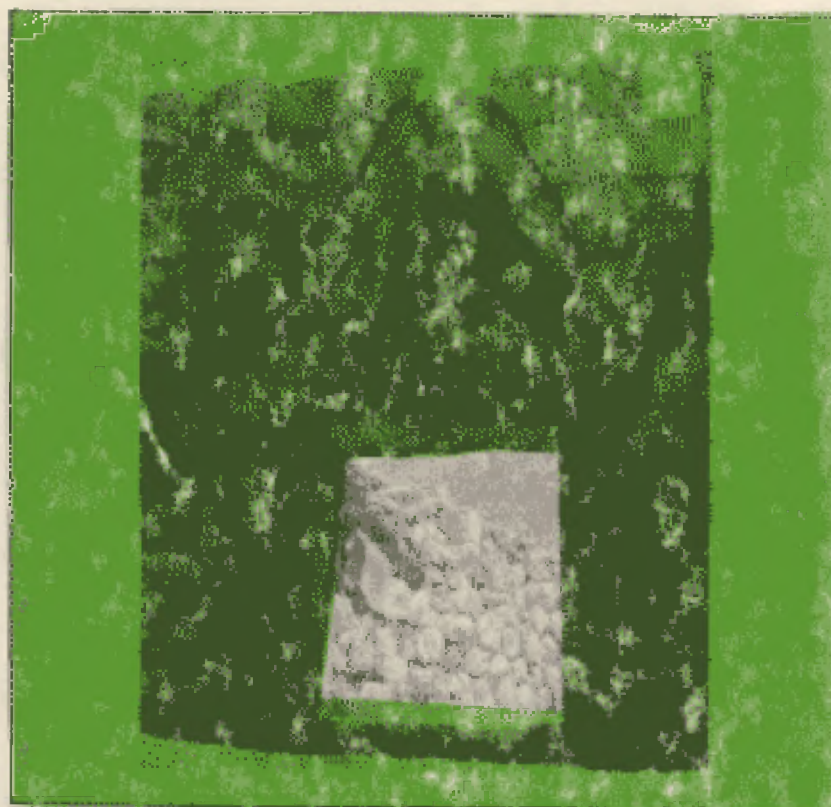

Augusto Arroyo Soto

El secreto profesional del
abogado y del notario



universidad nacional
autónoma de méxico

**EL SECRETO PROFESIONAL
DEL ABOGADO Y DEL NOTARIO**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie G: ESTUDIOS DOCTRINALES 39

AUGUSTO ARROYO SOTO

El secreto profesional del abogado y del notario

Presentación del licenciado
MARIANO AZUELA R.
ministro jubilado de la
Suprema Corte de Justicia y
Excatedrático de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales
de la U.N.A.M.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MÉXICO 1980

Primera edición: 1980

**DR © 1980. Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria. México 20, D. F.**

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México.

ÍNDICE

Presentación	11
Introducción	15
Capítulo Primero: Concepto del secreto profesional	21
I. Vida individual y vida social. Relación de servicio. Protección de la intimidad de las personas	21
II. Causalidad del secreto. La voluntad y el interés como factores generadores del mismo	24
III. La renuncia de derechos y el interés social. Concepto moderno del secreto	28
IV. La legislación profesional como derecho de clase	30
V. Carácter evolutivo del secreto profesional	39
Capítulo Segundo: La represión penal	42
I. Antecedentes	42
II. El Código actual	43
III. Tipo simple y tipo calificado	44
IV. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito	46
V. La conducta delictuosa. Revelación, divulgación, publicación	48
VI. Otros delitos de revelación	51
VII. Prevaricato y revelación de secretos	51
VIII. Elementos del tipo delictuoso	54
IX. El concepto de daño	54
X. La falta de consentimiento del ofendido	57
XI. Actitud que asume la escuela positiva	61
XII. Ausencia de justa causa para revelar	63
XIII. Formas de comisión del delito. Acción u omisión	65
XIV. Elemento intencional en el delito de revelación	66
XV. Contenido y alcance de la intención delictuosa	69
XVI. El problema de la participación. Plurisubjetividad del delito	73
XVII. Sentido de la protección penal del secreto	80
Capítulo Tercero: La obligación civil	83
I. Efectos civiles del incumplimiento de la obligación de reserva	83
II. Discusión sobre el origen contractual o extracontractual de la misma	83
III. Naturaleza jurídica compleja de la obligación de reserva	103
IV. Cumplimiento de la obligación	105

V. Duración de la misma	105
VI. Consecuencias civiles de su incumplimiento	108
VII. Intransmisibilidad hereditaria de la obligación	109
VIII. Acumulación de responsabilidades civiles contractual y extracontractual	114
IX. Responsabilidad civil del profesionista por indiscreción de sus auxiliares y empleados	119
Capítulo Cuarto: La regulación administrativa	132
I. Las profesiones al servicio de la sociedad. Forma de intervención del Estado en su ejercicio	132
II. La reglamentación de las profesiones y su finalidad. Opiniones de legisladores, juristas y filósofos	136
III. Concepto general de la profesión y de su ejercicio	140
IV. El secreto en la Ley de Profesiones	146
V. La reglamentación profesional como función de policía del Estado	147
VI. Concepto del poder de policía y del orden público	148
VII. El problema de la distinción entre delitos y contravenciones	158
Capítulo Quinto: Los límites del secreto profesional. Primera Parte	171
I. El concepto de justa causa como límite del secreto. Causas abstractas y causas concretas de justificación	171
II. La legítima defensa. Sus requisitos positivos y negativos	174
III. El estado de necesidad. Sus semejanzas y diferencias con la legítima defensa. Valoración comparativa de los bienes. Conflicto entre bienes de igual valor. El punto de vista moral. Requisitos legales del estado de necesidad	181
IV. Aplicación de las dos anteriores causas de justificación al caso particular de la revelación de secretos. Su función primordial en nuestra ley como causas de atipicidad. Opiniones de los moralistas y su aplicación al derecho	198
V. Las llamadas causas supraleales de justificación como justa causa para revelar	204
Capítulo Sexto: Los límites del secreto profesional. Segunda Parte	206
I. Las causas concretas de justificación. Opiniones de la escuela positiva	206
II. Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legales. Principios jurídico-filosóficos que los fundan: la plenitud del orden jurídico; la antijuridicidad	210
III. Conflicto de deberes. Conflicto entre deber y derecho	213
IV. El derecho del profesionista a cobrar honorarios y el secreto profesional. Otros casos de ejercicio de un derecho como causa de	

justificación	216
V. Derecho del profesionista a defenderse del cliente. Sus límites . . .	223
VI. El cumplimiento de un deber legal como causa de justificación. Deber de auxiliar a la administración de justicia: testimonio, ex- hibición de documentos y objetos, tolerancia de inspecciones . . .	229
VII. Obligación de denunciar hechos delictuosos. Especies de denun- cias. El delito de encubrimiento y el secreto profesional . . .	245
Capítulo Séptimo: El secreto en el derecho internacional	252
I. El conflicto de legislaciones nacionales sobre el secreto profe- sional. La extraterritorialidad del deber de reserva	252
II. Planteamiento correcto del problema	255
III. Determinación de la ley aplicable al secreto profesional . . .	257
IV. El problema en el derecho penal internacional	260
V. La responsabilidad por hecho ilícito y el conflicto de leyes en ma- teria civil	276
VI. Aplicaciones al secreto	292
Capítulo Octavo: El secreto del notario	294
I. Carácter doble del notario como profesional del derecho y encar- gado de una función pública	294
II. Significado y alcance de la expresión "profesional del derecho". La Ley reglamentaria del ejercicio profesional y su discusión . . .	294
III. Corriente doctrinaria que reduce la actividad del notario a la crea- ción de la forma, segregando su labor como jurista	300
IV. El notario como funcionario público. Opiniones funcionaristas .	304
V. Opiniones antifuncionaristas	306
VI. Opinión nuestra. La corriente doctrinaria italiana	317
VII. El notario y el árbitro	326
VIII. Opiniones de diversas autoridades en nuestro país sobre el carác- ter del notario	328
IX. El notario y el secreto profesional	330
X. Secreto del instrumento público. Sus límites: obtención de trasla- dos y exhibición del protocolo	333
XI. Visitas de inspección	341
XII. Trasmisión de tenencia del protocolo	345
XIII. Informes a las autoridades	346
XIV. Comentarios a una tesis de la Suprema Corte de Justicia . . .	348
XV. Los actos inscribibles en registros públicos	355
Capítulo Noveno: El secreto como norma de ética profesional	359
I. Necesidad de una regulación moral del secreto profesional . . .	359
II. Derecho y moral como dos ordenamientos de la conducta huma-	

na. El problema del derecho natural	361
III. Diferencias y relaciones entre la moral y el derecho	373
IV. El secreto como obligación moral dentro de algunas religiones en la antigüedad	385
V. La moral católica frente al secreto profesional	389
VI. Manifestaciones de moral extrarreligiosa frente al mismo secreto	400

Siendo director general de Publicaciones José Dávalos, se terminó la impresión de *El secreto profesional del abogado y del notario* el día 20 de septiembre de 1980 en Editorial Galache, S. A., cerrada de Dr. Márquez 81, México 7, D. F., la edición consta de 2,000 ejemplares.

PRESENTACIÓN

El Licenciado Augusto Arroyo Soto, que honrara con su asistencia mi cátedra de Garantías y Amparo por los años de 1942, cuando aún no hacían irrupción los vándalos en la Universidad Nacional, me ha honrado nuevamente al solicitarme un prólogo para su obra sobre el secreto profesional. Superando mi resistencia inicial, pues mi especialidad se limita al conocimiento de ciertos sectores de nuestro complejo juicio constitucional, redacto estas líneas, a las que intencionalmente designo como "Presentación", correspondiendo a vínculos de elevada amistad enriquecida con identidad de ideales.

Me explico que Arroyo Soto haya escogido la noble profesión del Notariado, por su anhelo de vivir en un mundo de irrestricta libertad. El abogado postulante, como el funcionario público, pese a sus condiciones de nobleza espiritual, se ve obligado, si no a ineludibles transacciones, por lo menos a tolerar convivencias indeseables. El Notario, en cambio, si no cae en las garras de las ambiciones desmedidas, puede gozar el feliz mundo de la autonomía sin limitaciones.

Esta obra sobre el secreto profesional es, por su amplitud de temas, la primera que, elaborada por un jurista mexicano, surge a la publicación. Su materia solo había sido abordada parcialmente en escasas monografías y tesis profesionales. Esto sería bastante para justificar el mejor elogio. Pero su lectura revela el carácter exhaustivo y la profundidad de su contenido, por lo que puede predecirse una larga perduración en el panorama del Derecho Mexicano. Para lograr su propósito, Arroyo Soto se ve obligado a penetrar en los más variados sectores del Derecho y a analizar sucesivamente los aspectos del secreto profesional en los diversos ámbitos de lo Civil, lo Penal y lo Administrativo, penetrando después en el campo del Derecho del Trabajo y del Derecho Internacional. Ante la imposibilidad de cualquier intento de síntesis, basta señalar que el autor, elevándose sobre el material bibliográfico que aflora en las abundantes citas, proyecta siempre su propia opinión con claridad de concepto que solo puede ser producto de dilatadas meditaciones. Por otra parte, subyacente al análisis de problemas concretos, pero animando toda la exposición, se percibe esa atmósfera indefinible que es producto de la cultura general; y es así como, olvidándonos de lo jurídico, podemos evocar aquellas obras maestras de pintores renacentistas, como Leonardo y el Perugino, en las que la difusión de una luz misteriosa propicia la suavidad de las formas y el idealismo de las figuras.

Ese impetuoso caudal de auténtica cultura encuentra un amplio cauce en el último capítulo de la obra. Ya del Vecchio hablaba en famosa conferencia de "la insuficiencia del derecho como norma de vida". Arroyo Soto afirma que la obligación de reserva, antes que ser jurídica es moral y se impone al sujeto aún en el caso de que no se la imponga la ley o de que esté incompletamente regulada. Si su espíritu de jurista lo conduce a una exaltación ampliamente razonada del Derecho natural, las exigencias más íntimas de su credo lo lanzan a una proclamación vehemente de la influencia de la religión como determinante de la conducta del hombre.

Recaséns Siches en su obra "Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico", se refiere al "furor antifilosófico del positivismo" y expresa: "Para lo más selecto del mundo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX, toda postura pulcramente filosófica resultaba sospechosa. El positivismo había invadido todos los campos científicos poniendo el veto radical a cuanto entrañase especulación ultraempírica... La positividad era la única esfera posible para la Ciencia. La Teoría jurídica sólo podía serlo del Derecho Positivo". Pero muestra como "un renacimiento del pensar filosófico" iniciado a partir de 1870, explica que "Por reductos diversos recibe la Filosofía del Derecho en los últimos años del siglo XIX y en el primer cuarto del XX, corrientes de fecunda restauración y renovación". Consecuencia de este renacimiento es el replanteamiento de las cuestiones fundamentales de la Filosofía del Derecho y, a fortiori, del Derecho natural, principalmente a través del propio del Vecchio y muy principalmente de Rodolfo Stammler.

En el precario ambiente de nuestro mundo jurídico no había ocurrido así. Merced a la influencia principal de Henri Bergson, el positivismo estaba prácticamente liquidado en los estudios de José Vasconcelos y Antonio Caso, pero esta renovación no había encontrado repercusión en nuestra Escuela Nacional de Jurisprudencia. Por los años de 1923, en que iniciamos nuestros estudios jurídicos, continuaba imperando la ideología de Augusto Comte, difundida en México por don Gabino Barreda. No existía una cátedra de Filosofía del Derecho. El término "metafísica" se utilizaba con sentido peyorativo. Una cátedra de Teoría General del Derecho, sustentada en el primer año de estudios, afluía muy superficialmente los problemas generales. Se adoptó como texto el Curso de Teoría General del Derecho del jurista ruso Korkunov, afiliado al positivismo, quien definía el derecho como un conjunto de normas delimitadoras de intereses en conflicto, eludiendo toda idea de finalidad. La idea de un derecho natural era apasionadamente rechazada por influencia directa del positivismo. Carrillo Flores pudo certeramente aludir a las gentes de mi generación, que fue también la suya, como "hijos póstumos del positivismo". Lo más grave es que este escepticismo había ejercido profunda influencia en la Constitución de 1917, pues mientras que la Constitución de 1857 inspirada en la ideología de la Revolución Francesa, declaraba en su artículo primero que "los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales", la nueva Carta fundamental se concreta a establecer que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías individuales que le otorga la propia Constitución. El empobrecimiento de la doctrina constitucional es tan evidente como lamentable.

El advenimiento de don Eduardo Suárez a la Cátedra de Teoría General del Derecho, el año de 1925, abre las puertas de la esperanza. Aunque adopta la posición de simple expositor, enriquece sus enseñanzas fundado principalmente en la obra de Geni "Ciencia y Técnica del Derecho Privado Positivo", con la difusión de corrientes jurídicas que se remontan a los principios del siglo XX. Las ideas de Stammler, con su doctrina del derecho justo y de Víctor Cathrein con su vigorosa defensa del derecho natural, hacen acto de presencia en nuestra facultad. Será después venturosa la creación de una Cátedra de Filosofía del Derecho que se dictará en el último año de estudios y la incorporación al profesorado del eminente jurista don Luis Recaséns Siches. Arroyo Soto se incorpora al grupo de sus discípulos y recoge algunas de sus enseñanzas.

La proclamación de un derecho natural no es en manera alguna actitud

puramente académica. La noción del derecho natural es una idea fuerza, en el sentido de las Teorías de Fouillé, fundamento imprescindible de la lucha por un derecho justo, que es la lucha por los derechos de la persona humana.

La adopción de una declaración universal de derechos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, marca un momento trascendental en la lucha histórica por la libertad. La idea del derecho natural tenía que sustentarse vigorosamente en el cuerpo del importantísimo documento. Es así como, en su primer considerando afirma que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"; y en considerando posterior declara: "...que los pueblos de las Naciones han reafirmado, en la Carta, su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres".

El licenciado Arroyo Soto, demuestra en este libro, en exposición tan amplia como profunda, que el concepto simple de naturaleza es impotente para inspirar, sin el auxilio de la ética, la adopción de un derecho justo. "Esta es—dice con alusión a la moral— en última instancia el fundamento de toda normatividad en la vida humana y el criterio último de valoración para ésta, como lo hemos hecho ver en los párrafos anteriores. Ya decíamos antes y repetimos ahora, que la naturaleza no puede ser fundamento de derecho alguno sino en la medida en que ella es valorizada y calificada de buena por la moral suprema y objetiva".

Por nuestra modestísima parte, nos atreveríamos a evocar la histórica frase de Protágoras, con sentido bien distinto del puramente epistemológico que le diera el filósofo griego, para afirmar que en lo que toca a la conducta de los hombres lo humano es la medida de todas las cosas, siempre que por humano se entienda la acción apegada a las exigencias de la justicia y la moral. No es inoportuno observar, aún cuando incurramos en lógica pero justificada incongruencia, ahora que tanto se habla de corrupción, que los imperativos de la ética y de la religión son imprescindibles para garantizar el cumplimiento a la ley, cuando funcionarios de privilegiada posición están en posibilidad de violarla sin temor alguno a la aplicación de una sanción jurídica.

La religiosidad íntima, que es característica de la personalidad de Arroyo Soto, hace indefectible acto de presencia. Con gran amplitud de criterio acude a la cita, a la vez que de escritores positivistas de Derecho y pensadores atéos, a principios de Mahoma y de Confucio, fragmentos del Antiguo y del Nuevo Testamento y muy particularmente Encíclicas Papales, para resaltar la influencia poderosa de la religión como garantía del cumplimiento espontáneo de la norma concerniente a secreto profesional. Con esto, su actitud debe reconocerse y aplaudirse porque discrepa de la de juristas católicos que por prejuicios, por respeto humano o por temor injustificado de provocar la antipatía del lector, escriben en el mismo plano que el incrédulo, aún tratándose de problemas en que el laicismo debilita la idea.

Solo queremos manifestar, para finalizar, que estamos seguros de que el interés que en nosotros ha despertado la obra que presentamos, será el mismo para cualquier jurista, especialista o no, que acuda a consultarla.

MARIANO AZUELA R.

INTRODUCCION

Al escribir sobre el tema del secreto profesional, limitándolo al caso particular del abogado y del notario, hemos querido considerar las muy diversas aplicaciones jurídicas que tiene, pero sin perder de vista un momento el carácter netamente moral del problema. Este último punto es abordado de manera especial en el último capítulo de la obra. Y ello lo hicimos por una doble consideración. En primer lugar porque siendo la profesión una actividad al servicio de la sociedad —dejando aparte gastados “slogans” y destemplados gritos demagógicos, hoy tan en boga— necesita, a la vez que de una regulación jurídica protectora de los intereses colectivos y suficientemente garantizada en su aplicación, también de una sólida expresión moral de los principios, de los imperativos que deben regirla en el aspecto propiamente ético, atenta la insuficiencia de la primera.

Esto es indispensable en toda profesión, pero más que en otras en la actividad del jurista —abogado litigante, funcionario judicial o administrativo o notario— para que, dada la naturaleza de los conocimientos que utiliza y de los conceptos que para su labor emplea, que son esencialmente jurídicos y morales, no pueda hacérsele crítica de manejar azadón de palo siendo herrero, ni quede como el último de todos los profesionales en conocer aquello, que precisamente debe ser el primero en saber.

La segunda razón que nos ha llevado a estudiar el secreto profesional en su doble aspecto, jurídico y moral, es porque el mismo incide de especial manera no sólo en la función sino hasta en la fisonomía misma del notario de tipo latino, particularmente del de México, cuya indudable honestidad profesional y escrúpulo en el cumplimiento de su deber de servir a los demás, empleando el conocimiento del Derecho, lo han colocado, entre todas las profesiones y especialidades, a la cabeza de ellas. La respetabilidad del notario por esta causa, ha sido públicamente reconocida, objetivamente destacada. Por eso la falta profesional cometida por un notario ha sido generalmente más escandalosa, más fácilmente percibida y observada por el público que la que comete cualquier otro profesionista; pues esta última, aunque también reprobada, es vista como un acontecimiento más común y menos inesperado.

El deber de discreción es una piedra de toque para la ética profe-

sional. Por eso resulta tan especialmente aplicable al notario. Ahora bien, si a la honorabilidad popularmente reconocida en éste, que, como acabamos de expresarlo, ya es tradicional pues data de muy antiguo, se suma otra cualidad más, recientemente aparecida en él, como es su mayor preparación científico-jurídica, a nivel de especialización, se comprenderá mejor la oportunidad del presente estudio.

El Notariado de tipo latino, en el que se incluye al de México, ha venido desarrollándose en las últimas décadas en consonancia con la época que vivimos, mundialmente estudiosa del Derecho. Ello lo prueban diversos congresos y una abundante aportación a esta ciencia que se manifiesta en revistas y estudios de todo género, desde el ensayo monográfico hasta el tratado; estudios que antiguamente no provenían del notario más que en forma excepcional y por lo regular con la nota de acusada superficialidad en el examen de los temas. Actualmente ella ha sido sustituida por la profundidad y extensión mayor en el estudio, que antes eran propias y casi exclusivas de otros juristas, pero ajenas al notario, a quien ridículamente se designaba entonces como el "boticario del derecho".

La frecuente y distinguida aparición de éste en la cátedra haciéndole ganar especial consideración por su saber, en las universidades actuales, constituye otra nota de la transformación intelectual del notario. Con razón, aludiendo a ella, dijo en memorable ocasión Francisco Vázquez Pérez: "Entre el escribano lego, adiestrado empíricamente en el gremio o escasamente preparado por estudios elementales inconexos de sólo dos años preparatorios y sólo dos años de profesional, que actuaba en el siglo XIX, y el servicio de la función por abogados especializados reconocidos en exámenes de aspirantes que concurren a una oposición rigurosa, hay un largo camino que comprende toda una vida."

Así se expresaba este inteligente y buen amigo nuestro (recientemente desaparecido), siendo Presidente de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, en el acto en que se imponía una medalla conmemorativa por cumplir sesenta años de ejercicio como notario, al doctor Manuel Borja Soriano, por el entonces Presidente de la República, licenciado Adolfo López Mateos, en el año de 1960. Este último, por su parte, decía en el discurso que pronunció en aquella misma ocasión, expresando sus ideas acerca del notario: "Cuando el Estado atribuye a un funcionario fe pública, supone en él cualidades de sabiduría jurídica, ética profesional y conducta inflexible."

En suma, si el notario profesionalmente honesto en forma destacada, ha sido el de siempre, el notario con vuelos de jurista que sobresale en el campo científico, es el de ahora, el que ha surgido en las últimas décadas. Esta elevación intelectual suya ha sido mayormente propiciada

por el examen de oposición que selecciona en cada caso al aspirante más capaz para ocupar el cargo de notario, cuando existe una vacante, prefiriéndolo a los demás a quienes se elimina en el certamen.

Tal ha sido el sistema existente en el Distrito Federal desde hace más de treinta años y cuyos benéficos resultados vemos ahora. La Ley del Notariado de 1945 (hoy ya abrogada) tuvo el mérito de haber sido la primera que mediante el examen de oposición, creó el procedimiento selectivo de los mejores, asegurando la supervivencia del más apto, estimulando al estudio a los aspirantes para dejar superada la mediocridad y sustrayendo de ese modo el nombramiento para el cargo de notario a toda influencia política o de otro orden que lo hiciera depender de una arbitraria decisión dictada por autoridades administrativas no siempre capacitadas para calificar el saber y la idoneidad profesionales.

Estas autoridades, por supuesto, han continuado nombrando al notario, pero no a discreción, sino sujetas en el ejercicio de sus facultades a la calificación dada por quienes poseen el saber especializado de que aquéllas carecen y de ese modo el nombramiento recae en quien ha demostrado en cada caso tener la mayor capacidad para el desempeño del cargo.

Se ha intentado ya en diversos Congresos Nacionales del Notariado, proponer a los gobiernos locales el establecimiento de este sistema de oposición para los notarios de los estados de la República, fuera del Distrito Federal. Algunos resultados se han alcanzado a este respecto, pero queda aún mucho por hacerse. No es fácil en todo caso destruir situaciones creadas y arraigadas, aunque se demuestre con los resultados de experiencias llevadas a cabo, que ello es en beneficio evidente para la sociedad. La democracia se ha obtenido siempre —y la historia lo demuestra— como el objeto de una conquista, como el resultado de una lucha no exenta de penosos sacrificios, como el producto de un parto doloroso que hace surgir a la vida a los seres superiores. Pero el absolutismo renace aún cuando parecía ya estar aniquilado. A veces las conquistas ya logradas, se ven ante la amenaza de perderse, debido a la ambición de poder y al natural anhelo de dominio sobre los demás. La democracia es forma de vida política y social que implica en todo caso la selección de los mejores, pero sustituyendo a la diferenciación por privilegios injustificados, la diferenciación por méritos y por aptitudes. Y es comprensible que esta sustitución encuentre a su paso resistencias, provoque reacciones en contrario y sufra retrocesos.

¿Llegará a desaparecer en nuestro país el sistema de oposición, ya establecido en algunas entidades y experimentado para seleccionar a los notarios? ¿Quedará controlado en forma totalitaria por autoridades políticas locales que hagan nugatorio este sistema? No sería ello tan sólo

lamentable y penoso, sino además antipatriótico. Haría retroceder a México situándolo a la zaga de otros países con Notariado de tipo latino cuyo nivel ha alcanzado ya y hasta honrosamente superado en algunos casos. Frenaría al Notariado de nuestro país poniéndolo en un lecho de Procusto que impidiera su desarrollo. Podría abrir la puerta al notario de carácter político, al favorecido sin méritos, al impreparado y aún al deshonesto. Pudieran volver a ser las notarías objeto de transacción entre vivos o de transmisión hereditaria, como cualquier bien que está dentro del comercio. Ya no tendrían realidad alguna las palabras de Adolfo López Mateos que antes hemos citado como expresión del anhelo que tuvo ese Presidente. . .

Pero nuestro libro no sólo va dirigido al notario, sino también, como su título mismo lo indica, al abogado en general. Todo hombre de leyes en cualquiera de sus otras actividades diversas de las del notario, ya sea cuando aplica esas leyes litigando en la defensa de intereses ajenos o ya sea impartiendo justicia, es alcanzado, de uno u otro modo, por la obligación de guardar secreto. Este resulta ser un medio indispensable para el ejercicio de toda profesión, hasta el punto mismo de que el cliente se vería —y así lo han hecho notar quienes se han ocupado de estudiar el secreto profesional— en la imposibilidad de utilizar los servicios ajenos por la situación insegura en que quedaría colocado al dar a conocer su intimidad a quienes los prestan, si no existiera en éstos una grave obligación moral y jurídica de guardar reserva sobre aquella intimidad.

Sin embargo, tratándose del abogado, sobre todo cuando patrocina o ejerce la noble actividad de defender intereses en conflicto, colaborando así a la realización de la justicia, viene a ser de especial importancia el secreto y ofrece peculiares modalidades de las que nos ocuparemos a lo largo de esta obra. Es común la opinión de que el abogado se ha distinguido siempre, entre todos los profesionistas, por su locuacidad, por su facundia, por su facilidad de expresión: y semejantes características parecen ser adversas a la guarda del secreto. No se aviene con ellas bien la virtud de la discreción. Sin duda semejante cuadro presenta solo una caricatura de los abogados. Napoleón les llamaba “tas de bavards”. Pero en el fondo revela el hecho muy cierto de la importancia que el uso abundante y oportuno de la palabra y la expresión rápida de la idea tienen en el ejercicio de la defensa de derechos ante alguna autoridad. El que los defiende no puede quedar callado ante el ataque. Psicológicamente el abogado constituye un tipo de profesional extrovertido.

Pero si ante las autoridades y frente al adversario el abogado tiene que hablar, con la palabra del cliente que se confía debe enmudecer. El

secreto es para él una llamada al silencio. Es el toque de queda que hará cesar la algarabía del foro. Habrá terminado para el abogado el día y se habrá iniciado la noche, la interminable noche del sigilo profesional. En ella descansarán los hombres con la tranquilidad, la seguridad y la paz que son necesarias para la convivencia humana.

Capítulo Primero: Concepto del secreto profesional	21
I. Vida individual y vida social. Relación de servicio. Protección de la intimidad de las personas	21
II. Causalidad del secreto. La voluntad y el interés como factores generadores del mismo	24
III. La renuncia de derechos y el interés social. Concepto moderno del secreto	28
IV. La legislación profesional como derecho de clase	30
V. Carácter evolutivo del secreto profesional	39

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DEL SECRETO PROFESIONAL

SUMARIO: I. *Vida individual y vida social. Relación de servicio. Protección de la intimidad de las personas.* II. *Causalidad del Secreto. La voluntad y el interés como factores generadores del mismo.* III. *La renuncia de derechos y el interés social. Concepto moderno del secreto.* IV. *La legislación profesional como derecho de clase.* V. *Carácter evolutivo del secreto profesional.*

I. Desde que dos o más seres humanos se reúnen para convivir, la vida en común les impone una doble exigencia: el sacrificio de una parte de su individualidad, como medio para obtener la fusión con el grupo y la preservación o mantenimiento del resto de esa individualidad, que no alcanza a fusionarse.

Esta dualidad de exigencias, que tiran del hombre como ser social en sentidos opuestos, tiene su manifestación en todos los ámbitos de la vida humana; desde los que corresponden a lo político y lo económico, que son los más extensos y socializados, hasta el más recóndito de lo psíquico, interior y personal de cada uno.

El hallazgo de una fórmula de equilibrio entre ambas exigencias, en cada época de la historia, ha sido y sigue siendo preocupación fundamental de los hombres y cuando ese hallazgo se torna difícil, entra la vida social en momentos de crisis que ponen a prueba el equilibrio o llegan a destruirlo, porque una de las dos tendencias opuestas prevalece desmesuradamente sobre la otra y la sacrifica.

Este conflicto alcanza, como acabamos de decirlo, a la vida interior del hombre, al mundo de las ideas y de los conocimientos, de lo valorativo y de lo conceptual, del intelecto creador y de la voluntad libre. Y por ser este mundo lo más típicamente humano y distintivo con respecto a otras especies, es por lo que el conflicto desborda aquí, más que en cualquier otra parte, los límites de lo puramente biológico para tomar carácter predominantemente moral y por lo tanto normativo. Desde que el hombre vive en comunidad tiene necesidad de compartir su vida interior, de socializar su conocimiento mediante la comunicación, pero a la vez también se ve precisado a mantener intransferible una parte del mismo mediante el secreto.

La vida social, en otro aspecto, ha creado mediante la división del trabajo la necesidad del servicio y de un servicio cada vez más especiali-

zado. Al adelanto de la ciencia aplicada y de la técnica, ha correspondido una especialización mayor en el trabajo y por tanto una necesidad también mayor de los servicios ajenos, que se traduce en creciente dependencia de unos hombres respecto de otros, por la imposibilidad de obtener por sí y para sí determinados bienes que solamente el saber especializado es capaz de proporcionar.

Esta prestación de servicio para satisfacer necesidades de los demás, permite o mejor dicho implica para el servidor su penetración dentro de la vida del servido, en esos planos que normalmente deben quedar exentos de comunicación. Ello hace que este último quede, en cierto modo, dependiente del primero en cuanto a su discreción y que la libertad del servido se vea disminuida por la necesaria irrupción del servidor en su esfera íntima y personal, con la consiguiente amenaza de llegar a ser aún más reducida, si la reserva de quien presta el servicio no impide el acceso de otras personas más. Esa dependencia resulta tanto mayor cuanto mayor es también el saber científico y técnico del servidor, puesto que ello le permite conocer no solamente lo que de modo expreso se le confía por la necesidad del servicio, sino también todo lo que por descubrimiento personal llega a saber con motivo de la prestación del mismo.

Tal es, en esencia, la situación que presenta el secreto llamado comúnmente profesional, esto es, el secreto surgido con ocasión de un servicio cuya prestación requiere determinado saber científico o técnico en quien la realiza. Pero la restricción a la intimidad personal del servido y por tanto la que de allí resulta para su libertad, es propia de toda situación de secreto en general, no exclusiva del secreto profesional; si bien en el caso de este último se da con mayor intensidad, por las razones antes expuestas. En otros términos, siempre que alguien participa de la intimidad ajena, por cualquier causa que sea, mediante la adquisición de conocimientos relativos a ella, restringe esa intimidad y por tanto la libertad de la persona a quien corresponde.

El problema que se presenta en el caso, es el de proteger esa intimidad y libertad a fin de que no sufran más restricción que la inevitablemente requerida por las relaciones humanas dentro de la vida social. Desde el momento en que no existen medios materiales lícitos, suficientemente eficaces, para controlar la reserva de quien ha obtenido los conocimientos que es necesita guardar en secreto, no queda más camino que regular su conducta con medios normativos. Tal ha sido la tarea que la moral y el derecho han tenido ante sí para salvaguardar la esfera de intimidad personal de cada uno; es decir, aquella parte de la vida de todo hombre que, a pesar de la convivencia y precisamente para hacer posible ésta, debe permanecer incomunicada, o por lo menos limitadamente comunicada. En suma, la protección del secreto profesional forma parte de la que se ejerce

normativamente sobre todo secreto en general, sólo que con características y matices propios, de los que más adelante vamos a ocuparnos.

Pero la tutela jurídico-moral de la intimidad de las personas —y por tanto de la libertad que en ella va implicada— no solamente se realiza prohibiendo la revelación de secretos sino que tiene un ámbito más amplio, ya que toma en cuenta dos posibilidades: a) La obtención indebida de conocimientos y b) La comunicación, también indebida, de los mismos. La primera implica un saber, esto es, una adquisición de conocimientos ilícita en sí misma. Tal es el caso del que se apodera de documentos ajenos o viola correspondencia. Puede no divulgarlos e inclusive enterarse de hechos que no sean secretos; pero lo reprochable de su conducta está en la obtención del conocimiento, es decir, en la penetración a un predio intelectual ajeno y de propiedad privada, independientemente del daño que pudiera causar por otros conceptos.

La segunda posibilidad, o sea la comunicación indebida, presenta, en cambio, la situación inversa: el conocimiento de algo, normalmente secreto, que ha sido lícitamente adquirido. Más aún, cuando se trata de un servicio profesional, tal adquisición debió ser consecuencia del mismo o bien un medio necesario para la eficaz prestación de ese servicio.

Refiriéndose a esta diversidad de situaciones que se presenta, Sebastián Soler se expresa como sigue:

A diferencia de los casos anteriores, éstos no presuponen una intrusión ilícita en la esfera de secretos protegida por la ley. Antes bien, las hipótesis están configuradas bajo el presupuesto de que el conocimiento del secreto por parte del sujeto activo es legítimamente adquirido, sin intromisión, como resultado de una actividad normalmente desplegada, dentro de la cual se tiene acceso a cuestiones secretas. Constituyen, por lo tanto, verdaderas revelaciones de secretos, cuya delictuosidad está integrada no ya por la adquisición del conocimiento, como en los casos anteriores, sino por la comunicación o divulgación del secreto que se tiene.¹

La lesión a la intimidad personal no se causa, por tanto, en este último caso, sino hasta el momento en que ese saber obtenido acerca de ella es indebidamente transmitido, haciendo partícipes del mismo a personas que deben quedar excluidas de aquella intimidad.

De lo anterior puede concluirse que la tendencia jurídico-moral, cuyo fin último es proteger la intimidad de las personas, consiste en procurar el mantenimiento de una ignorancia, de cierta ignorancia relativa y concreta, que resulta social e individualmente valiosa porque recae sobre diversos sectores de la vida personal queridos como incommunicables y cuyo

¹ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, tomo IV, cap. 107, núm. VI, p. 124.

conocimiento, normativamente reprobado, constituye en sí mismo un mal cuando se realiza.

II. Esto conduce a examinar la debatida cuestión de la causalidad del secreto. Hemos dado hasta aquí por supuesto que es característica esencial de éste la existencia de un deber de incomunicabilidad o intrasmisibilidad de cierto conocimiento. Pero el problema que ahora se plantea es el de determinar qué calidad o circunstancia, propias de ese conocimiento, son las que motivan aquel deber; qué es lo que hace que deba ser incomunicable. Esta cuestión queda planteada aquí, en un terreno ya exclusivamente jurídico. Se ha pensado en la existencia de un secreto natural, esto es, en la posibilidad de conocimientos que por su naturaleza deban ser intrasmisibles. También se ha sostenido la posición opuesta, es decir, el criterio meramente formal, que no concibe la existencia de un deber de secreto sino cuando la ley lo crea y lo expresa. Ambas respuestas pueden tener algo de verdad, pero en el fondo sólo desplazan la solución del problema. ¿Qué es lo que da a un conocimiento su naturaleza de secreto? ¿Cuándo procede que el legislador lo declare como tal e imponga el deber de su intrasmisibilidad? ¿Cuándo es valiosa la ignorancia de algo para que merezca ser conservada por medios jurídicos?

Se acude entonces, en busca de respuesta, a dos factores que se observan presentes en la génesis del secreto: la voluntad y el interés. Para el primero, deberá haber incomunicabilidad de un conocimiento cuando se la quiera y se la exija, en tanto que, de acuerdo con el segundo, surgirá ese deber cuando haya un bien, jurídicamente protegido, capaz de sufrir lesión si el conocimiento se trasmite.

Los autores se han dividido para inclinarse hacia uno u otro de esos factores, señalándolos como causas del secreto. Pero la verdad es que ambos parecen actuar en conjunto para producirlo. A la voluntad, factor subjetivo, corresponde un bien jurídicamente protegido, la libertad; en tanto que al interés, factor objetivo, corresponden otros bienes que también son tutelados por el derecho: la vida, el patrimonio, el honor, etcétera. Nos ocuparemos de demostrar a continuación cómo es que todos estos bienes se encuentran comprometidos en la relación jurídica que el deber de secreto implica y, por lo mismo, cómo es indispensable la conjunta actuación de la voluntad y del interés para hacer que surja ese deber.²

² Es indudable que para la teoría pura del derecho (Kelsen y sus más o menos fieles seguidores) el problema estaría mal planteado, pues el derecho subjetivo al secreto se reduciría a una mera consecuencia del orden jurídico objetivo, consistente en vincular una sanción al hecho de dar a conocer una intimidad ajena, en las condiciones que la ley señala para que sea punible este hecho. En tal caso, la búsqueda de la voluntad o el interés como fundamentos del derecho subjetivo al secreto sería improcedente, pues aunque científicamente fuese legítima, resultaría extraña a la ciencia del derecho. En realidad este pro-

Desde el punto de vista de nuestra legislación penal, es manifiesta la exigencia de ambos factores, que deben estar presentes para que sea punible la revelación de un secreto. La disposición contenida en el artículo 210 del Código Penal para el Distrito Federal señala, entre los elementos del tipo delictuoso de revelación, que ésta sea hecha "con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado". El elemento perjuicio, no es sino el daño que debe causarse a un bien jurídicamente protegido.³ A alguno de esos otros bienes, diversos de la libertad, a que acabamos de referirnos. Si se tratase de esta última resultaría innecesario que la ley exigiera el perjuicio como elemento constitutivo del delito, pues la libertad, como bien jurídico, resulta necesariamente dañada por el sólo hecho de la revelación sin consentimiento. Por el contrario, la vida, el patrimonio, el honor de alguien, pueden resultar dañados o no con la revelación, pues en algunos casos ésta es inofensiva para aquéllos. El hecho de que la ley exija la lesión de alguno de esos bienes para que la revelación sea delictuosa, implica reconocer en el titular de ellos el interés en que no sean dañados. El tipo delictuoso que nos ocupa, protege contra el daño a esos bienes. Su función es tutelarlos en beneficio de la persona a quien corresponden, cuyo interés queda así reconocido.

En cambio el segundo elemento del hecho delictuoso allí definido —o sea la ausencia de consentimiento del perjudicado— se refiere al otro factor causal, o sea a la voluntad. Se trata de una voluntad de mantenimiento del secreto, manifestada como opuesta a la revelación del mismo; de un querer la intrasmisibilidad del conocimiento adquirido; un querer que la ley expresa en forma negativa, al hablar de falta de consentimiento para la revelación, pero que en el fondo constituye esa voluntad de no transmisión, requerida como generadora del secreto. A ella va vinculada la libertad. Por eso el reconocimiento de esa voluntad en la ley, entraña la protección jurídica de la libertad. Como veremos más adelante, constituye una protección de ésta contra la imposición forzada de la revelación o, lo que es más preciso, una protección de la intimidad de la persona.

Si planteamos el problema de la causalidad del secreto prescindiendo del texto legal punitivo, llegaremos a conclusión similar, esto es, al reconocimiento de la voluntad y el interés como conjuntamente causantes. Para ello bastaría mostrar la insuficiencia de cada uno de ambos facto-

blema nos es ajeno por ahora y no prejuzgamos sobre el mismo ni tomamos posición alguna al respecto, ya que lo que aquí investigamos no es la esencia del derecho subjetivo al secreto, sino la del secreto mismo en cuanto objeto de protección normativa.

³ Aquí los términos daño y perjuicio son equivalentes. La diferencia que entre ellos establece el Código Civil (arts. 2108 y 2109) no resulta aplicable. Tal opinión es sustentada por la señora Islas Magallanes (*Delito de revelación y secretos*, México, 1962, cap. II, núm. 5, p. 81).

res, operando por sí solo en ausencia del otro. Tratándose de la voluntad, ocurre formular algunas observaciones. Para que ella sea capaz de crear un deber de incomunicación ¿De quién debe ser esa voluntad?, ¿del titular o dueño del conocimiento confiado? Esto es inexacto, porque hay conocimientos a los que alcanza el deber del secreto sin que hayan sido confiados. Tal ocurre con los descubrimientos que el profesionista hace, al ejercer su actividad, de hechos que el cliente mismo no le ha dado a conocer. Se cita como ejemplo, el caso de la enfermedad hallada como consecuencia de un examen clínico, que el médico descubre, siendo ignorada por el mismo paciente que la sufre. Se podría hablar aquí de una voluntad tácita de este último para exigir la reserva; o sea de una confidencia de hecho, no expresada de palabra por el enfermo. Pero ello no resuelve todas las dificultades. La voluntad no puede crear por sí sola el deber de reserva, ya que puede exigirlo respecto de conocimientos sin valor, sin importancia alguna, cuya incomunicación se pide sólo por capricho. Es lo que llaman algunos autores el "secreto tonto". Esta situación puede llegar a crear un vínculo moral, pero carece de eficacia dentro del derecho. Por ello se ve precisado Kistoris a decir que debe ser una "voluntad jurídicamente apreciable"⁴ lo cual apunta ya el segundo factor generador del secreto, o sea el interés, desde el momento en que califica a la voluntad con un concepto valorativo. También se presenta de hecho la situación inversa: la existencia de conocimientos cuya incomunicabilidad no es querida y a los que, sin embargo, la ley puede adjudicar carácter secreto.

Una nueva cuestión se plantea a propósito de la voluntad como posible generadora del secreto. ¿De quién debe ser esa voluntad para que sea capaz de crearlo? Tratándose del secreto profesional, se dice que es la del cliente; pero ello no es exacto, pues hay otras personas diversas de él, cuya voluntad también debe ser tomada en consideración, aun cuando sean extrañas a la relación profesional que dio ocasión a ese secreto y, en consecuencia, no puede el profesionista quedar liberado de la obligación de reserva por la sola ausencia de voluntad expresa o tácita de su cliente para imponerla. Se habla entonces de la voluntad del "dueño o titular" del conocimiento y hasta ha habido quien vea en la revelación del secreto una violación al derecho de propiedad. Pero ¿cómo y cuándo puede haber titularidad o propiedad de un conocimiento, de una relación meramente intelectual? Algo de ella existe tratándose de los inventos y la ley la protege. Pero los inventos no son los únicos conocimientos que deben ser materia de secreto. Además, hablar de titularidad o derecho de propiedad en este caso, nos hace entrar ya, de lleno, en el segundo factor causal que es el interés. Pasemos a ocuparnos de él.

⁴ *El segreto come oggetto della tutela penale*, Padova, Casa Editrice Dott. 1964, núm. 4, p. 10).

Si el factor subjetivo que es la voluntad, no es por sí solo suficiente para originar la obligación de reserva, se debe preguntar si lo será el factor objetivo que constituye el interés. Deberemos pensar desde luego en un interés jurídicamente relevante y, por lo mismo, protegido por el derecho. Si ese interés resultare lesionado con la transmisión de un conocimiento, ¿basta ello para crear la obligación de reserva, aunque falte la voluntad del titular de dicho interés?

He aquí uno de los problemas más delicados que plantea la causalidad del secreto en general y que no puede resolverse sin hacer antes algunas distinciones. Kistoris opina que para que haya obligación de reserva no basta la presencia del interés solo, sino que la voluntad debe existir por lo menos en forma tácita, porque, en último término, ¿quién sino el sujeto mismo es el que valora su propio interés?⁵ Esto es verdad tratándose de la protección penal del secreto y el citado autor a ella lo aplica. Esa protección es aquí considerada en su aspecto actual, es decir, atendiendo al derecho positivo de cada país y en el nuestro ya hemos visto que es necesaria la voluntad de mantenimiento del secreto, por parte del ofendido, para que haya delito de revelación. Pero, considerando el deber de reserva en sí mismo, independientemente de las consecuencias penales y de otra índole que produzca su incumplimiento, cabe insistir en la pregunta de si será necesaria la voluntad del interesado en mantener el secreto, para que exista ese deber y sea jurídicamente exigible.

Ya hemos dicho que así como al factor subjetivo, o sea la voluntad, corresponde un bien jurídicamente protegido que es la libertad, al factor objetivo, constituido por el interés, conciernen otros bienes que también tutela el derecho, como son la vida, la integridad física, el honor, los bienes patrimoniales, etcétera. Todos estos bienes son protegidos con el deber de reserva y, por lo mismo, pueden resultar lesionados cuando se deja de cumplir éste. Pero si la revelación del secreto se lleva a cabo con el consentimiento del titular de estos bienes, ¿puede decirse, no obstante ello, que se falta a un deber de reserva? Desde luego podemos notar que en tal caso no hay voluntad alguna de mantenimiento del secreto, ni aún tácita, como pide Kistoris. También se puede sostener que en nuestro sistema penal no se da delito alguno de revelación, ya que es elemento constitutivo de éste la falta de consentimiento del ofendido. En tercer lugar podemos advertir que la libertad, como bien jurídicamente protegido, no ha sido dañada, pues no se contraría la voluntad a que va vinculada ella. La lesión queda, pues, exclusivamente para los otros bienes. ¿Basta esto último para que exista una violación al secreto, capaz de producir consecuencias jurídicas? O, en otros términos, ¿existirá en el caso propuesto un deber de reserva incumplido, a pesar del consentimiento

⁵ *Op. cit.*, núm. 4, p. 9.

dado para la revelación por quien resulta lesionado con ella en sus bienes?

La existencia de ese deber solamente puede darse en la medida en que los bienes lesionados: vida, patrimonio, honor, etcétera, son protegidos por el derecho con independencia de la voluntad del titular de ellos. Cuando se trata de bienes legalmente disponibles, la renuncia a su protección es válida y, en tal caso, el consentimiento dado por el titular del derecho extinguiría el correspondiente deber de reserva. Pero cuando los bienes no son disponibles, la voluntad que autoriza la revelación del secreto no puede tener más efecto que impedir que se configure el delito de revelación. De ningún modo hace inexistente el deber de reserva en sí mismo. Su violación puede producir en este caso, consecuencias fuera del ámbito penal, y aun en este último, pues si bien no constituye delito de revelación, puede entrañar alguna forma de participación en otros delitos diversos, siempre que dé lugar a ellos la lesión, aun consentida, a bienes que el derecho protege necesariamente, sin tomar en cuenta la voluntad del titular de los mismos.

Debe hacerse notar, sin embargo, la evolución que a este respecto ha tenido la doctrina en lo que concierne especialmente al secreto profesional. A este secreto se le consideró en un principio como protector exclusivamente de bienes disponibles, esto es, renunciables por su titular. Se pensó que de tal manera estaba vinculado a la voluntad el secreto profesional, que su origen debería hallarse en un contrato celebrado entre profesionista y cliente. En la actualidad la opinión dominante ha cambiado, restando eficacia causal a la voluntad para la producción de este secreto y atribuyéndosela de modo preponderante al interés; es decir, al factor objetivo, al que van vinculados bienes cuya disponibilidad por parte del titular se reconoce cada vez menos, porque se los liga al interés social y se les relaciona más estrechamente con el concepto de orden público. La consecuencia de ello ha sido, en opinión de numerosos tratadistas, negar al cliente la posibilidad de renunciar a su derecho al secreto, y al profesionista la de liberarse de su obligación de reserva por el consentimiento del cliente.

III. Este proceso nos lleva a plantear aquí una cuestión cuyo alcance desborda los límites del problema del secreto, porque constituye, hoy en día, un tema jurídico de carácter general. Se formularía así: ¿Puede el derecho proteger intereses sin la voluntad del titular de los mismos y, en ocasiones, aun en contra de esa voluntad?

La protección jurídica de un interés funda el derecho subjetivo, esto es, la posibilidad del titular de ese interés de hacerlo valer frente a los demás —incluso frente al Estado— y de exigir su reparación cuando es dañado. Esa posibilidad o facultad, que constituye el derecho subjetivo,

implica para su titular una situación de libertad, o sea un poder hacer o no hacer. Así, la voluntad de dicho titular queda constituida en árbitro supremo para decidir si ejercita o no su derecho. Tal es la situación que ha existido hasta ahora, en la mayoría de las relaciones entre particulares, sobre todo en las de carácter patrimonial —no en todas— en las que el titular del derecho se encuentra investido de una facultad de disposición respecto del mismo, con la consiguiente posibilidad de renunciarlo.⁶

Este es, en principio, el esquema del derecho subjetivo que corresponde a una concepción de carácter individualista. Pero la realidad del mismo no le ha sido exactamente igual, aun en las épocas en que dicha concepción fue tenida como la más valiosa socialmente. La verdad es que la idea del interés público o interés social se ha interferido siempre, en mayor o menor grado, para limitar el derecho subjetivo individual y darle su configuración propia. En nuestros días se ha acentuado ese proceso de interferencia, como efecto de la desigualdad entre diversos grupos sociales, que hizo necesaria la protección de los más débiles, esto es, de los menos dotados de poder económico y político. Esa protección se ha llevado a cabo de diversas maneras. Entre ellas está la limitación al derecho subjetivo individual, efectuada no sólo cuantitativamente o sea en cuanto a su extensión, sino también cualitativamente o sea en cuanto a su libertad de ejercicio. Un ejemplo típico de esa limitación lo encontramos en las instituciones del Derecho Obrero o Derecho del Trabajo. También es conocida en el mismo Derecho Civil, en que la autonomía de la voluntad, establecida como principio general, ha visto multiplicarse las excepciones en su contra. Así ocurre en algunas disposiciones relativas a los contratos de mutuo y arrendamiento, en la prohibición para renunciar algunos derechos o para celebrar transacción respecto de ellos, tales como el de adquirir por prescripción o el de percibir alimentos para el futuro, el de exigir responsabilidad por actos ilícitos o el de revocar el propio testamento. En todos estos casos hay limitaciones al derecho subjetivo individual en beneficio del interés público. Se restringe su libertad de ejercicio o la facultad de disponer del derecho, con el fin de proteger esa misma libertad en los casos en que ella podría volverse autodestructora. En otros términos, se imparte protección jurídica a determinado interés, aun en contra de la voluntad del titular individual del mismo.

Este fenómeno se ha reflejado, como acabamos de expresarlo, en el concepto que la doctrina dominante tiene del secreto profesional. A la antigua idea de protección al interés privado, remplace hoy día la de protección al interés público, esto es, la idea de tutelar, mediante el secreto,

⁶ Este mecanismo, que intenta explicar sólo la relación existente entre el interés y el derecho subjetivo, de ningún modo expresa el fundamento filosófico de este último. La exposición de tal fundamento excede los límites del presente trabajo.

bienes en cuya conservación se encuentra directamente interesada la sociedad. O sea que el orden jurídico protege menos el interés individual del cliente que el interés colectivo del grupo a que éste pertenece. Así lo expresan opiniones tan autorizadas como las de Fernández Serrano y Eusebio Gómez. Del primero se lee⁷

que aunque mediante el secreto (se refiere al del abogado exclusivamente) se sirva intereses privados, no se instituye su inviolabilidad en razón a éstos, sino para garantir y hacer eficiente el ministerio de la defensa;... que en tanto el "orden político" reconozca la necesidad del derecho de defensa, viene obligado a imponer y mantener la inviolabilidad del secreto profesional, pues sin éste no es posible aquél. Nos encontramos, pues, en presencia de una institución de derecho público extracontractual e inviolable.

Por su parte Gómez se expresa como sigue a este respecto:

Otra teoría, que es la que debe aceptarse, funda el secreto profesional en un interés de orden público. El profesional, confidente necesario de un hecho, está obligado a la reserva del mismo, porque la sociedad exige la discreción por parte de aquellas personas cuyos servicios son necesitados por todos. Los profesionales tienen la obligación moral del secreto; la ley recoge esa norma ética y, de tal modo, impone su obligatoriedad. Y estatuye, naturalmente la sanción respectiva para que se mantenga la confianza en los profesionales, ya que, desaparecida ésta, a todos asaltaría el temor de requerir, a los únicos que se la pueden dispensar, la asistencia de sus intereses morales y materiales.⁸

IV. Lo anterior nos permite llegar a algunas conclusiones acerca del deber de reserva profesional y de los intereses que con él se protegen. Durante largo tiempo hubo titubeos legislativos respecto del lugar en que debía ubicarse, dentro de los códigos, el tipo delictuoso de revelación. Ya se consideraba que debía estar entre los delitos contra el patrimonio, o bien entre los delitos contra el honor. Las legislaciones modernas —siguiendo las ideas de Carrara— lo consideran como delito contra la libertad; pero nuestro vigente Código Penal de 1931 lo ubica en un título especial, que denomina "Revelación de Secretos", absteniéndose de ese modo de juzgar sobre la naturaleza del tipo delictuoso. Todo ello no es sino una prueba de la diversidad de bienes que con él se protegen.

Sin embargo, lo característico de este tipo delictuoso no es, a nuestro juicio, la protección que indudablemente presta a la libertad, como veremos más adelante, sino su función represiva de un delito profesional o delito de clase. En otros términos, la norma punitiva que protege el secreto profesional forma parte de ese conjunto de preceptos que tienden a hacer jurídicamente responsable el ejercicio de las profesiones. Dentro

⁷ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, abril-junio 1952, núm. 14, pp. 117-122.

⁸ *Tratado de derecho penal*, tomo III, cap. LXXIII, núm. 840, p. 432.

del mismo Código Penal existe un título, el décimo segundo, denominado "Responsabilidad Profesional", el cual contiene dos capítulos llamados "Responsabilidad Médica y Técnica" y "Delitos de Abogados, Patronos y Litigantes", que comprenden varios tipos delictuosos protectores del cliente contra el incumplimiento del profesionista que le resulte lesivo. En el Código Civil encontramos que se reglamenta, como contrato nominado, el de "Prestación de Servicios Profesionales", que junto con algunas disposiciones relativas al contrato de mandato (una de éstas se refiere de modo expreso al secreto profesional) regula las obligaciones y responsabilidades del profesionista para con las personas que utilizan sus servicios. La ley que reglamenta en la actualidad el ejercicio de las profesiones, llamada "Ley Reglamentaria de los Artículos Cuarto y Quinto Constitucionales, Relativos al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito y Territorios Federales", así como el Reglamento de dicha ley, señalan también derechos y deberes del profesionista en el ejercicio de su función como tal y establecen sanciones administrativas para los casos de incumplimiento.

