencial con el propósito principal de conducir o administrarla defensa en un litigio. Para reclamar dicha confidencialidad, debe existir una posibilidad real de litigio.

43. La Unión Europea emitió la "Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea" (la "Directiva"). La Directiva establece en sus Artículos 5(3) y 5(6) que los Estados miembros deberán observar, entre otras cosas, "las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial (...) y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial" y que "los órganos jurisdiccionales nacionales den pleno efecto a los



Noviembre 7, 2017

privilegios profesionales legales aplicables de acuerdo con el Derecho de la Unión o el nacional cuando ordenen la exhibición de las pruebas”, respectivamente.

44. Las conclusiones de la Abogada General en el asunto C550/07P en el caso Akzo resumen adecuadamente la protección respectiva: *El secreto profesional tiene por objeto proteger la confidencialidad de la correspondencia entre el cliente y el abogado independiente. Constituye, por una parte, el complemento necesario del derecho de defensa del cliente y, por otra parte, se basa en la función específica del abogado como «colaborador de la Justicia», que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita.*¹³

45. En Alemania, España, Bélgica, Holanda y Portugal, entre otras jurisdicciones, el abogado debe guardar la confidencialidad de la información y documentos obtenidos como resultado de su actividad profesional, y tienen el derecho de rehusarse a divulgar dicha información, así como de manera general, se prohíbe el aseguramiento de comunicaciones abogado-cliente. En algunas de dichas jurisdicciones el privilegio derivado del secreto profesional se extiende a abogados internos, pues los mismos se encuentran sujetos a las mismas obligaciones de confidencialidad.

46. En las principales jurisdicciones reguladas en Asia, Japón, Corea del Sur y China, por regla general, el abogado tiene la obligación de mantener toda la información que recibe de sus clientes para prestar asesoría legal confidencial, e incluso incumplir con dicha obligación puede constituir un delito en Japón y Corea del Sur. Asimismo, como parte de una investigación en dichas jurisdicciones, el abogado puede negarse a revelar información confidencial de sus clientes.

47. En Colombia, la figura del secreto profesional está regulada en el Artículo 74 de la Constitución Política, que dispone de forma determinante que dicho secreto es inviolable. Asimismo, la normatividad aplicable establece que su revelación constituye una falta disciplinaria, salvo autorización del cliente o cuando se enfrenta una situación de necesidad para evitar la comisión de un delito.

* * *

Por lo anterior, atentamente solicitamos: (i) tenga por recibido el presente escrito de manifestaciones respecto de la consulta pública respectiva; (ii) **se elimine el artículo 103 Bis del Anteproyecto**; (iii) se trabaje coordinadamente con los Colegios signatarios de esta misiva en una reforma a la Ley Federal de Competencia Económica para que se incluya la protección legal al secreto profesional o información confidencial y privada

¹³ Véase el núm. 48 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 29 de abril de 2010. Asunto C550/07P Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros contra Comisión Europea.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d53b82cde4d925403990c3bfa6d10df94.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKaNb0?text=&docid=83189&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=340867>



Noviembre 7, 2017

entre abogado y cliente que sea acorde con la Constitución; (iv) se incluyan las mejores prácticas internacionales de la materia, dentro del contexto constitucional y legal de nuestro sistema jurídico.

Nuestros colegios están a disposición de la Cofece para integrar un grupo de trabajo que pueda interactuar con el objeto de lograr la mejor protección legal al secreto profesional o información confidencial y privada entre abogado y cliente en el contexto de nuestro deseo de seguir fortaleciendo a las instituciones de nuestro país.

Atentamente,

Ciudad de México a 6 de noviembre de 2017

Lic. José Mario de la Garza Marroquín
Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

Lic. Alfonso Pérez-Cuéllar Martínez
Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, A.C.

Lic. Alfonso Guatí Rojo Sánchez
Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C.

c.c.p.

Lic. Luis Raúl González Pérez, Presidente.- Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
Lic. Misha Leonel Granados Fernández, Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal.
C. Ministro Presidente Luis María Aguilar Morales, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal.