

# EL SECRETO PROFESIONAL EN MÉXICO

## VOX CLAMANTIS IN DESERTO

Francisco González de Cossío

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
<b>II.</b>	<b>RÉGIMEN VIGENTE .....</b>	<b>3</b>
A.	CIVIL .....	3
B.	PENAL .....	6
C.	COMPETENCIA .....	7
1.	<i>Invasividad</i> .....	7
2.	<i>Criterios</i> .....	8
3.	<i>Protección</i> .....	12
4.	<i>Comentarios</i> .....	12
D.	EJERCICIO PROFESIONAL.....	14
E.	COMENTARIO GENERAL SOBRE RÉGIMEN EXISTENTE.....	16
<b>III.</b>	<b>PROPUESTA: DEMOS LUZ A UNA NUEVA DISCIPLINA.....</b>	<b>18</b>
A.	ANTECEDENTES .....	18
B.	SECRETO PROFESIONAL.....	19
1.	<i>Concepto</i> .....	19
(a)	Nomenclatura.....	19
(b)	Tipos .....	20
(c)	Alcance .....	21
2.	<i>Propósitos</i> .....	21
(a)	Diferencias .....	21
(b)	Semejanzas .....	23
(c)	Propuesta.....	23
3.	<i>Titularidad</i> .....	24
4.	<i>Ambito subjetivo, ratione personae</i> .....	25
(a)	Cliente.....	25
(b)	Abogado .....	26
5.	<i>Ambito ratione materia</i> .....	29
(a)	Confidencia.....	29
(b)	¿Comunicaciones o su contenido? .....	30
(c)	Confidencia, secreto y confidencialidad .....	31
(d)	La Propuesta y sus motivos.....	31
6.	<i>Ambito ratione temporis</i> .....	32
(a)	Actual o potencial .....	32
(b)	Post-relación profesional.....	32
(c)	Propuesta.....	33
C.	PRODUCTO DEL TRABAJO JURÍDICO.....	35
1.	<i>Objetivos</i> .....	35
2.	<i>Alcance</i> .....	36
3.	<i>Propuesta</i> .....	37
D.	FORMA: ¿LEY, LINEAMIENTO, MODIFICACIÓN AL CÓDIGO DE ÉTICA? .....	38
<b>IV.</b>	<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>39</b>
<b>ANEXO:</b>	<b>PROPUESTA DE RÉGIMEN .....</b>	<b>41</b>

## I. INTRODUCCIÓN

El resguardo de la información que una persona confía a su abogado merece tutela. Los motivos no sólo son *individuales*, sino *colectivos*: la observancia del Estado de Derecho aumenta cuando se puede obtener asesoría que considera el total de las circunstancias reveladas con franqueza por el cliente.

El estado de esta temática en nuestro país es deplorable. Si es que el tema no ha hecho crisis en el pasado, ello obedece a lo falible del Estado de Derecho en México,<sup>1</sup> y la ausencia de un tema que aguijonee su desarrollo. Recientemente ha surgido una figura que ha acentuado tal necesidad.<sup>2</sup> Sin embargo, la respuesta legal, institucional y gremial ha sido subóptima.

En este ensayo abogo por la necesidad de que el medio legal recoja esta preocupación y colme la necesidad confeccionando una disciplina robusta, exhaustiva e informada; una que se nutra de los paradigmas más aceptados. Para defender tal idea, haré un resumen del estado de la materia (§II), para luego hacer y comentar una propuesta de régimen (§III).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> La aseveración no sólo es mía (que desarrollo en COMPETENCIA, Ed. Porrúa, México, 2017, pp. 775 *et seq*), estudios serios recientes prueban el Estado de Derecho de México. Vale la pena dedicarle unas líneas.

Según *The Heritage Foundation* el índice de Libertad Económica (*Economic Freedom Index*) de México en 2019 fue de 64.7 (sobre 100). Dicho índice está compuesto por cuatro variables: tamaño de gobierno, eficiencia regulatoria, mercados abiertos y Estado de Derecho. Este último está a su vez compuesto de tres componentes: 'Efectividad Judicial' (*Judicial Effectiveness*), 'Derechos de Propiedad' (*Property Rights*) e 'Integridad Gubernamental' (*Government Integrity*). Respecto de Efectividad Judicial la calificación otorgada a México fue de 34.9 sobre 100. Para Derechos de propiedad 59.1 sobre 100. Para Integridad Gubernamental 26.3 sobre 100. (The Heritage Foundation, 2019 INDEX OF ECONOMIC FREEDOM, 25<sup>th</sup> Anniversary Edition, Terry Miller, Anthony B. Kim, James M. Roberts, 2019, pp. 300-301.)

Otro barómetro digno de mención es el del Índice de Estado de Derecho en México del *World Justice Project* que analizó y calificó cada una de las entidades federativas de la república. El máximo es 1.0, el mínimo 0.0. Conforme uno desliza sus dedos hacia debajo de la lista se observa que la entidad más alta es Yucatán con 0.46. La más baja Guerrero con 0.33. La Ciudad de México obtuvo una calificación de 0.36. Y dos terceras partes tienen menos de 0.40. Si se ponderan el resultado es 0.39.

*Conclusión:* el Estado de Derecho de México está reprobado, y calificaciones muy bajas: **34.9** (Heritage Foundation) y **0.39** (World Justice Project).

<sup>2</sup> Las visitas de verificación en materia de competencia económica.

<sup>3</sup> Deseo revelar que la propuesta anexa a este ensayo es fruto de casi dos años de trabajo de un grupo del que fui parte. Tuve el privilegio de trabajar con los siguientes colegas barristas: Cuauhtemoc Resendiz, Francisco Riquelme y Gonzalo Alarcón. Fueron muchas las sesiones y horas dedicadas a este tema. El resultado es el anexo a este ensayo. Mucho de mi entender de esta materia es gracias a la (rigurosa) confrontación y discusión. Sin embargo, dichos profesionales no son responsables por las ideas vertidas en este ensayo ni por cualquier error que pueda estar cometiendo.

## II. RÉGIMEN VIGENTE

El régimen vigente está compuesto por una puñado de principios dispersos en leyes civiles, penales, procesales, administrativas y profesionales diversas, que a continuación cito y comento resumidamente.

### A. CIVIL

El artículo 2590 del Código Civil Federal establece:

El procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal.

Son tres los comentarios que deseo compartir sobre esta disposición, dadas las finalidades de este ensayo. Primero, la norma citada *no* contiene una *obligación genérica de secrecía*, sino la *prohibición* de compartir secretos del cliente con el adversario. Con “la parte contraria” establece. Segundo, la información amparada por la prohibición es aquella que perjudique al cliente. Ello implica un análisis de efectos de la revelación, que resta certeza pues hace cuestionable su ámbito, reduciendo su alcance, e invitando discusión. (Además, supone *diseminación* para evaluación cuando lo que se debería propiciar es *discreción*.) Tercero: la consecuencia. Establece la obligación *civil*—sin perjuicio de la implicación *penal*—de indemnizar por los daños y perjuicios que ello genere. Ello exige un análisis de daños y perjuicios que conforme al derecho, praxis y doctrina aplicable es escueto. Lacónico inclusive: el derecho aplicable exige que los daños sean directos e inmediatos. La praxis (judicial y con frecuencia arbitral) continúa con dicha visión, limitando en forma importante el alcance indemnizatorio del daño infligido por un ilícito. Y la doctrina sobre esta materia es poca, vaga y lacónica.

Corolario: la norma que regula el régimen contractual de la relación cliente-abogado es lacónica: su cobertura es estrecha, su alcance discutible, y las consecuencias pocas.

El efecto combinado de todo lo anterior es que el manto protector que el derecho civil mexicano ofrece a la víctima de un ilícito en esta materia es casi nulo.<sup>4</sup>

El artículo 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles indica:

---

<sup>4</sup> Ello explica porqué ocurren tantos ilícitos civiles en nuestro país: porque no hay una (verdadera) sanción a los mismos. Y cuando uno no canaliza las consecuencias negativas de una conducta a quien la genera, el resultado no solo es que pone a quienes acatan la ley a merced de quienes no, sino que la incentiva. (Para entender porqué, véase Responsabilidad Irresponsable, Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C. Congreso Nacional de Abogados, 2010. Idea reproducida y actualizada en González de Cossío, *Competencia*, Ed. Porrúa, México, 2017, p. 781 *et seq.*)

Los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales, en las averiguaciones de la verdad. Deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos.

Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a los terceros, por los medios de apremio más eficaces, para que cumplan con esta obligación; pero, en caso de oposición, oirán las razones en que la funden, y resolverán sin ulterior recurso. De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuges y *personas que deban guardar secreto profesional*, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados.

*(énfasis añadido)*

El precepto citado establece que el deber de cooperación con el poder judicial con el esfuerzo de averiguar la verdad tiene como excepción el resguardo del Secreto Profesional. La forma en que está redactado invita sin embargo preocupaciones.

Primero, no hay un régimen legal como tal sobre el secreto profesional. Lo que existe es la prohibición de no revelar *cierta* información a *ciertas* personas. Luego entonces, las implicaciones y preocupaciones del (poroso) régimen sustantivo civil descrito párrafos arriba se repite en este contexto.

Segundo, la excepción versa sobre el secreto profesional “*en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados*”. Esta disposición reduce el alcance de la excepción (al deber de cooperar). Implica que la información que se puede negar entregar solamente es aquella “que prueba en contra” del cliente.

Lo expuesto arroja tres implicaciones inmediatas: primero, incertidumbre. Segundo, que toda la información que no “pruebe en contra” tiene que ser revelada. Tercero—y corolario de las dos anteriores—que *la información que un cliente confíe a su abogado esta como regla no-protegida*. Sólo lo estará en la medida en que no le prueba en contra. Si desea por cualquier motivo mantener confidencial su información, no cuenta con apoyo legal ni judicial. Podrá ser revelada por su abogado siempre que en el proceso para el cual es revelada no exista hecho “*en contra*” del cliente. Resultado: incertidumbre. Ausencia de protección como regla.

El Poder Judicial ha emitido criterios sobre esta cuestión, algunos loables, algunos no tanto. Por ejemplo, en materia de amparo, existe el siguiente criterio:<sup>5</sup>

**PRUEBAS EN EL AMPARO (INSPECCION JUDICIAL EN LIBROS Y PAPELES DE EXTRAÑOS AL JUICIO).** El artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, establece que, para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona sea parte o tercero y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin otra limitación que la de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos; el artículo 87, del propio ordenamiento, establece

---

<sup>5</sup> Registro 350403.

que el tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes, siempre que estén reconocidas por la ley, y el 90 que los terceros están obligados en todo tiempo a prestar auxilio a los tribunales, en la averiguación de la verdad, y deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos; que los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a los terceros por los medios de apremio más eficaces, para que cumplan con esas obligaciones, y que en caso de oposición, oírán las razones en que la funden y resolverán sin ulteriores recursos; exceptuando de esa obligación a los ascendientes, descendientes, cónyuges y *personas que deban guardar secreto profesional*, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados. De acuerdo con los preceptos citados, no deben desecharse la prueba de inspección judicial basándose en que tiene que practicarse en libros y papeles de un extraño al juicio.

*(énfasis añadido)*

El criterio es atinado en principio, pero poco útil en la práctica. Es atinado en que exceptúa del deber de terceros de cooperar entregando información a quienes estén obligados a guardar el secreto profesional. Ello es plausible en principio pues le da su lugar al deber de guardar el secreto profesional. Sin embargo, siendo que hace eco del régimen civil sobre Secreto Profesional, y el régimen existente es estrecho y poroso, el resultado práctico es porosidad y ausencia de protección como regla.

Otro ejemplo es el siguiente criterio:<sup>6</sup>

**SECRETO PROFESIONAL. DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO SOBRE HECHOS DE TERCEROS.**

Vinculado con el derecho a la intimidad, se encuentra el secreto profesional, que es al que se encuentran obligadas determinadas personas (médicos, abogados, instituciones financieras, contadores, sacerdotes, entre otros), quienes no pueden divulgar la información, cuyo conocimiento hubieran tenido en el ejercicio de sus actividades profesionales, respecto de otros. En ese sentido, aquel que conozca de cierta información con motivo del ejercicio profesional, no puede ser obligado, a rendir testimonio sobre tal información, salvo que el titular de la misma le autorice para ello.

El criterio citado es positivo. Considero loable el que se haya cimentado en el derecho de la intimidad, no solo por que es la aproximación correcta, sino además por que permite extenderlo a otras áreas distintas a la jurídica que merecen tutela, mismas que el criterio mismo cita—espero, no exhaustivamente. Otro motivo de aplauso es que expande el alcance protector: alude a “información con motivo del ejercicio profesional”,

---

<sup>6</sup> Registro 168790, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Septiembre de 2008, Materia Civil, Tesis: I.3o.C.698 C, Página: 1411. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 73/2008. 6 de mayo de 2008. Mayoría de votos. Disidente: Neófito López Ramos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Erick Fernando Cano Figueroa.

lo cual es un concepto más amplio—y más atinado—que el del derecho civil sustantivo y procesal citado.

Existen otros criterios que tocan el tema pero no ofrecen protección digna de comentario.<sup>7</sup>

## B. PENAL

En materia penal, el artículo 117.XIV del Código Nacional de Procedimientos Penales (“CNP”) establece que es obligación del Defensor: “Guardar el secreto profesional en el desempeño de sus funciones”. El artículo 155 del CNP provee la obligación del defensor de guardar el secreto profesional en el desempeño de sus funciones. El artículo 244 del CNP establece que las comunicaciones y cualquier información que se genere o intercambie entre el imputado y las personas que no están obligadas a declarar *inter alia* por secreto profesional no podrán estar sujetas a aseguramiento y serán inadmisibles como prueba. Ello implica que el principio de exclusión de prueba ilícita incluya la protección del secreto profesional. Y el artículo 362 del CNP establece:

### Deber de guardar secreto

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

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

*(énfasis añadido)*

Este régimen tiene el mérito de ser amplio. Alude al “secreto”, no al “secreto profesional”. Y cita una lista amplia de destinatarios de tal deber. Se trata de una lista más amplia que la que contiene el régimen civil. También contiene la excepción: “no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, “**ABOGADOS PATRONOS. AUTORIZACION A TERCERAS PERSONAS PARA IMPONERSE DE LOS AUTOS, PRESENTAR Y RECOGER DOCUMENTOS, NO IMPLICA VIOLACION AL SECRETO PROFESIONAL**” (Registro 216274); “**ABOGADOS PATRONOS. AUTORIZACIÓN A TERCERAS PERSONAS PARA IMPONERSE DE LOS AUTOS, PRESENTAR Y RECOGER DOCUMENTOS, NO IMPLICA VIOLACIÓN AL SECRETO PROFESIONAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA)**” (Registro 914113); “**TESTIGOS. DEBEN COMPARECER ANTE EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CUANDO ÉSTE LO REQUIERA, CON INDEPENDENCIA DE QUE NO ESTÉN OBLIGADOS A DECLARAR RESPECTO A LOS HECHOS INVESTIGADOS O DE DATOS QUE IMPLIQUEN INFORMACIÓN RESERVADA**” (Registro 171895).

secreto”. Ello deja en claro que puede ser renunciado, y por quién: el ‘dueño’ del secreto. Por ende, el régimen es loable.

Es sin embargo imperfecto. ¿Qué debe hacerse para dejar claro que algo es un secreto? ¿Qué pasa si no se entabló una relación-cliente abogado (como no infrecuentemente sucede)? ¿Cuándo comienza? ¿Cuándo termina? ¿Es un deber absoluto o relativo? ¿Se extiende sólo al abogado o su equipo (legal y administrativo)? ¿Ampara el fruto del trabajo jurídico? ¿Puede renunciarse – por quién? ¿Tiene excepciones?

Para quien desea tener certeza jurídica, esta materia dista de procurarla.

## C. COMPETENCIA

La materia de competencia económica constituye, a la vez, la disciplina que más ha *invadido* (§1) y que más ha *tutelado* (§3), el secreto profesional, arrojando criterios judiciales encomiables pero insuficientes (§2). A continuación se explica por qué, comentando el régimen (§4).

### 1. Invasividad

La Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”)<sup>8</sup> es el instrumento que protege la competencia en nuestro país. Tiene muchos asientos. Uno de ellos es refinar y darle dientes a las visitas de verificación—que conforme al régimen anterior era poco útil. Ello incluye la posibilidad de que la Autoridad Investigadora requiera de *cualquier persona*<sup>9</sup> los documentos que estime necesarios para realizar su investigación.<sup>10</sup> El requerido—sin importar quien sea—está obligado a entregar la información que se le requiera,<sup>11</sup> permitiendo el acceso a donde sea o lo que sea,<sup>12</sup> so pena de hacerse acreedor a medidas de apremio,<sup>13</sup> mismas que pueden incluir apercibimientos, multas importantes, y arresto<sup>14</sup>—además de que se le obligue a cumplir mediante la fuerza pública.<sup>15</sup>

El paso es necesario en su existencia, pero exagerado en su alcance. Al no establecer excepción alguna, el resultado es que propicia dudas de intimidad y debido proceso—pues los abogados no están exceptuados.

---

<sup>8</sup> Diario Oficial de la Federación de 23 de mayo de 2014.

<sup>9</sup> Artículo 73 de la LFCE.

<sup>10</sup> Artículo 75 de la LFCE.

<sup>11</sup> Artículo 75.I de la LFCE.

<sup>12</sup> Artículo 75.IV de la LFCE.

<sup>13</sup> Artículo 75.I de la LFCE.

<sup>14</sup> Artículo 126 de la LFCE.

<sup>15</sup> Artículo 126.III de la LFCE.

Desde que esta ley fue considerada y salió publicada este autor hizo ver que era necesario contemplar formas de resguardar el Secreto Profesional.<sup>16</sup> Reiteré enfáticamente esta aseveración en el contexto del Congreso Anual de Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. (“**BMA**”) de noviembre 2016. Ello fue lo que motivó que el Presidente de la BMA, José Mario de la Garza Marroquin, me invitara a encabezar este proyecto para la BMA: el que pone la idea pone el tostón, razonó.

## 2. Criterios

Mucha de la (verdadera) protección que se ha logrado en materia de competencia económica deviene de fuente pretoriana: es el Poder Judicial quien ha comprendido y tutelado la cuestión, generando criterios dignos de comentario. Comentémoslos cronológicamente.

**COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE CON MOTIVO DE UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ECONÓMICA. NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LAS OBTENIDAS COMO RESULTADO DE LAS FUNCIONES DE VERIFICACIÓN, SALVO QUE EXISTAN INDICIOS QUE PUEDAN IMPLICAR AL PROFESIONISTA COMO COPARTÍCIPE DE UN ILÍCITO.**

De los artículos 16, párrafo décimo segundo y 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a diversos ordenamientos jurídicos que regulan procedimientos administrativos de responsabilidad, se advierte como una medida de tutela de los derechos fundamentales a la intimidad, a la privacidad de las comunicaciones y de defensa, la secrecía profesional de la información y los documentos correspondientes a las comunicaciones cursadas entre un abogado independiente y su cliente con motivo de su defensa en un procedimiento seguido por las autoridades de competencia económica y, por tanto, aquéllos deben considerarse confidenciales, en términos de los artículos 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental abrogada, lo que da lugar a que se considere que tanto el profesionista como el gobernado 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 como resultado del ejercicio de las funciones de verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley Federal de Competencia Económica, en la inteligencia de que el privilegio de confidencialidad mencionado no opera cuando existan indicios que puedan implicar al abogado, ya no como defensor, sino como copartícipe de un ilícito.<sup>17</sup>

Este criterio tiene varios aciertos, pero deja cabos sueltos. Comencemos con los aciertos. Primero, su origen: ancla el deber de ‘secrecía profesional’ en la intimidad, privacidad y derecho fundamental a tutela efectiva. Ello es loable en que sigue la idea

---

<sup>16</sup> Vid Francisco González de Cossío, COMPETENCIA, Ed. Porrúa, México, 2ª edición, 2017, p. 636.

<sup>17</sup> Registro 2013561.

citada en el criterio (civil) anteriormente citado<sup>18</sup> de encontrar asidero en la intimidad. Ello permite comenzar a construir un concepto jurídico cabal que se base en un entendimiento apropiado de las implicaciones de esta materia. Otro motivo de aplauso consiste en su alcance: las comunicaciones cliente-abogado. Y finalmente la consecuencia: establece la obligación a cargo de las autoridades de “no tomar en cuenta” dicha información.

Sin embargo, el criterio deja cabos sueltos. Primero, lo que exige es que las comunicaciones cliente-abogado *no se tomen en cuenta*. Ello quiere decir que la información cliente-abogado ya es conocida por la autoridad. Dicha autoridad puede normar su criterio en base a la información y simplemente motivar por otros motivos. Pero sobre todo: *no hay protección, solo obligación de no-utilización*—dos cosas muy distintas. Quiere decir que no hay protección de la confidencia del cliente, simplemente no se puede citar como parte de la motivación de un acto administrativo. Como resultado, la protección protege poco. El régimen de secreto profesional debería prevenir conocimiento por la autoridad de las confidencias del cliente, no solo exigir que no se cite.

Finalmente, el criterio mismo contempla una excepción a la excepción: que existan indicios que puedan implicar al abogado como cómplice. Ello es cuestionable por dos motivos. Primero, de nuevo, supone que ya se conoció del contenido de la confidencia del cliente. Segundo, si resulta que el abogado comete un ilícito, desaparece el secreto profesional. La información puede ser usada. Ello merma una sana protección del secreto profesional, mismo que no debe depender de la licitud de la actividad del abogado. Si la autoridad desea investigar a un abogado, que lo haga. Pero condicionar la protección del secreto, ello tiene por efecto sujetar la tutela *del cliente* a la conducta *del abogado*.

Esta cuestión de principio se agrava si se considera que los indicios pueden resultar insuficientes para demostrar actividad delictiva del abogado. Y mientras todo ello se discierne, las confidencias del cliente son diseminadas sin protección alguna.

Otro criterio establece:<sup>19</sup>

**SECRECÍA DE LAS COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE. ES APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.** El *privilegio* de la *secretaría de las comunicaciones entre un abogado y su cliente* cuando éste enfrenta un procedimiento penal, constituye una medida de protección que deriva de los derechos constitucionales a la intimidad, de defensa y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, previstos en los artículos 6o., 14, párrafo

---

<sup>18</sup> Registro 168790. Rubro “**SECRETO PROFESIONAL. DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO SOBRE HECHOS DE TERCEROS**”.

<sup>19</sup> Registro 2013587, Décima Época. Primer Tribunal Colegiado De Circuito En Materia Administrativa Especializado En Competencia Económica, Radiodifusión Y Telecomunicaciones, Con Residencia En La Ciudad De México Y Jurisdicción En Toda La República. 10 de noviembre de 2016.

segundo, 16, párrafo décimo segundo y 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en que el primero tiene el deber de preservar la confidencialidad de la información y de los documentos que el segundo le refiere para estar en condiciones de producir su defensa y, por consiguiente, se le exime de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades hechos que pudieran estar relacionados con la comisión de un ilícito. Por otra parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en los enjuiciamientos del orden penal, guarda una relación de similitud con los procedimientos administrativos de responsabilidad, por lo cual, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador, resultan aplicables los principios penales sustantivos, sin soslayar que esa traslación debe realizarse sólo en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Por tanto, a los procedimientos administrativos de responsabilidad en materia de competencia económica son aplicables, además de los derechos al debido proceso, a la no autoincriminación y a la asistencia de un profesional en defensa del particular, la figura del secreto profesional, la cual se ha instituido como una *garantía para la adecuada defensa* de los derechos de los encausados y, por analogía, en favor de los justiciables sometidos a dichos procedimientos, pues en sentido amplio, una sanción administrativa guarda similitud con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico, en tanto que una condición esencial para que el secreto profesional pueda producirse, consiste en la puntual confidencialidad de las comunicaciones entre defensor y defendido, dado que el primero requiere de toda la información necesaria y, el segundo, de la confianza de no quedar expuesto por proporcionarla, en la inteligencia de que este privilegio no opera cuando existan indicios que puedan implicar al abogado ya no como defensor, sino como copartícipe de un ilícito.

*(énfasis añadido)*

Como se puede observar, en su primera oración la tesis alude a ‘privilegio’ aplicable a la ‘secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente’. Lo ancla en la garantía de adecuada defensa, haciendo un razonamiento metafórico respecto del proceso penal y el administrativo. Ello es loable por progresivo.

Destaca la siguiente Jurisprudencia:<sup>20</sup>

**COMPETENCIA ECONÓMICA. PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LA EXTRACCIÓN DE INFORMACIÓN O DOCUMENTACIÓN CLIENTE ABOGADO, REALIZADA EN LAS INSPECCIONES A CARGO DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.** Si bien el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción VII, constitucional, establece, como regla general, que "en ningún caso" es procedente el juicio de amparo contra actos intraprocesales efectuados por la Comisión Federal de Competencia Económica; también lo es que dicha restricción no tiene como propósito impedir la defensa de los afectados por esos actos, sino diferirla hasta que se dicte el acto terminal que concluya el procedimiento respectivo, por lo que, a efecto de hacerlo compatible con el derecho a la tutela judicial, acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo, tutelados en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución y los numerales 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe estimarse procedente el juicio de amparo promovido por el abogado externo, tercero extraño al procedimiento, cuando se combata la extracción de

---

<sup>20</sup> Registro: 2016180.

información o documentación cliente-abogado en el desahogo de las inspecciones a cargo de la Comisión Federal de Competencia Económica, llevada a cabo dentro de una investigación por la posible comisión de prácticas monopólicas o la realización de concentraciones prohibidas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, toda vez que si bien dicha extracción se realiza dentro de una secuencia progresiva de actos tendientes a la resolución de un asunto relacionado con la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas y que por ese motivo debe considerarse que se trata de un acto efectuado dentro de un procedimiento; también lo es que la defensa de la afectación sufrida por el abogado externo, en su obligación de defender y proteger el secreto profesional, no puede diferirse hasta que se dicte la resolución final, ya que se le dejaría en estado de indefensión en relación con esa obligación; por lo que se estima jurídicamente razonable la procedencia del juicio de amparo promovido por el abogado defensor externo, quien para tal efecto debe identificar dentro de su universo, la información que está sujeta a dicha protección, so pena de que el juicio se estime improcedente.

Este criterio es interesante en que establece una excepción a un principio constitucional sobre el amparo en materia de competencia consistente en que el amparo no procede (*sic*) “en ningún caso” en contra de actos intraprocesales en los procedimientos seguidos en forma de juicio por la COFECE.<sup>21</sup> El paso comunica mucho. El principio procesal constitucional citado es el resultado del abuso en el uso del amparo para anquilosar procesos de competencia económica, y el deseo del constituyente permanente que la materia de competencia económica tenga efectividad. Para ello, la norma citada es una excepción del principio de derecho de amparo consistente en que procede el amparo indirecto en contra de actos intraprocesales cuando irreparables: es decir, cuando afectan alguno de los derechos sustantivos tutelados por la Constitución.<sup>22</sup> El criterio descrito excepciona la excepción. A partir de ahora, como regla, no procede el juicio de amparo (indirecto) en contra de actos intraprocesales en procesos seguidos en forma de juicio, inclusive si son irreparables, *a menos que versen sobre el Secreto Profesional*.

El criterio descrito es interesante. Su creación tuvo que nadar contra corriente: en contra de texto constitucional expreso. El que no obstante ello se haya creado este criterio habla de sensibilidad del juzgador de amparo. De comprender que debe no permitirse que un abogado—como tercero extraño al juicio: al procedimiento administrativo seguido en forma de juicio en contra de su cliente—pueda interponer un amparo “excepcional” para extraer del expediente información y comunicados cliente-abogado merece aplauso. Se trata de un criterio valiente—además de inteligente. Loable también es el fundamento: el acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo.<sup>23</sup> Mensaje: para contar con un proceso que sea acorde a los principios de justicia efectiva, no debe tolerarse la utilización de información y comunicados cliente-abogado. El que sea Jurisprudencia hace de este antecedente el paso más importante en esta materia en

---

<sup>21</sup> Artículo 28 párrafo vigésimo, fracción VII de la Constitución.

<sup>22</sup> Artículo 107.III.(b) de la Constitución. Artículo 107.V de la Ley de Amparo.

<sup>23</sup> Artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución. Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

México. Mis respetos a los juzgadores que tuvieron la agudeza y valentía de confeccionar este criterio.

### 3. Protección

La Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”) merece reconocimiento en haber tomado con seriedad esta cuestión. Ha hecho consultas sobre cómo regular la cuestión, escuchando a los profesionales de la materia y emitiendo un régimen especial al respecto: las *Disposiciones Regulatorias de la Comisión Federal de Competencia Económica para la calificación de información derivada de la asesoría legal proporcionada por los agentes económicos* (“DR de Asesoría Legal”).<sup>24</sup>

En resumen, las DR de Asesoría Legal tienen por efecto:

1. **Protección:** Dan el derecho a que se resguarde y no se le de valor probatorio a información en la que consten comunicaciones entre el solicitante y sus abogados cuando tales comunicaciones tienen como finalidad obtener asesoría legal.
2. **Calificación:** Un ‘Comité Calificador’ analizará si se justifica la protección, guardando la secrecía de la información.
3. **Exclusión:** que se excluya de una investigación la información que se obtuvo en una visita de verificación. Ello incluye que se resguarde, devuelva y ponga a disposición del solicitante la información en la que consten comunicaciones entre el solicitante y sus abogados cuando tales comunicaciones tienen como finalidad obtener asesoría legal.

### 4. Comentarios

El esfuerzo es *encomiable*, el resultado *mejorable*. Propongo que deben tomarse por lo menos cuatro pasos:

- (1) **Órgano diverso:** Lo que se necesita es un mecanismo *exógeno*, no *endógeno*, a la COFECE. Lo ideal serían los tribunales especializados.<sup>25</sup>
- (2) **No-diseminación en lugar de resguardo:** Que se evite que la información salga del universo de control del cliente o abogado. No que, habiendo salido, se resguarde y devuelva.

---

<sup>24</sup> Acuerdo CFCE-215-2019. Diario Oficial de la Federación de 30 de septiembre de 2019.

<sup>25</sup> Ciertamente, ello parece exigir modificación legal.

- (3) **Protección total, no solo no-utilización en investigaciones:** Que no solo proteja de su utilización en investigaciones, sino que se evite que sea conocido por quien sea.
- (4) **Régimen sustantivo:** debe existir un cuerpo normativo en base al cual decidir las solicitudes de calificación.

La solución actual exige mucho del investigado. El Comité Calificador está conformado por personas miembros *de la COFECE*, que trabajan *dentro de la COFECE*, *para COFECE*, conformando equipos con las otras áreas *de la COFECE*.<sup>26</sup> Por más respeto que se merece la COFECE y sus miembros por sus cualidades personales, credenciales intelectuales y profesionales, así como sus logros,<sup>27</sup> pedir que el agente económico se cierre los ojos a la porosidad de la realidad, y lo fácil que es que—ya conocido el contenido de la asesoría jurídica—se norme un criterio y se decida en consecuencia sin que se cite *expressis verbis* en la resolución, es pedir mucho. Demasiado. Máxime si se considera lo importante de las consecuencias jurídicas de esta materia: las sanciones económicas más altas del sistema jurídico mexicano, algunas penales.

Pero sobre todo, **¿en base a qué van a decidir?** No existe un régimen sustantivo. Tal parece que los miembros del Comité Calificador decidirán en base a su buen juicio. Así no funciona el Derecho, que exige reglas sustantivas conocidas; precedibles. *Esta es la deficiencia más delicada de todo este régimen: carece de un estándar en base al cual se analizarán las solicitudes de calificación.* Ello hace imposible conocer en base a qué principios (filosofía; reglas) se resolverán las diferencias respecto de existencia y alcance de material digno a tutelar como secreto profesional.

Lo que protegen las DR de Asesoría Legal es “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”.<sup>28</sup> O que “se encuentre protegida en los términos de estas Disposiciones Regulatorias”.<sup>29</sup> O que está en uno de los “supuestos de protección establecidos en estas Disposiciones Regulatorias”.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Las reglas de Integración del Comité Calificador no satisfacen las dudas que ello genera (*vid* por ejemplo el artículo 6 de las DR de Asesoría Legal). Tampoco las de secrecía (artículo 8 de las DR de Asesoría Legal).

<sup>27</sup> Divulgo tener la mejor opinión posible de la Presidente de COFECE. Y no solo intelectual, sino profesional y personal. Sus logros son un fruto natural de ello. Divulgo también tener vínculos de amistad (como regla profesional; a veces personal) con otros miembros de COFECE. Pero ello no puede—no debe—cegar. Y mucho menos sesgar. Necesitamos regímenes que tomen en cuenta la realidad, no que se cierren los ojos a la misma.

<sup>28</sup> Artículo 2 de las DR de Asesoría Legal.

<sup>29</sup> Artículo 3 de las DR de Asesoría Legal.

<sup>30</sup> Artículo 9 de las DR de Asesoría Legal.

Ello crea más dudas de las que resuelve.

**¿Todo tipo de información?** ¿Qué sucede si por ejemplo la información contenida en el medio de comunicación abarca cuestiones sobre las que se busca asesoría, y otras que no?

**¿De quién puede pedirse asesoría?** ¿Qué pasa si el profesional aún no reúne requisitos para ser considerado abogado? ¿Se extiende al equipo del abogado? ¿A su personal administrativo? ¿La protección es absoluta o relativa: existen consideraciones en base a las cuales ponderar? ¿Qué pasa si nunca se materializó la relación profesional, pero se confió una confidencia? ¿Qué sucede si ya concluyó la relación profesional? ¿Qué pasa si el cliente falleció y el interés a tutelar deja de existir – *quod non?*

**¿Quién puede pedir la asesoría?** ¿Si cualquier persona que labore dentro de una persona moral hace una pregunta a un abogado, está protegido por el secreto profesional? ¿Se requiere tener alguna calificación particular? ¿Qué pasa si quien consulta y quien recibe la asesoría es distinta?

¿Qué **requisitos** debe incluir la información confiada? ¿Debe ser una confidencia o abarca todo? Si es que se exige que sea confidencia, ¿qué pasa si hay más personas presentes? ¿Qué pasa si se revela? ¿Qué sucede si la revelación ocurre no obstante haber tomado cuidados?

No hay base alguna para contestar las respuesta anteriores, distintas al criterio subjetivo de quien las conteste – caldo de cultivo de diferencias de opinión. ¿Acaso logra ello predecibilidad? La incertidumbre es total.

Cómo se verá en la §III de este ensayo, esta materia está plagada de sutilezas, (pues versa sobre un cuerpo de conocimiento rico, complejo y dinámico). Tales, que distintas jurisdicciones han decidido en forma distinta.

#### D. EJERCICIO PROFESIONAL

El artículo 36 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal establece que:

Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confien por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas.

En adición al régimen legal, existe un régimen que la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, S.C. ha recientemente (2017) establecido, y que merece comentario. El capítulo quinto del nuevo Código de Ética de la BMA hace una regulación sobre el Secreto Profesional. Contiene cinco artículos, a saber:

**Artículo 22.** Constituye un deber y un derecho del abogado guardar el secreto profesional respecto de todos los hechos o noticias que conozca por su actuación profesional. En caso de tener que declarar o informar puede, con independencia de criterio, negarse si con ello incumple el deber de guardar el secreto profesional.

**Artículo 23.** Ante cualquier decisión de autoridad que le ordene declarar sobre materias objeto del secreto profesional, debe realizar las actuaciones razonables para impugnarlas.

**Artículo 24.** El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario y de terceros que puedan afectar al cliente. Este deber permanece aun después de que haya dejado de prestarle sus servicios.

**Artículo 25.** Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o terceros no deben ser grabadas sin la conformidad de todos los que en ellas intervengan y quedan amparadas por el secreto profesional.

**Artículo 26.** El abogado debe hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional.

Este régimen es loable y constituye el régimen más detallado que existe en nuestro sistema jurídico. Lo resumiría en:

- (1) **Alcance:** “todos los hechos o noticias que conozca por su actuación profesional”.<sup>31</sup> Incluye las confidencias y propuestas del cliente, adversario y terceros que puedan afectar al cliente. Es además permanente, aún después de que haya dejado de prestar servicios.
- (2) **Efectos:** el abogado debe (i) negarse a declarar, (ii) impugnar razonablemente actos de autoridades que los desdigan, y (iii) hacer respetar el Secreto Profesional a su personal y a cualquier persona que colabore profesionalmente con el abogado.

Se trata por ende de una de las muchas actividades encomiables que la BMA ha realizado por mejorar el sistema jurídico mexicano. Con todos sus méritos, el régimen deja dudas sin resolver sin embargo. Por ejemplo:

- (1) **Aplicabilidad:** Comencemos por su aplicabilidad: aplica únicamente a quienes son miembros de dicho Colegio. No obstante que la BMA es el colegio de mayor membresía en México, su manto de aplicabilidad dista de abarcar todo el gremio legal mexicano.
- (2) **Naturaleza:** se trata de un régimen privado. De autoregulación.<sup>32</sup> Al no provenir de ley, su resultado es que cede ante disposiciones de orden público. La certeza que confiere es por ende endeble.

---

<sup>31</sup> En una decisión reciente de la Junta de Honor de la BMA se sostuvo que la información a la que un abogado tiene acceso como parte de su representación está amparada por el Secreto Profesional. Su divulgación con miras a denostar a los autores de la decisión que no asistía a sus intereses consistía por ende una falta al deber de guardar el Secreto Profesional. (Queja 01/2018. Resolución de 3 de julio de 2019. Resolución de Reconsideración de 5 de noviembre de 2019.)

<sup>32</sup> Y si se mantiene como “Criterio Interpretativo” su fuerza es inferior. (Ver comentario en §III.D, *infra*.)

- (3) **Alcance:** son muchas las dudas que no contesta. Por ejemplo:
- (a) *Vida:* ¿Cuándo nace? ¿Cuándo fenece?
  - (b) *Requisitos:* ¿*todo* está protegido? ¿Se protege la comunicación o el contenido? ¿Tiene que ser confidencia o aplica a todo? ¿Qué sucede si se revela?
  - (c) *Grabaciones:* El Código de Ética de la BMA es claro en que no se debe gravar conversaciones sin autorización, pero la última parte del artículo 25 alude al secreto profesional de manera ambigua; y dado que versa sobre conversaciones con terceros—que en principio no estarían amparadas por el secreto profesional—existe ambigüedad.

Muchas de las preguntas hechas al final se la §II.C, *supra*, subsisten.

Mi objetivo con lo anterior no es criticar, es ilustrar. Los redactores del nuevo Código de Ética merecen el reconocimiento y agradecimiento de nuestro gremio por su excelsa labor de mejorar esta disciplina. Sin embargo, existe una necesidad que, aún con los loables esfuerzos de la BMA, permanece insatisfecha.

#### E. COMENTARIO GENERAL SOBRE RÉGIMEN EXISTENTE

El régimen existente es disperso, lacónico y poroso. Existen una infinidad de temas que no aborda, y mucho menos resuelve. Como resultado, prevalece la incertidumbre. Dadas sus implicaciones en el derecho fundamental a la intimidad y el derecho fundamental a un proceso debido, el Poder Judicial ha tenido que colmar lagunas caso por caso. Ello es encomiable en cuanto a *actitud*,<sup>33</sup> pero lamentable en cuanto a origen y resultado. En cuanto a *origen*, debería de existir un régimen exhaustivo; de preferencia una ley especial que lo regule. En cuanto a *resultado*, el que este derecho esté siendo confeccionado de forma pretoriana es subóptimo en que no todos los problemas se litigan. Y ante los huecos, aún cuando se prospera judicialmente, ya existe daño. Ya se divulgó la información—y una vez liberada, no puede ser protegida de nuevo: no se puede rehacer confidencial algo que ya se dio a conocer públicamente.

Un caso particular que este autor ha vivido y que ha arrojado experiencia digna de comentario es en arbitraje. En casos arbitrales en que este autor ha participado ha existido asimetría regulatoria respecto de esta cuestión—misma que no solo genera diferencias y desequilibrios procesales, sino que da oportunidad para su aprovechamiento por partes que desean obtener ventajas sobre sus adversarios. Piénsese por ejemplo en la situación en que *A* sostiene comunicados con sus abogados respecto de hechos que se tornan relevantes en un proceso arbitral. *B* podría intentar—y en algunos casos se intentó—hacerlos revelables vía, por ejemplo, el mecanismos de *'Intercambio Documental'* que

---

<sup>33</sup> El Poder Judicial merece aplauso en la tutela conferida en esta materia.

crecientemente se utiliza en arbitraje, inclusive en casos que involucran a partes cuyo sistema jurídico no contemplan tal figura.<sup>34</sup> Hasta aquí no hay nada nuevo: los procesos de intercambio documental arrojan estas situaciones en forma habitual, y no hay nada en ello que merezca comentario independiente o reproche. Lo que sucede ante la diversidad regulatoria—cotejada con el lacónico régimen mexicano—sin embargo sí.

Una aplicación sencilla de conflicto de leyes arroja la conclusión que lo revelable por cada parte depende del régimen deontológico (incluyendo secreto profesional) aplicable a dicha parte o sus abogados. Cuando diverso, ello necesariamente quiere decir que existe material revelable de una de las partes que es distinto al de la otra. Siguiendo nuestro ejemplo, si *A* proviene por ejemplo de Estados Unidos y *B* de México, ello querrá decir que hay cosas que *A* puede obtener de *B* pero que *B* no puede obtener de *A*. Ello propicia una asimetría procesal que genera no sólo injusticias, sino compromete la legalidad y legitimidad del proceso.<sup>35</sup>

La disparidad en este caso—que no es teórico—ha propiciado una situación de desventaja a las partes cuyos abogados están regidos por derecho mexicano. Dicha disparidad es especialmente lamentable en que obedece al laconismo mexicano aquí denunciado. La respuesta que la praxis arbitral ha confexionado es un régimen tildado coloquialmente como ‘cláusula de nación más favorecida’: si una parte esgrime un privilegio, debe estar dispuesto a que se extienda a favor de la otra, aún si no deviene *ex lege*. De la *lex causae*. Así se guarda la simetría procesal, resguardando el debido proceso.

La última aseveración merece consideración. El aspecto más importante de todo este tema es el de debido proceso—lo cual tiene asidero constitucional y convencional. Constitucionalmente, los artículos 14 (debido proceso), 16 (privacidad) y 17 (tutela judicial efectiva) exigen la tutela de la relación cliente-abogado. Convencionalmente, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos humanos incluye cuatro derechos que sirven de asidero a esta noción: el derecho a (i) ser oído en un proceso *con las debidas garantías*, (ii) medios adecuados para la preparación de su defensa, (iii) comunicarse libre y privadamente con su defensor, y (iv) no ser obligado a declarar en contra de sí mismo (auto-incriminarse). Como lo explicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tristan Donoso v Panamá*<sup>36</sup> el secreto profesional es inherente a la prestación de servicios

---

<sup>34</sup> Ya no es raro observar que partes mexicanas, actuando en base a derecho mexicano, con árbitros mexicanos, y cuya materia está en México, pactan, siguen y cumplen procesos de intercambio documental con sofisticación similar a la que se sigue en jurisdicciones de *common law*. La praxis trasnacional arbitral ha decantado la aceptabilidad de dicho instrumento procesal a tal grado que inclusive practicantes civilistas la siguen sin chistar.

<sup>35</sup> El principio de igualdad y debido proceso es la Carta Magna del arbitraje (artículo 1434 del Código de Comercio).

<sup>36</sup> Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C, No. 193.

legales y forma parte del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, abarcando las comunicaciones entre el abogado y su cliente. En sus palabras:<sup>37</sup>

La Corte considera que la conversación telefónica entre [el cliente y su abogado] 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 debería, incluso, contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional.

### III. PROPUESTA: DEMOS LUZ A UNA NUEVA DISCIPLINA

Habiendo expuesto el régimen existente, haciendo ver sus carencias, propongo que demos luz a un nuevo régimen que sea independiente, especializado y robusto. Uno que tome con seriedad lo sutil y complejo de esta materia, y sobre todo la necesidad a satisfacer. Para ello, a continuación hago una exposición y descripción de lo que considero que son los temas que dicho régimen debe contener, haciendo una propuesta de régimen a adoptar en el contexto de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. (que por concisión llamaré “*Propuesta*”). La *Propuesta* se basa en un trabajo realizado por un grupo de trabajo compuesto por el (entonces) Presidente de la BMA, José Mario de la Garza Marroquin.<sup>38</sup>

Esta disciplina debe comprender dos grandes temas: Secreto Profesional (§B) y Producto del Trabajo Jurídico (§C). A continuación los comento, no sin antes dar algunos antecedentes (§A).

#### A. ANTECEDENTES

La elaboración de la *Propuesta* tuvo como trasfondo reconocer que hay mucho que aprender. Si, necesitamos un régimen propio. Uno que tome en cuenta las características de nuestro sistema. Pero no tenemos por qué adoptarlo con los ojos cerrados. Existe una enorme cantidad de experiencia que puede ser capitalizada en la elaboración de nuestro régimen. Luego entonces, se buscó encontrar un punto medio adecuado entre dos objetivos: crear e inventar. No comenzar a partir de una *tabula rasa* sino aprender

---

<sup>37</sup> Id. ¶75. El contexto fue el artículo 11 de la CADH: protección a la vida privada. Y sobre ello, la CIDH dijo (¶55): “La Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada.”

<sup>38</sup> El grupo de trabajo fue encabezado por este autor. Incluyó a Cuauhtemoc Resendiz, Gonzalo Alarcón y Francisco Riquelme. Deseo agradecer a dichos colegas su profesionalismo, esmero y paciencia en la revisión y comentarios a los diversos proyectos que les propuse. Corroboré y reiteré sus habilidades legales, sabiduría y deseo sincero y bien intencionado de trabajar para nuestro Colegio y país. Fue un placer, además de privilegio, trabajar con ellos. (Este ensayo sin embargo refleja únicamente mi opinión. Ningún error les es imputable.)

de la experiencia extranjera. Eso, considero, es uno de los grandes beneficios del derecho comparado: cotejar para mejorar.<sup>39</sup> Tomar lo que ha servido en otras jurisdicciones, desechando lo que no, para, *mutatis mutandis*, crear un régimen propio que considere y respete las necesidades de nuestro sistema jurídico y país.

Las jurisdicciones que sirvieron de modelo fueron Estados Unidos de América, Reino Unido, Alemania, Francia, Suiza y el régimen Europeo (particularmente de competencia económica).

El ejercicio fue estimulante, pero difícil. Existe una enorme diversidad—a veces discrepancia—entre las posturas tomadas por distintas jurisdicciones. Esta fue estudiada, digerida y decantada. Las propuestas que aquí se hacen tienen un ánimo no sólo sintético sino propositivo—y progresivo: tildar la balanza del lado de lo que la experiencia, la lógica y las realidades del sistema jurídico mexicano necesitan, con miras a contar con la mejor norma posible.

Hecho el esfuerzo estoy convencido que la materia exige un régimen jurídico especializado, que descansa en una filosofía, que contenga conceptos jurídicos ponderados y detallados, que satisfagan la necesidad que existe, dejando atrás el régimen champiñoneado vigente, que dista de ser cabal.

## B. SECRETO PROFESIONAL

### 1. Concepto

No existe *un* concepto uniforme de Secreto Profesional. Salvo una cuestión (el *motif*) la diferencia en aproximación versa sobre todos los aspectos del concepto.

#### (a) *Nomenclatura*

Comencemos con la nomenclatura. Mientras que algunos hablan de ‘protección’, otros hablan de ‘privilegio’:<sup>40</sup> el “*privilegio* cliente-abogado” es el término de arte del *common law*. Black’s Law Dictionary lo define como:

[a]special legal right, exemption, or immunity granted to a person or class of persons; an exception to a duty

---

<sup>39</sup> De hecho, propondría que es una ventaja competitiva que tenemos como país y no hemos explotado. El que otros nos hayan precedido significa que podemos ahorrarnos sus errores—no hay esfuerzo humano perfecto. No hay acción que no propicie implicaciones imprevistas—y capitalizar el resultado de los mismos haciendo nuestro el estado más avanzado de la reflexión y praxis existente.

<sup>40</sup> Ver por ejemplo el criterio contenido en el Registro 2013587 (“**SECRECÍA DE LAS COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE. ES APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA**”) que expresamente utilizan la palabra “privilegio”. En sus palabras “El *privilegio* de la secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente ...”.

[un derecho legal especial, una exención, o inmunidad otorgada a una persona o a una colectividad; una exención a un deber]

La traducción conceptual de lo anterior podría ser tanto ‘protección’ como ‘privilegio’ pues lo que logra el secreto es justamente eso: tanto una protección y un privilegio: se *protegen* las comunicaciones entre un cliente y su abogado. Se confiere un ‘*privilegio*’ en su acepción común y corriente: una “*exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia*”.<sup>41</sup> Ello pues lo que permite el Secreto Profesional es justamente eso: una *exención a una obligación* por cierta *circunstancia*. La *obligación*: divulgar. La *circunstancia*: por existir una relación cliente-abogado.

Luego entonces, es válido tanto *semántica* como *conceptualmente* hablar tanto de ‘protección’ como de ‘privilegio’.

### (b) Tipos

Aunque en este ensayo me enfocaré en el privilegio derivado de la relación cliente-abogado, la materia puede—debe—extenderse a otras áreas donde existe la misma cuestión a tutelar. Por ejemplo, la relación doctor-paciente, guía espiritual-fiel, periodista-fuente, y entre cónyuges.<sup>42</sup> En todos dichos casos, existe un interés tanto individual como colectivo que resguardar, tal que se justifica tutela. Veámoslos:

- **Doctor-paciente:** existe un interés *individual* en que un paciente tenga la confianza que, si revela una confidencia a su doctor, el doctor no la revelará sin su autorización. Existe un interés *colectivo* en que los médicos reciban toda la información relevante para dar la atención médica correcta. Dicho interés existe siempre pero se magnifica cuando el servicio deriva del sistema de salud pública, o cuando ante enfermedades contagiosas. La salud nos concierne a todos.
- **Guía espiritual-fiel:** existe un interés *individual* en que el fiel que se acerca a un guía espiritual para obtener orientación espiritual no vea su confianza desdicha mediante la divulgación de aquello que se confió para obtener la orientación deseada. Existe además un interés *colectivo* en que se respete el ejercicio de las libertades religiosas.
- **Periodista-fuente:** existe un interés *individual* en que una persona que confía información a un periodista no pueda ver su confianza traicionada, especialmente

---

<sup>41</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>42</sup> Algunos proponen que también exista entre el contador y su cliente.

cuando hacerlo implica riesgo.<sup>43</sup> El interés *colectivo* involucrado es que fomenta la libertad de expresión y el derecho a la información.

- **Entre cónyuges:** existe un interés *individual* en que lo revelado a un cónyuge no pueda ser usado en su contra forzando al cónyuge a divulgarlo. El interés *colectivo* reside en no lastimar la figura del matrimonio, que es de interés social: es la célula de la organización de la sociedad.

Todas dichas relaciones merecen protección. En este ensayo sin embargo me enfoco en la legal. (Idealmente el cuerpo normativo que se confeccione podría establecer comunes denominadores y diferencias que deriven del estatus correspondiente.)

### (c) *Alcance*

El alcance es materia de diferencia. Mientras que algunos sistemas jurídicos abarcan *todo* lo que un abogado aprenda en el ejercicio de su mandato, otros lo restringen a que lo comunicado sea *en confidencia*. Mientras que algunos protegen el *medio* de comunicación, otros protegen el *contenido*.

## 2. Propósitos

Existe tanto dispersidad (§a) como consenso (§b) respecto de los propósitos que animan el régimen. Veámoslos.

### (a) *Diferencias*

Respecto de los fines del Secreto Profesional, la experiencia comparada muestra comunes denominadores y diferencias. Mientras que en Estados Unidos e Inglaterra la protección (*privilege*) juega un papel importante,<sup>44</sup> y es en buena medida fruto de desarrollo pretoriano,<sup>45</sup> en Alemania ha recibido menos atención judicial. Su cuerpo normativo es derecho escrito y está contenido en los códigos procesales. Es entendido como el corolario necesario del deber de confidencialidad del abogado.

En Estados Unidos históricamente el propósito original del Secreto Profesional era proteger el honor del abogado al no ser obligado a revelar un secreto de su cliente. Hoy en día el propósito es distinto. El *leitmotiv* del secreto profesional es propiciar la comunicación franca entre quién confía una confidencia y su destinatario pues ello promueve el interés público de observancia del derecho y la administración de justicia.

---

<sup>43</sup> Piénsese por ejemplo en casos en que la información involucra a personas con poder. Piénsese en situaciones en que identificar el testigo pondría su seguridad o vida en peligro.

<sup>44</sup> Más en Estados Unidos que en Inglaterra.

<sup>45</sup> Se trata de una disciplina desarrollada en forma independiente al deber de confidencialidad. Su alcance es inferior que el deber de confidencialidad.

Ello merece tutela por dos motivos. Primero, por que coadyuba con la justicia. Es necesario cerciorar asesoría adecuada para cerciorar que la justicia es lograda. Segundo pues, en su ausencia, sería difícil—en casos extremos, imposible—obtener asesoría jurídica necesaria para cumplir adecuadamente con el régimen existente.<sup>46</sup> Dicho cometido genérico tiene aplicaciones específicas diversas. Por ejemplo, cómo planear actividad diversa de tal forma que se acate el régimen legal aplicable. El objetivo perseguido por el Secreto Profesional en Estados Unidos es explicado la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos así:<sup>47</sup>

the purpose is to encourage full and frank communications between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of the law and administration of justice. The privilege recognizes that sound legal advice or advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the lawyer's being fully informed by the client

[el propósito es alentar comunicaciones completas y francas entre los abogados y sus clientes y por ende promover el interés público mayor en la observancia de la ley y la administración de justicia. El privilegio reconoce que la asesoría o defensa jurídica sirve un fin público y que dicha asesoría o defensa dependen de que el abogado esté totalmente informado por el cliente]

Expuesto negativamente:<sup>48</sup>

The purpose of the privilege is to encourage clients to make full disclosure to their attorneys. As a practical matter, if the client knows that damaging information could more readily be obtained from the attorney following disclosure than from himself in the absence of disclosure, the client would be reluctant to confide in his lawyer and it would be difficult to obtain fully informed legal advice

[El propósito del privilegio es alentar a los clientes a revelar de manera total la información a sus abogados. Como cuestión práctica, si el cliente sabe que la información que le es perjudicial puede ser obtenida del abogado después de que se la compartió, el cliente sería renuente a confiar en sus abogados y será difícil obtener una asesoría legal informada]

Y respecto de la perspectiva individual:<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Un tercer cometido a veces utilizado es proteger el interés del cliente en poder decidir por sí mismo si debe divulgarse información confidencial—y en su caso qué debe divulgarse.

<sup>47</sup> *Upjohn Co v US*, 449 US 383, 389 (1981). Dicha visión es añeja. Por ejemplo, en *Hunt v Blackburn* (128 US 464 (1888)) se dijo: “The rule which places the seal of secrecy upon communications between client and attorney is founded upon the necessity, in the interest and administration of justice, of aid of persons having knowledge of the law and skilled in its practice, which assistance can only be safely and readily availed of when free from the consequences or the apprehension of disclosure.”

<sup>48</sup> *Fisher v US*, (425 US 391).

<sup>49</sup> *Trammel v US*, (445 US 40 (1980)). *Upjohn Co v US*, (449 US 383 (1981)).

The client-privilege rests on the need for the advocate and counsellor to know all that relates to the client's reasons for seeking representation if the professional mission is to be carried out

[El privilegio del cliente descansa en la necesidad del abogado o asesor de saber todo lo que se relaciona con los motivos del cliente para solicitar representación, y para que dicha misión profesional se lleve a cabo]

La visión expuesta en los casos citados colisiona con un objetivo importante: En averiguar la verdad. En Estados Unidos dado que el privilegio complica la determinación de la verdad, se interpreta estrictamente.<sup>50</sup> Algo semejante puede decirse de Europa en el contexto de las investigaciones de competencia económica: al considerarse violaciones a los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea, se entienden como transgresiones serias al mercado europeo. Aunado a la dificultad de su detección, como resultado, la Corte de Justicia Europea ha decidido interpretarlas en forma estricta.

Algunas jurisdicciones llevan esto un paso más adelante. En Alemania por ejemplo se considera que el abogado es un “agente de la administración de justicia”,<sup>51</sup> lo cual implica que es co-responsable por su buen funcionamiento. Para ello, la confianza es necesaria: únicamente la asesoría franca, competente y bien realizada puede lograr el propósito, para lo cual debe revelarse toda la información. Sin confianza ello no es realizable. Imponer la obligación al abogado de divulgar información confiada por su cliente pondría en peligro el funcionar del trabajo a ser realizado por el abogado y por poner en peligro la administración de justicia.

#### (b) *Semejanzas*

No obstante las diferencias en las aproximaciones, existe consenso sobre propósito: las comunicaciones entre el cliente y su abogado son dignas de protección pues ello fomenta conversaciones francas que permiten asesoría cabal. La suposición que existe es que el cliente no daría toda la información necesaria a un abogado para que confiera asesoría jurídica si el cliente no puede estar seguro que lo que divulgue no será revelado. Y dicho propósito *individual* trae aparejado un propósito *general*: la correcta administración de justicia.

#### (c) *Propuesta*

Tomando en cuenta lo anterior, propongo que la *ratio legis* sea proteger la comunicación del cliente con su abogado por ser ello individual y colectivamente deseable. Al respecto, la ***Propuesta*** dice:

---

<sup>50</sup> *Westinghouse Elec Corp v Republic of Philippines*, 951 F2d 1414 (3<sup>rd</sup> Cir 1991); *US v Wells*, 929 F Supp 423 (SD Ga 1996).

<sup>51</sup> Sección 1 de la *Bundesrechtsanwaltsordnung* (Ley Federal sobre Abogados).

## I. PROPÓSITO

1. El propósito del secreto profesional es proteger la comunicación abierta y franca entre el cliente y el abogado, para propiciar el adecuado asesoramiento y, en su caso, el planteamiento de los medios correspondientes para la solución de los conflictos o la defensa de los intereses del cliente. Es condición indispensable para el adecuado ejercicio profesional del abogado, en servicio del derecho y para coadyuvar en la realización de la justicia.
2. En ausencia del secreto profesional el cliente no brindaría al abogado toda la información necesaria para que el abogado le brinde asesoría jurídica efectiva. Ello ocurriría si el cliente no tuviera certeza de que lo que revele a su abogado no será revelado.

## 3. Titularidad

El Secreto Profesional pertenece al cliente. Nadie cuestiona dicho principio. Lo que es materia de diferencia es el papel del obligado a guardarlo (el abogado) respecto del mismo: cómo, cuándo y por qué esgrimirlo. Por ejemplo, mientras que en Estados Unidos sólo el cliente puede invocarlo, en Alemania, aunque el privilegio pertenece al cliente, sólo el abogado puede invocarlo.<sup>52</sup> En otros sistemas lo pueden invocar ambos—de allí que algunos digan que el Secreto Profesional pertenece tanto del cliente como del abogado, quien puede esgrimirlo como escudo respecto de una solicitud de revelación de información.

Propongo que distingamos *titularidad* de *invocabilidad*. Mientras que el secreto le pertenece al cliente (quien es el amo del mismo), puede ser invocado *qua* defensa tanto por el cliente como el abogado. Por ello, es conveniente concebir el Secreto Profesional como una espada y como un escudo. Es *espada* del cliente y *escudo* del abogado. Mientras que el cliente puede esgrimirlo para defenderse, el abogado puede escudarse de una orden que busque obligarlo a divulgar el secreto profesional. Por lo anterior, considero que la mejor visión de esta cuestión es que el Secreto Profesional:

- **Titularidad:** le pertenece al cliente, y sólo el cliente. Decir que le pertenece al abogado confunde y abre discusiones que es mejor evitar.
- **Invocación:** puede ser invocado tanto por el cliente como por el abogado, quien deberá hacerlo inclusive cuando el cliente no lo haga (sea por que lo ignore o no esté en condiciones de ejercerlo<sup>53</sup>). Y la obligación del abogado a resguardarlo es una obligación *de medios*, no *de resultados*, que exige emplear todos los medios que sean razonablemente aceptables para preservarlo.

---

<sup>52</sup> Secciones 383(1) No. 6 and 142(2) del Código de Procedimiento Civil alemán.

<sup>53</sup> Por ejemplo, por no estar consciente, estar en estado de interdicción, o inclusive por haber fallecido. El deber de guardar el Secreto Profesional subsiste inclusive cuando su titular ha fallecido (a menos que el sucesor del bien tutelado por el mismo lo renuncie).

Por lo anterior, mientras que el cliente es el ‘amo’ del secreto; el abogado el ‘esclavo’ del mismo.

La **Propuesta** dice al respecto:

## II. TITULARIDAD E INVOCACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL

3. El secreto profesional es un derecho del cliente. Es también un derecho del abogado invocarlo para su protección.

4. El secreto profesional puede ser invocado tanto por el cliente como por el abogado. Si el cliente lo invoca, el abogado está obligado a acatarlo. Es un deber del abogado hacer uso de los medios legales razonables para preservarlo.

La segunda oración del punto 3 fue resultado del consenso del grupo de trabajo. En mi opinión hubiera sido más preciso decir “*El secreto profesional es un derecho del cliente. Es obligación del abogado invocarlo para su protección.*”

### 4. **Ámbito subjetivo, *ratione personae***

No cualquier comunicación está protegida por el Secreto Profesional. Debe involucrar a un *cliente* (§a) y a un *abogado* (§b). Veamos cada uno por separado.

#### (a) *Cliente*

Es necesario ser “cliente”. Es decir, no cualquier relación puede estar cobijada por el Secreto Profesional, debe tratarse de una relación en la que el profesional prestará (actual o potencialmente) un servicio profesional, *qua* profesional.

Cuando la relación del abogado es con una *persona física* suele no existir duda sobre quién es el cliente. Pero cuando la relación es con una *persona moral*, la duda que surge es el alcance del ‘cliente’. No es infrecuente que un abogado interactúe con múltiples personas físicas que encarnan puestos diversos dentro de la organización que constituye la persona moral. Ante ello, surge la duda sobre quién cuenta como ‘cliente’. ¿Quién habla por el cliente? ¿Quién es el interlocutor válido? ¿Hasta dónde se debe entender que está comprendido el manto del concepto ‘cliente’?

Mientras que existe acuerdo sobre los *extremos*, existe diferencia en los puestos *medios*. Por ejemplo, está claro que el Presidente o Director General sería interlocutor válido. También está claro que la recepcionista o guardía de la recepción *no* habla por el cliente. Dentro de dichos extremos, ¿dónde estaría el punto medio correcto? ¿Dentro de la estructura orgánica de una empresa, hasta qué nivel jerárquico puede hablarse de directivos o personal que hablar por la persona moral?

La pregunta recibe respuestas en jurisdicciones distintas. Aunque todos protegen comunicaciones entre el cliente y su abogado, el alcance de lo que se entenderá como ‘cliente’ varía. Mientras que en Alemania no importa si el abogado recibe la información

del cliente o un tercero, siempre que la información verse sobre el mandato del cliente. En Reino Unido se ha sostenido que sólo los funcionarios de alto nivel están autorizados para comunicarse con abogados por parte del cliente.<sup>54</sup> En Estados Unidos se ha adoptado una postura más amplia: la protección se extiende a empleados de la persona moral *siempre que las comunicaciones tengan lugar como parte del ámbito de responsabilidad del empleado en cuestión*. (Es decir, ha rechazado lo que se había conocido como el “control group test”.<sup>55</sup>)

Tomando en cuenta todo lo anterior, después de análisis y discusión, el grupo que trabajó en la **Propuesta** decidió proponer una solución profiláctica: será ‘cliente’, y hablarán por él, los más altos directivos, empleados de confianza y el director jurídico de la persona moral en cuestión.

La **Propuesta** adopta una segunda regla que busca esclarecer situaciones ambiguas: El Secreto Profesional se extenderá a la información que transmitan los funcionarios de jerarquía inferior a los incluidos en la regla general (los más altos directivos, empleados de confianza y director jurídico) cuando (i) actúen dentro del ámbito de sus competencias y (ii) la información amparada por el Secreto Profesional sea *necesaria* para el desempeño de sus funciones.

Es por todo lo anterior que la **Propuesta** establece:

8. La protección del secreto profesional, respecto de personas físicas, abarca confidencias compartidas a un abogado por el cliente mismo, o por persona que lo haga a su ruego.
9. Respecto de personas morales, es necesario que quien transmita la información que se desea que esté cubierta por el secreto profesional cuente con facultades de representación para hacerlo. Se entenderán comprendidos dentro de lo anterior los más altos directivos, empleados de confianza y el director jurídico de la persona moral.
10. El secreto profesional se extenderá a la información que transmitan los funcionarios de jerarquía inferior a la descrita en el párrafo anterior, siempre que actúen dentro del ámbito de sus competencias dentro de la empresa y dicho ámbito de competencias involucre el conocimiento de la información materia del secreto profesional.

(b) *Abogado*

La relación cliente-abogado debe necesariamente involucrar a un ‘abogado’. Ello resuena a verdad de Perogrullo. Sin embargo, existen tres cuestiones que derivan de ello y que

---

<sup>54</sup> El caso que arrojó la regla (*Three Rivers (No 5)*) involucró un banco.

<sup>55</sup> *Upjohn Co. v US*, 449 US 383 (1981).

no son evidentes: el estatus de ‘abogado’ (§i), los miembros del equipo del abogado (§ii), y los abogados de empresa (§iii).

### (i) Estatus de ‘abogado’

Para ser ‘abogado’ en la relación cliente-abogado, hay que ser **abogado**; es decir, un profesional calificado como tal conforme al régimen académico y profesional aplicable. De no reunir los requisitos para ser considerado ‘abogado’,<sup>56</sup> no nace el privilegio de protección de la relación cliente-abogado.

Lo anterior torna relevante (y peligrosa) la práctica no infrecuentemente vista de abogados que nunca concluyeron los trámites para finiquitar sus estudios y obtener su grado profesional, pero que no obstante ello son profesionales activos—a veces prominentes.

¿Qué hacer al respecto?

Dados los fines de este ensayo, me ciño a hacer ver que la situación descrita puede detonar responsabilidad civil (profesional o por hecho ilícito) de personas que se ostentan como abogado y no lo son del todo. Si, confiando en que conversa con un abogado y por ende lo confiado estaría protegido, una persona divulga algo delicado que es eventualmente forzosamente revelado por no existir *en verdad* la protección del Secreto Profesional, ello podría ser considerado mala praxis o hecho ilícito del género generar responsabilidad civil a cargo del (pseudo)abogado obligado a revelar. El ilícito sería ostentarse falsa o inexactamente como abogado ante el cliente.

### (ii) Equipo del abogado

¿Qué hay de los miembros del equipo o personal administrativo del abogado? ¿Deben gozar el mismo privilegio? La respuesta es menos evidente de lo que parece a primera impresión. Por un lado, no son ‘abogados’. ¿Por qué deberían entonces gozar del privilegio conferido a abogados?—que dicho sea de paso podría entenderse de interpretación estricta.<sup>57</sup> Por otro, las abogados suelen no actuar solos. No extender la protección a quienes colaboran con él podría implicar porosidad inadvertida y peligrosa.

La respuesta que se propone en la **Propuesta** es positiva. El motivo es triple. El abogado es contratado por su profesionalismo, lo cual incluye el del equipo que encabeza o del que forma parte. Ello incluye profesionales en ciernes que lo conforman. Segundo, si el personal administrativo estuviera descubierto, el Secreto Profesional sería poroso;

---

<sup>56</sup> Mientras que existen instituciones educativas que emiten títulos de “Licenciado en Derecho”, otras emiten títulos de “Abogado”. Todas deben ser respetadas, siempre que sean aceptadas por la autoridad educativa competente.

<sup>57</sup> Como lo hacen en por ejemplo Estados Unidos de América al entenderse como una excepción al principio de búsqueda de la verdad.

fácil de burlar. Tercero, se obligaría al abogado a tomar protecciones onerosas e innecesarias, lo cual incluiría realizar tareas administrativas que generarían sobrecostos que serían desperdicio.

### (iii) Abogado interno de la persona moral

La cuestión de la existencia de protección por Secreto Profesional a las labores del abogado interno de personas morales es una de las que más diferencia de respuesta recibe. Aunque existe unisono en el derecho comparado que las comunicaciones con abogados *externos* son las protegidas, las *internos* no. Mientras que en Estados Unidos e Inglaterra la protección también se extiende al abogado *interno*,<sup>58</sup> Europa ha negado dar protección al abogado interno razonando que no tienen el mismo nivel de independencia. Desde el caso *AMEC S Europe Limited v Commission*<sup>59</sup> en el que se sostuvo que las comunicaciones intercambiadas entre abogado y cliente estaban protegidas siempre que dichas comunicaciones ‘emanen de abogados independientes, es decir, abogados que no están vinculados al cliente mediante un vínculo de empleo’, ha existido un debate intenso sobre si las comunicaciones de los abogados *internos* deben merecer la misma protección.<sup>60</sup> Y el resultado del debate es, al día de hoy, negativo: la Corte de Justicia de la Unión Europea ha rechazado que las comunicaciones con abogados internos merezcan la protección de secreto profesional argumentando que el abogado interno ‘no cuenta con la independencia de su patrón como la que tiene el abogado externo. Como resultado, el abogados internos tienen menos habilidad para manejar efectivamente los conflictos entre sus obligaciones profesionales y los propósitos del cliente’.<sup>61</sup> Como puede observarse, el paradigma europeo es limitado: los abogados internos están en una posición fundamentalmente distinta a los abogados externos.

En Reino Unido la saga *Three Rivers*<sup>62</sup> ha arrojado como regla que ‘cliente’ es la persona que solicita asesoría jurídica. Sólo las comunicaciones que involucran a los individuos expresa o implícitamente autorizados por la entidad que conforma el cliente a dar instrucciones (es decir, que tienen la tarea de obtener asesoría jurídica) al abogado

---

<sup>58</sup> Sin embargo, el abogado debe estar contratado como abogado. No en capacidades diversas, como asesor de otras materias o simplemente empleado.

<sup>59</sup> Case 155/79 *AMEC S Europe Limited v Commission* [1982] ECR 01575.

<sup>60</sup> Un argumento interesante al respecto es la aseveración que la independencia de un abogado debe determinarse mediante referencia a las obligaciones éticas y profesionales a las que un abogado está sujeto al estar admitido a la barra, y no a la relación laboral.

<sup>61</sup> Case C-550/07 P *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v Commission* [2010] ECR I-08301, Opinion of AG Kokott, ¶155 *et seq.*

<sup>62</sup> *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (No 4) [2002] EWCA Civ 1182, [2003] 1 WLR 210. *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (No 5) [2003] QB 1556 (CA). *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (No 6) [2005] QB 916 (CA). *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (No 6) [2005] A AC 610 (HL).

externo y recibir la asesoría del abogado externo (que pueden ser distintas) podrán estar protegidos por el privilegio legal.<sup>63</sup>

Esta cuestión generó debate en el grupo de trabajo. Después de analizar las implicaciones de todas las visiones, se decidió por dejar claro que, si el abogado actúa como abogado, contará con el privilegio. El que sea el abogado interno no cambia dicha situación. En cambio, tomar la postura contraria implicaría que el papel más importante por el que una persona moral suele tener un abogado interno sería diluido.

Por todo lo anterior, la **Propuesta** indica al respecto:

5. Es necesario que el profesional al que el cliente le confía algo que desea mantener confidencial sea abogado habilitado para el ejercicio profesional del derecho.
6. El deber del secreto profesional se extiende a personas bajo el control o supervisión del abogado.
7. El secreto profesional se extiende a otros profesionales cuando el servicio que prestan versa sobre el ejercicio de derechos que incluyen el deber de guardar el secreto profesional.

## 5. **Ámbito *ratione materiae***

El alcance del Secreto Profesional es variado. A continuación se explicarán los aspectos de diferencia en base a lo protegido (§a), el medio o contenido (§b), y su distinción (§c) para luego explicar la *Propuesta* (§d).

### (a) *Confidencia*

En todas las jurisdicciones se protegen las confidencias. Pero donde empieza la diferencia es si la protección se ciñe a confidencias. Y al respecto el panorama es variopinto. Mientras que algunos consideran que abarca todo, otros consideran que la protección no se extiende a *peccata minuta* y otro tipo de cuestiones. Ejemplifican los primeros Suiza, donde el Secreto Profesional se extiende a todo lo que el abogado

---

<sup>63</sup> El caso involucró el colapso de 1991 de BCCI y la subsecuente investigación al respecto. Para ello se creó la *Bingham Inquiry Unit* (conformado por tres funcionarios bancarios encaminados a manejar todas las comunicaciones entre el banco y el esfuerzo de investigación encabezado por el (reconocido) Lord Justice Bingham. El banco obtuvo asesoría de un despacho prominente (Freshfields). Durante la misma, se dio asesoría sobre cómo preparar y presentar la evidencia del banco a quienes realizaban la investigación. Los liquidadores de BCCI demandaron a Bank of England por parte de los acreedores de BCCI basándose en el informe derivado del Bingham Inquiry (el *Bingham Report*). En dicho contexto se solicitó la revelación de documentos preparados por el banco y transmitidos al Bingham Inquiry Unit. Siendo que la investigación no era adversarial, no se pudo esgrimir el privilegio del trabajo jurídico (*litigation privilege*) sino el equivalente al secreto profesional: *legal advice privilege*.

aprenda en el ejercicio de su mandato.<sup>64</sup> Ejemplifican los segundos Alemania, Estados Unidos y Reino Unido. En Alemania, la información sobre la identidad del cliente y hora de las juntas está protegida si el cliente así lo desea. En Estados Unidos y Reino Unido ello no se protege ello pues no se entiende que forma parte de la *comunicación* entre el cliente y abogado.

Un aspecto de coincidencia es el propósito: la comunicación debe tener como finalidad *obtener asesoría o asistencia jurídica*. De lo contrario, la protección no acaece.

La duda ha surgido sobre el alcance de la protección ante asesoría diversa. Es decir, su alcance ante diversos tipos de asesoría o una charla que incluye muchas cosas. Siendo que mucho puede ocurrir durante una conversación, las discusiones de grado han sido resueltas en Estados Unidos y Reino Unido exigiendo que la asesoría jurídica sea el *propósito predominante* de la consulta. Alemania por el contrario no distingue entre asesoría legal, económica, financiera o de negocios. Lo único que pide es que el abogado sea contactado *en su capacidad de abogado*, no particular. Subyace el razonamiento que puede ser difícil discernir y artificial dividir, y que detrás de la asesoría pueden existir consideraciones económicas, financieras o de negocio.

(b) *¿Comunicación o contenido?*

Una de las grandes divisiones sobre esta cuestión consiste en si lo que se protege es la comunicación o el contenido de la misma. Mientras que en Estados Unidos de América y Reino Unido protegen la *comunicación* mas no la *información*, en Alemania la protección es a la *información* subyacente, no el *medio de comunicación*.

La cuestión es importante pues acarrear implicaciones diversas. Si lo que se protege es el *medio*, no el *contenido*, ello necesariamente implicará que:

- (1) La protección no se pierde por el hecho que el contenido se haya revelado a un tercero o se haga público.
- (2) El contenido puede tener una protección independiente del Secreto Profesional (por ejemplo, estar amparado por un deber de confidencialidad o ser un secreto industrial).
- (3) Los documentos pre-existentes no se convierten en ‘privilegiados’ por que hayan sido otorgados por el cliente al abogado.
- (4) No existe renuncia al Secreto Profesional si son inadvertidamente revelados. Por ejemplo, si una parte espía, roba documentos, graba ilícitamente, o escucha de

---

<sup>64</sup> ATF 117 Ia 341 Me B. et X., du 11 septembre 1991. François Bohnet, *LES GRANDS ARRÊTS DE LA PROFESSION D'AVOCAT*, Université de Neuchatel, Helbing Lichtenhahn, 3e édition, 2015, p. 276.

forma no autorizada la conversación (siempre que se hayan tomados las medidas razonables para prevenirlo).

En Europa la protección de las comunicaciones entre el cliente y el abogado existe sin importar quién (abogado o cliente) redactó el documento o el formato en que esté elaborado o almacenado.<sup>65</sup> Los correos electrónicos tienen el mismo tratamiento que documentos hechos por escrito en papel. A su vez, la protección se extiende a comunicaciones orales. Por lo anterior, es válido decir que, cuando lo que se protege es el medio, ello abarca *cualquier* medio. No importa que sea físico (papel; dossier), electrónico (un correo electrónico o *chat* en Whatts App) o verbal (una conversación).

(c) *Confidencia, secreto y confidencialidad*

El Secreto Profesional y el deber de confidencialidad son distintos. Si bien se asemejan en que el destinatario de la obligación está obligado a no revelar lo que conoce, existen diferencias. Por ejemplo:

- El deber de confidencialidad es más amplio que el Secreto Profesional.
- El deber de confidencialidad es sustantivo, el Secreto Profesional más procesal. (Suele ser una regla procesal evidencial. Probatoria. Sin embargo, a veces existe regulación sustantiva.)
- Mientras que el Secreto Profesional deviene de ley, los deberes de confidencialidad suelen tener fuente diversa—a veces legal; a veces contractual.
- El deber de confidencialidad puede ceder ante otros imperativos legales. El Secreto Profesional es absoluto.

(d) *La Propuesta*

Por todo lo anterior, la **Propuesta** contempla lo siguiente:

12. La protección de secreto profesional incluye aquello que:
  - (a) Revele las confidencias del cliente;
  - (b) El cliente identifique expresamente como tal;
  - (c) El abogado confiera al cliente, si el abogado es contratado para dar asesoría jurídica.
13. Las opiniones que el abogado dé al cliente estarán protegidas por el secreto profesional.
14. La protección se extiende a la comunicación misma, no al contenido. La protección del contenido es contingente en la naturaleza misma de la información. La

---

<sup>65</sup> Case 155/79 *AM & S Europe Limited v Commission* [1982] ECR 01575, ¶22.

protección del secreto profesional es independiente de la protección que el contenido de la información transmitida por el cliente encuentre de conformidad con alguna disposición jurídica.

15. La protección de secreto profesional existe al margen del medio de comunicación empleado.

17. El secreto profesional no se extiende a información trivial.

## 6. *Ámbito ratione temporis*

La temporalidad del secreto ha propiciado diferencias. Las abordaré comenzando con las relaciones actuales y potenciales (§a), la situación una vez concluida la relación profesional (§b), con miras a dar contexto a la **Propuesta** (§c).

### (a) *Actual o potencial*

Mientras que el escenario ‘actual’ requiere menos explicación—si se entabla una relación cliente-abogado, aplicará la protección del Secreto Profesional—la situación ‘potencial’ busca abarcar situaciones en que se está contemplando entablar una relación profesional, pero no se materializa. Piénsese por ejemplo en una entrevista entre un cliente y un abogado con la finalidad de que el cliente decida si desea contratar los servicios de un abogado. O un ‘*beauty-contest*’: cuando se invitan a equipos diversos a hacer propuestas para ser consideradas competitivamente.

Si en el contexto de una conversación en la cual un cliente *potencial* está contemplando contratar a un abogado el cliente le revela al abogado una confidencia, ¿está dicha confidencia amparada por el Secreto Profesional si nunca se consuma la relación profesional? ¿Qué sucede si no solo no hay relación profesional sino que no ha remuneración alguna? ¿O si el cliente incumple con su obligación de pago?

La respuesta no es variada en el derecho comparado. En todas las jurisdicciones consultadas la protección se extiende a las comunicaciones entre el abogado y un cliente *prospectivo*. Es irrelevante el que el abogado sea eventualmente contratado.

Luego entonces, conforme al régimen que creemos en México, la protección del Secreto Profesional debe existir aún si no se materializó una relación profesional cliente-abogado.

### (b) *Post-relación profesional*

La protección de Secreto Profesional existirá en comunicaciones entre el cliente y el abogado, y cesará una vez que dicha relación concluya (por cualquiera de los dos). Ello no quiere decir que cesa la protección respecto de lo ya confiado, quiere decir que la protección no nace respecto de lo que pueda ocurrir después. La protección continuará

respecto de las comunicaciones que ocurrieron mientras existió la relación cliente-abogado, inclusive después de que esta haya concluido.

En esta cuestión existe unisono en el derecho comparado. Por ejemplo, en Europa la protección cliente-abogado aplica al margen de cuándo ocurrió la comunicación: sea que haya ocurrido antes o después del inicio de procesos. Siempre que exista una ‘relación’ entre la materia y la investigación efectuada por la Comisión Europea, estará protegida.<sup>66</sup> En Alemania, Estados Unidos y Reino Unido el privilegio es ilimitado en tiempo. No cesa de existir una vez concluida la relación cliente-abogado, o que haya muerto el cliente. (Aunque en Alemania se considera que deja de existir privilegio si el interés del *de cuius* ha cesado con la muerte.) Estados Unidos establece una excepción: si los herederos atacan el testamento.

(c) *Propuesta*

En considerando todo lo anterior que la **Propuesta** contempla lo siguiente:

**V. ÁMBITO TEMPORAL**

A. VIGENCIA

**18.** El secreto profesional es *ad perpetuam*. Sobrevive la relación cliente-abogado. Sobrevive la vida del cliente.

B. CLIENTE PROSPECTIVO

**19.** El secreto profesional se extiende a las comunicaciones entre el abogado y el cliente prospectivo cuando las comunicaciones ocurran buscando algunos de los objetos del secreto profesional detallados en el lineamiento 12, al margen de que el abogado haya sido finalmente contratado o no.

El mensaje es claro: no existe consideración competitiva (*countervailing consideration* como se ha razonado) que desplace el deber del secreto profesional.<sup>67</sup>

**7. Excepciones**

Existe una excepción generalmente aceptada al Secreto Profesional: la comisión de un delito *futuro*. Es decir, la asesoría *para* cometer un delito, en contraposición a la asesoría *por* cometer un delito. Mientras que el segundo caso involucra tutelar asesoría *en defensa* de un procesado por un delito *ya cometido*, la primera situación versa sobre asesoría *en preparación* de un delito *futuro*; para propiciar el éxito en su consumación. Mientras que la segunda debe ser protegida, la primera no. El razonamiento es que el interés social de

---

<sup>66</sup> Case 155/79 *AM & S Europe Limited v Commission* [1982] ECR 01575, ¶23.

<sup>67</sup> La única duda que ha surgido de experiencia reciente a esta tajante aseveración es cuando ante terrorismo. El estado de mi investigación es que ello es un tema no resuelto. Y no estando resuelto, la visión que prevalece es que la protección es absoluta. Sin embargo, el tema es interesante. Podría erigirse en la única excepción al principio de protección absoluta del Secreto Profesional.

contar con asesoría jurídica cesa cuando el propósito es cometer delitos: no hay interés social en proteger dicha actividad. Además el abogado no puede contar con protección cuando cómplice de un delito.<sup>68</sup>

Es tomando en cuenta lo anterior que la *Propuesta* contempla:

#### VIII. EXCEPCIONES

30. La protección del secreto profesional es absoluta.
31. La protección del secreto profesional por trabajo jurídico concluye con la conclusión del servicio profesional que le da origen.

Como puede observarse, la versión final de *Propuesta* omitió la excepción de delito. Ello seguramente es omisión mia. Para remediarlo y contar con un texto que no descuida esta cuestión, propongo que al texto final que se añada:

El secreto profesional no abarca delitos futuros.

### 8. Pérdida y renuncia

El Secreto Profesional es un derecho que puede perderse o renunciarse. Los motivos son los siguientes:

- (1) **Revelación:** cuando la confidencia se divulgue a terceros, deja en verdad de ser un ‘secreto’. Ante ello, deja de existir la protección correspondiente.

Este razonamiento no es universalmente compartido, sin embargo. Mientras que en Alemania la revelación accidental no implica renuncia a la protección, en Europa,<sup>69</sup> si el cliente envía documentos amparados por Secreto Profesional a terceros, pierde la protección.<sup>70</sup> En Estados Unidos la revelación resta carácter confidencial – a menos que sea accidental, en cuyo caso no habrá renuncia si se tomaron pasos razonables para prevenirlo o rectificar el error. En Reino Unido la revelación accidental no resta protección siempre que exista corrección previa a la inspección por la autoridad competente. De lo contrario, puede ser usado por las autoridades que lo encuentren.

- (2) **Renuncia:** el Secreto Profesional es un derecho del cliente. Puede por ende ser renunciado por el cliente—pero sólo por el cliente. En esto existe unisono: en todas las jurisdicciones examinadas puede ser renunciado por el cliente y solo por el cliente. Algo distinto ocurre con la protección del Producto Trabajo Jurídico,

---

<sup>68</sup> Existe opinión en Estados Unidos y Reino Unido que no abarca “fraud”, entendido no solo en su acepción penal, sino también civil: como cualquier forma de engañar o de deshonestidad, incluyendo inducir al incumplimiento de un contrato.

<sup>69</sup> Case 155/79 *AM & S Europe Limited v Commission* [1982] ECR 01575, ¶281.

<sup>70</sup> Por ende, si estos se encuentran en oficinas de terceros, se tiene por perdida la protección.

que pertenece tanto al abogado como al cliente por lo que ambos pueden renunciarlo. (Se considera que existe un interés *del abogado* a la secrecía del material que él generó y que es protegido como ‘trabajo jurídico’ – como explico en §III.C, *infra*.)

- (3) **Demanda:** en Estados Unidos y Reino Unido se pierde el privilegio si el cliente demanda a su abogado por responsabilidad profesional (*malpractice*). En Alemania se considera una excepción a la protección del secreto profesional.<sup>71</sup> Cuando ello sucede, la protección se pierde respecto de las comunicaciones entre el abogado y el cliente que son necesarias para determinar la razonabilidad de la actuación del abogado y por ende si existe responsabilidad.

Es tomando en cuenta lo anterior que la **Propuesta** dice:

16. El secreto profesional se pierde sí:
- (a) El cliente revela a terceros la información;
  - (b) Existen terceros ajenos al cliente o al abogado (y su equipo profesional o personas bajo supervisión del abogado) que están presentes al momento en que se confía la información correspondiente.

De nuevo, observo que la Propuesta omite algo: el caso de demanda al abogado. Propondría por ello que se añada una tercera hipótesis:

“(c) Si el cliente demanda al abogado y en la medida que la información sea atingente a los hechos relevantes.”

## C. PRODUCTO DEL TRABAJO JURÍDICO

El Secreto Profesional ofrece una protección parcial. Incompleta. Es ante ello que se ha creado el concepto “Producto del Trabajo Jurídico”: para abarcar y colmar espacios dignos de tutela consistente en el resultado de la preparación para litigio. A continuación explico su razonamiento (§1) y alcance (§2) como antecedente de lo incluido en la **Propuesta** (§3).

### 1. Objetivos

El razonamiento que subyace la protección del Producto del Trabajo Jurídico es tutelar el esmero. Resguardar los beneficios de la inteligencia. De la experiencia. Que la habilidad más valiosa del abogado—el conocimiento, la inteligencia y sus destrezas forenses—no sean apropiadas por otro, particularmente el adversario.

---

<sup>71</sup> Lo cual es distinto pues, mientras que la renuncia implica que de allí en adelante ya no hay protección, la excepción implica que nunca existió protección.

La preparación para litigio necesariamente exige estudio, trabajo, análisis. Decantar lo relevante de lo irrelevante; generar una teoría del caso, una estrategia. Y todo ello de preferencia en ausencia de interferencia. El resultado se vierte en material diverso como opinión, entrevistas, manifestaciones, memoranda, correspondencia, escritos, impresiones mentales, percepciones individuales. Ello arroja resultados tangibles e intangibles, todo lo cual se conoce como “*Attorney Work Product*” en Estados Unidos, “*Litigation Privilege*” en Reino Unido, y que hemos traducido “*Producto del Trabajo Jurídico*”.

En Estados Unidos y Reino Unido el razonamiento es protección del material preparado en anticipación a litigio o para litigio. Sin el mismo, los abogados estarían desincentivados a prepararse intensamente para litigio pues podrían ver que otro apropia el fruto de su labor, inteligencia y experiencia. Sirve para que el cliente y abogado se preparen con la seguridad de que otros no podrán obtener el fruto de su esmero.

De no existir este concepto lo que ocurriría es ineficiencia, injusticia y prácticas agresivas en la preparación de los casos y en el contexto de ofrecer opiniones. El efecto sería desmoralizar. Como resultado, existe un interés tanto individual como agregado en resguardarlo: los intereses tanto de los clientes como de la justicia serían desfavorecidos sin el mismo.

## 2. Alcance

Aunque existe común denominador en cuanto a *filosofía*, el *alcance* varía.

En Alemania el privilegio no se extiende al trabajo jurídico, sólo a los hechos confiados por el cliente.<sup>72</sup> En Estados Unidos se extiende a intangibles como pensamientos y memorias del abogado. En Reino Unido también es amplio: no solo comunicaciones cliente-abogado sino con terceros en preparación para litigio.

Mientras que en Estados Unidos y Reino Unido abarca material preparado *para litigio*; en Alemania existe dicha protección sin importar si es para representación en procesos.

Mientras que en Alemania la protección está atada al abogado, por lo que sólo existe si la preparó el abogado (y su asistente), en otras jurisdicciones no se exige que tenga que ser preparado por el abogado mismo; puede ser preparado por su equipo.

La protección no se pierde por ser revelado a terceros. Siempre puede exigirse que no se le revele al adversario. A diferencia del Secreto Profesional (que nadie puede ver), esta protección se ciñe a que no lo vean los representantes del interés opuesto en un proceso.

---

<sup>72</sup> Annabelle Möckesch, ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE IN INTERNATIONAL ARBITRATION, Oxford International Arbitration Series, Oxford, 2017, p. 105.

En Reino Unido el privilegio es absoluto; en Estados Unidos es una protección contra *discovery*. La intensidad del privilegio varía dependiendo del tipo de producto del trabajo jurídico: el trabajo jurídico normal puede ser desplazado por la necesidad sustancial de que la otra parte cuente con ello. La *opinion work product* sin embargo cuenta con protección absoluta o casi-absoluta. Tiene una protección mayor que el producto normal del trabajo jurídico (el *ordinary work product*) pues, como se dijo en un caso:<sup>73</sup>

“Any slight actual content that such items may have is generally outweighed by the adversary’s system’s interest in maintaining the privacy of an attorney’s thought processes”

[Cualquier escaso contenido actual que dichos elementos puedan tener es generalmente superado por interés del sistema adversarial en mantener la privacidad de los procesos mentales del abogado]

Se distingue del Secreto Profesional en que:

- (1) Versa sobre lo creado, no lo confiado.
- (2) Mientras que la protección que confiere el Secreto Profesional es absoluta, la protección del Producto del Trabajo Jurídico es relativa. Limitada: puede exigirse que sea revelada cuando existe una necesidad *sustancial* de la misma y no se puede obtener por otros medios; particularmente cuando no se generaría daño. Es decir, sigue un análisis de ponderación. (En Estados Unidos se sigue el *substantial hardship test*.)
- (3) No exige confidencialidad. Lo que se busca es proteger que sea visto por la parte contaria. Por ende, esta protección se pierde cuando se revela a adversarios (más no a terceros).

### 3. Propuesta

Tomando en cuenta lo anterior, la **Propuesta** contiene lo siguiente:

#### VII. PRODUCTO DE TRABAJO JURÍDICO

25. El Producto del Trabajo Jurídico realizado por el abogado para el cliente está protegido por el secreto profesional.

26. Se entiende que el resultado del trabajo jurídico es Producto de Trabajo Jurídico si es realizado en relación, o con anticipación, a cualquier medio de solución de controversias o litigio, sea actual o potencial.

27. El contenido del Producto del Trabajo Jurídico no puede ser requerido ni divulgado por los abogados o funcionarios contrarios del cliente en el litigio. Si fuera divulgado en contravención a lo dispuesto en estos criterios, no será admisible ni tomado en consideración por el juzgador o árbitro.

---

<sup>73</sup> *Sporck v Peil*, 759 F2d 312 (3rd Cir. 1985).

28. La protección del Producto del Trabajo Jurídico dura mientras dure el trámite del medio de solución de controversias o el litigio.

29. El secreto profesional sobre el Producto del Trabajo Jurídico le pertenece tanto al cliente como al abogado. Puede ser renunciado por ambos.

El régimen tiene una impureza que deseo hacer notar para que, de acogerse esta iniciativa, se refine: confunde Secreto Profesional con la protección conferida por el Producto del Trabajo Jurídico. Se trata de protecciones diversas. Lo mejor sería identificarlas de esa manera en la **Propuesta**.

#### D. FORMA: ¿LEY, LINEAMIENTO, MODIFICACIÓN AL CÓDIGO DE ÉTICA?

Un tema que generó diferencia de opinión en el grupo de trabajo fue la forma que debe revestir el resultado del esfuerzo realizado. Los motivos eran diversos. Para empezar, el Código de Ética de la BMA había sido recientemente modificado bajo la (fructuosa) Presidencia de Don Ricardo Ríos Ferrer, quien, de entre sus muchas labores por la BMA, tuvo el tino de poner al día nuestro Código de Ética, eligiendo para ello un grupo de profesionales generalmente respetados y admirados.

Un segundo motivo de duda era que, suponiendo que se quisiera adoptar como parte del régimen deontológico de la BMA, no quedaba claro quién debía aprobarlo y cómo. ¿El Consejo Directivo? ¿La Junta de Honor? ¿La Asamblea?

Finalmente, ¿cómo debía adoptarse? ¿Cómo una modificación? ¿Cómo un texto adicional que forma parte del acervo de instrumentos deontológicos de la BMA?

La decisión (por mayoría) del grupo de trabajo fue que se adoptaran como “Criterios de Interpretación del Código de Ética de la BMA”. La decisión fue tomada con mi disidencia. El motivo fue triple.

Primero, en mi opinión, la expresión adoptada le resta fuerza a dichas normas. Idealmente se adoptarían como normas obligatorias, no hortatorias. Coercitivamente exigibles. Cualquier resultado de fuerza jurídica inferior generaría en mi opinión un régimen subóptimo. Un anticlimax—posiblemente traición—de las expectativas de quien confía algo delicado a un abogado.

Segundo, hablar de ‘criterio interpretativo’ parece inexacto. ‘Interpretar’ es desentrañar el sentido oculto de una norma vaga; que admite diferencia de opinión en cuanto a su contenido o alcance. El texto de la Propuesta no hace eso. No *interpreta*, *crea* un régimen *adicional* a lo que actualmente es una laguna.

Finalmente, en mi opinión, deben adoptarse de la forma más robusta posible para luego crear un proyecto de ley e iniciativa a ser presentada ante nuestro Poder Legislativo para que exista un régimen que abarque todas las áreas del quehacer humano que merecen esta protección y actualmente están descobijadas. (Ya mencioné la relación doctor-

paciente, fuente-periodista, fiel-guía espiritual.) Sigo pensando lo mismo – pero comprendo (y acepto) que fui parte de un grupo de colegas que respeto intelectual y profesionalmente, además de que aprecio personalmente. Hago votos sin embargo que si se acepta la idea aquí defendida, sea llevada a su máxima expresión pues redundará en lograr la mayor eficacia posible sobre este tema.

#### IV. CONCLUSIÓN

Una interesante obra inglesa sobre este tema empieza, en su primera oración, diciendo que:<sup>74</sup>

Every developed system provides special protection to the communications between lawyers and their clients.

[Todos los sistemas desarrollados contemplan una protección especial a las comunicaciones entre abogados y sus clientes]

México parece ser una (matizada pero vergonzosa) excepción. Pongamos fin a dicho vacío. Atendamos esta necesidad. De hacerlo, estaremos tomando en serio el papel del abogado en la impartición de justicia y fomentando el Estado de Derecho.

En las dos presentaciones que hice ante la BMA (19 de octubre de 2017 y 21 de febrero 2019) sobre este tema defendí la siguiente idea:

*El secreto profesional es importante. Tanto en principio como pragmáticamente.*

*El régimen mexicano del tema es lacónico.*

*La BMA haría un servicio importante al Estado de Derecho si toma el liderazgo de este tema actualizando su Código de Ética y haciendo una iniciativa de ley.*

Este es el propósito que anima, no solo de este ensayo en particular, sino todo el esfuerzo en general, mismo que culminó en el documento adjunto. Hago votos por que alguien me escuche. Que esta iniciativa caiga en tierra fértil. Y que así deje de ser una *vox clamantis in deserto*.

---

<sup>74</sup> Bankim Thanki QC (ed), THE LAW OF PRIVILEGE, Oxford University Press, UK, 2018, p. 1.

## ANEXO

### **CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS RESPECTO DEL SECRETO PROFESIONAL**

#### ÍNDICE

PREÁMBULO .....	41
I. PROPÓSITO .....	41
II. TITULARIDAD E INVOCACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL.....	41
III. ÁMBITO PERSONAL .....	41
A. ABOGADO .....	41
B. CLIENTE .....	42
C. TERCEROS .....	42
IV. ÁMBITO MATERIAL.....	42
V. ÁMBITO TEMPORAL.....	43
A. VIGENCIA .....	43
B. CLIENTE PROSPECTIVO .....	43
VI. RENUNCIA .....	43
VII. PRODUCTO DEL TRABAJO JURÍDICO .....	43
VIII. EXCEPCIONES .....	44

## **PREÁMBULO**

Con el propósito de contribuir a la mejor comprensión y la debida aplicación de las normas correspondientes, de conformidad con lo establecido por el artículo 36, fracción I de los Estatutos de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., se emiten los siguientes “Criterios de Interpretación” del Código de Ética, en materia de secreto profesional.

### **I. PROPÓSITO**

1. El propósito del secreto profesional es proteger la comunicación abierta y franca entre el cliente y el abogado, para propiciar el adecuado asesoramiento y, en su caso, el planteamiento de los medios correspondientes para la solución de los conflictos o la defensa de los intereses del cliente. Es condición indispensable para el adecuado ejercicio profesional del abogado, en servicio del derecho y para coadyuvar en la realización de la justicia.
2. En ausencia del secreto profesional el cliente no brindaría al abogado toda la información necesaria para que el abogado le brinde asesoría jurídica efectiva. Ello ocurriría si el cliente no tuviera certeza de que lo que revele a su abogado no será revelado.

### **II. TITULARIDAD E INVOCACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL**

3. El secreto profesional es un derecho del cliente. Es también un derecho del abogado invocarlo para su protección.
4. El secreto profesional puede ser invocado tanto por el cliente como por el abogado. Si el cliente lo invoca, el abogado está obligado a acatarlo. Es un deber del abogado hacer uso de los medios legales razonables para preservarlo.

### **III. ÁMBITO PERSONAL**

#### **A. ABOGADO**

5. Es necesario que el profesional al que el cliente le confía algo que desea mantener confidencial sea abogado habilitado para el ejercicio profesional del derecho.
6. El deber del secreto profesional se extiende a personas bajo el control o supervisión del abogado.

7. El secreto profesional se extiende a otros profesionales cuando el servicio que prestan versa sobre el ejercicio de derechos que incluyen el deber de guardar el secreto profesional.

B. CLIENTE

8. La protección del secreto profesional, respecto de personas físicas, abarca confidencias compartidas a un abogado por el cliente mismo, o por persona que lo haga a su ruego.

9. Respecto de personas morales, es necesario que quien transmita la información que se desea que esté cubierta por el secreto profesional cuente con facultades de representación para hacerlo. Se entenderán comprendidos dentro de lo anterior los más altos directivos, empleados de confianza y el director jurídico de la persona moral.

10. El secreto profesional se extenderá a la información que transmitan los funcionarios de jerarquía inferior a la descrita en el párrafo anterior, siempre que actúen dentro del ámbito de sus competencias dentro de la empresa y dicho ámbito de competencias involucre el conocimiento de la información materia del secreto profesional.

C. TERCEROS

11. El secreto profesional se extenderá a información comunicada al abogado por terceros cuando ello ocurra como parte del mandato del cliente.

#### IV. ÁMBITO MATERIAL

12. La protección de secreto profesional incluye aquello que:

- (a) Revele las confidencias del cliente;
- (b) El cliente identifique expresamente como tal;
- (c) El abogado confiera al cliente, si el abogado es contratado para dar asesoría jurídica.

13. Las opiniones que el abogado dé al cliente estarán protegidas por el secreto profesional.

14. La protección se extiende a la comunicación misma, no al contenido. La protección del contenido es contingente en la naturaleza misma de la información. La protección del secreto profesional es independiente de la protección que el contenido de la información transmitida por el cliente encuentre de conformidad con alguna disposición jurídica.

15. La protección de secreto profesional existe al margen del medio de comunicación empleado.

16. El secreto profesional se pierde sí:

- (a) El cliente revela a terceros la información;
- (b) Existen terceros ajenos al cliente o al abogado (y su equipo profesional o personas bajo supervisión del abogado) que están presentes al momento en que se confía la información correspondiente.

17. El secreto profesional no se extiende a información trivial.

## V. ÁMBITO TEMPORAL

### A. VIGENCIA

18. El secreto profesional es *ad perpetuam*. Sobrevive la relación cliente-abogado. Sobrevive la vida del cliente.

### B. CLIENTE PROSPECTIVO

19. El secreto profesional se extiende a las comunicaciones entre el abogado y el cliente prospectivo cuando las comunicaciones ocurran buscando algunos de los objetos del secreto profesional detallados en el lineamiento 12, al margen de que el abogado haya sido finalmente contratado o no.

## VI. RENUNCIA

20. La protección del secreto profesional es un derecho del cliente y un deber del abogado.

21. La protección del secreto profesional puede ser renunciada por el cliente, no por el abogado.

22. La determinación de la existencia de una renuncia exige elementos objetivos y un umbral alto probatorio. Las dudas deben despejarse a favor de la no-renuncia.

23. La divulgación accidental no implica renuncia, si el cliente tomó medidas razonables para prevenir la divulgación accidental y para rectificar el error.

24. Se entiende renunciada la protección del secreto profesional, si el cliente demanda al abogado por responsabilidad profesional.

## VII. PRODUCTO DE TRABAJO JURÍDICO

25. El Producto del Trabajo Jurídico realizado por el abogado para el cliente está protegido por el secreto profesional.

26. Se entiende que el resultado del trabajo jurídico es Producto de Trabajo Jurídico si es realizado en relación, o con anticipación, a cualquier medio de solución de controversias o litigio, sea actual o potencial.

27. El contenido del Producto del Trabajo Jurídico no puede ser requerido ni divulgado por los abogados o funcionarios contrarios del cliente en el litigio. Si fuera divulgado en contravención a lo dispuesto en estos criterios, no será admisible ni tomado en consideración por el juzgador o árbitro.

28. La protección del Producto del Trabajo Jurídico dura mientras dure el trámite del medio de solución de controversias o el litigio.

29. El secreto profesional sobre el producto del trabajo jurídico le pertenece tanto al cliente como al abogado. Puede ser renunciado por ambos.

## **VIII. EXCEPCIONES**

30. La protección del secreto profesional es absoluta.

31. La protección del secreto profesional por trabajo jurídico concluye con la conclusión del servicio profesional que le da origen.