Todas esas disposiciones, aparte de algunas más que se encuentran dispersas en el Código Sanitario y en otras leyes, constituyen un tipo de legislación nueva que se ha ido formando, sin haberse unificado ni terminado aún, con finalidades específicas, similares a las que tiene la legislación del trabajo, pues así como ésta persigue la protección del trabajador contra el patrón, dentro de la relación laboral, las disposiciones de que tratamos buscan la protección del cliente contra el profesionista, dentro de la relación de servicio profesional. Ambas legislaciones se fundan en un hecho invariablemente reconocido, la desigualdad entre diversos grupos sociales que hace necesaria una protección especial para los más débiles, contra la posibilidad de que sus derechos se vean conculcados por los más fuertes. En otros términos, hay algunas relaciones sociales, como la relación profesional, entre profesionista y cliente, que vinculan a partes desiguales por su diferente poder económico o cultural, relaciones que culminan fácilmente en el abuso del más fuerte. Para evitar esto, no sólo por razones de justicia sino por requerirlo así la paz y el orden de la sociedad, se hace necesaria una protección especial que nivele esa desigualdad, y tal protección no puede obtenerse dentro del principio de igualdad de las partes que reconoce el derecho común, sino dentro de un principio de desigualdad jurídica compensadora que proteja al más débil.

De esta común finalidad que tienen la legislación del trabajo y la legislación profesional deriva la presencia de algunos caracteres, también comunes, en ambas legislaciones. El primero de ellos es la preeminencia que se da al hecho mismo de la relación jurídico-económica, con respecto al contrato. Este último, aunque considerado por las leyes como posible

causa de aquella relación, viene a quedar relegado a segundo plano, pues lo primordial es el hecho de la relación en sí mismo, como fuente de las obligaciones que surgen entre las partes relacionadas.

Ciertamente —dice Mario de la Cueva, refiriéndose a la legislación laboral— que aún subsiste un campo de acción para el contrato, pero las relaciones de trabajo, en su gran mayoría, se configuran como una simple relación jurídica, sin atender a la idea de contrato.⁹

O sea que lo que interesa más para la aplicación de la ley es la prestación misma del servicio, independientemente de la preexistencia de un convenio que la origine. Ya tendremos oportunidad de hacer ver, en el lugar correspondiente, cómo el secreto profesional puede existir sin que haya propiamente contrato de prestación de servicios profesionales —en el sentido en que lo entiende nuestra ley civil al regularlo— y aun sin que el servidor tenga necesariamente título de profesionista.

El segundo carácter común a las legislaciones laboral y profesional es el predominio que ha tomado en ellas lo imperativo e irrenunciable con respecto a lo supletorio y renunciabile; es decir, la restricción que ha sufrido en ambas legislaciones la autonomía de la voluntad como posible generadora o configuradora de los derechos y obligaciones consiguientes a una relación profesional o de trabajo. Este carácter es manifestación inmediata de la finalidad protectora que tienen sus instituciones; finalidad tutelar de grupos o clases sociales, más que de personas; finalidad en la que se acentúa cada vez más lo público que lo privado, lo social que lo individual. De allí esa tendencia de la doctrina contemporánea, que antes señalábamos, que se resiste a ver la causa del secreto profesional en un contrato y la atribuye en cambio a una situación de orden público a la que la ley vincula necesariamente un brote de obligaciones y de derechos irrenunciables, que nacen de preceptos imperativos que de ningún modo quieren considerar los autores modernos como convencionalmente pactados o legalmente suplidos.

Frente a estos caracteres comunes, presentan entre sí, en cambio, algunas diferencias la legislación profesional y la del trabajo. Una de ellas consiste en que en esta última, la clase o grupo social protegido es el que presta el servicio, en tanto que en la primera, es el que lo recibe. Dicho de otra manera, la legislación laboral busca proteger al trabajador, que sirve, del patrón que es servido; mientras que la legislación profesional, a la inversa, busca proteger al cliente, usuario del servicio, del profesionista que se lo presta. Hay en esto una curiosa inversión de las posiciones que ocupa el trabajo humano dentro de la relación en que se presenta

⁹ *Derecho mexicano del trabajo*, tomo I, cap. VII, núm. II-B, p. 227.

la desigualdad de fuerzas. Frente al capital acumulado y organizado, el trabajo resulta más débil; en cambio, cuando se une a la ciencia, el trabajo resulta ser la parte más fuerte, frente a la ignorancia. En esto vemos otra nota diferencial entre ambas legislaciones. La inferioridad de la clase protegida en la relación de trabajo es predominantemente económica, en tanto que en la relación profesional, esa inferioridad es fundamentalmente cultural y técnica. Esta última diferencia entre ambas situaciones se debe a que la relación laboral existe entre factores de la producción; capital y trabajo; en tanto que la relación profesional se da entre partes cuya función principal no es de creación de riqueza propiamente dicha, sino más bien de promoción biológica o cultural. Es decir que, sin estar ausente lo económico en esta última relación, no constituye lo básico, como en la de trabajo.

Volviendo sobre lo expuesto, podemos resumir que de los dos factores causantes del secreto, la voluntad y el interés, la doctrina contemporánea ha acordado preeminencia al segundo, tratándose del secreto profesional en particular. Ello se debe a que este último secreto, por su naturaleza, incumbe a una legislación de tipo social que, a semejanza de la legislación de trabajo, tiene una función protectora de un grupo social débil frente a otro más fuerte con el que entra en relación. Tal es la legislación profesional, que busca proteger a la clase del cliente, por regla general desprovista de conocimientos e incapaz de bastarse a sí misma, contra la clase del profesionista, de quien depende por la necesidad de sus servicios. Esa nueva legislación de tipo social, la que concierne al ejercicio de las profesiones, se encuentra aún en proceso de formación. A diferencia de la legislación de trabajo, que ha alcanzado ya unificación y un alto grado de desarrollo, el derecho profesional todavía no se unifica; sus disposiciones se encuentran dispersas. Constituye por ahora una especie de nebulosa jurídica, de cuya consolidación posiblemente surjan algún día instituciones de contornos definidos, que en conjunto formen una nueva rama del derecho, paralela a la del trabajo y con fines de protección social similares a los de ésta.

Ambas legislaciones han aparecido ante el requerimiento de necesidades colectivas surgidas en la vida contemporánea. La del trabajo, por el desarrollo del capitalismo y su control económico, cada vez mayor, sobre el trabajo humano; por la concentración de la riqueza en un menor número de propietarios y el correlativo crecimiento de la clase trabajadora. La legislación profesional, está surgiendo por la división del trabajo, por el crecimiento de la especialización, sobre todo en el campo intelectual y técnico, debido al avance de la ciencia y por el general aumento de diferenciación y de complejidad en las relaciones humanas. Pero sobre todo, influye en la formación del derecho profesional la decadencia del sen-

tido moral en la clase más fuerte de la relación, en la clase profesionista. Ello conduce a transferir al campo jurídico y a hacer objeto de regulación legal, formas de conducta que antaño estaban casi totalmente entregadas a lo puramente ético-moral. La legislación de las profesiones tiende a hacer jurídicamente responsable el ejercicio de ellas y, por consiguiente, a hacer coactivamente imponible la conducta debida, que en otras épocas se observó en forma voluntaria y sólo por imperativo de conciencia. En suma, es el proceso que lamenta Marañón, al observar cómo el médico, elegido antes consejero y hombre de confianza de la familia, se vuelve ahora un simple contratante de ella, a quien pueden hacer objeto de "represalias legales" tanto el enfermo que queda frustrado en sus esperanzas, como los familiares de éste.

Debe hacerse notar, sin embargo, que la obligación de reserva es mucho más antigua en las leyes que otros deberes del profesionista para con el cliente. Ya se referían a ella las *Partidas* y la *Novísima Recopilación* en el derecho español. Esto viene a demostrar dos cosas: una, es la importancia del deber de reserva y la necesidad de su cumplimiento para la relación profesional; otra, es la dificultad que hay para controlar la conducta de una persona que ha conocido algún secreto y para evitar que lo divulgue. Ya nos hemos referido antes a esa dificultad. La facilidad con que el profesionista puede burlar el deber de reserva, sin que el cliente esté en posibilidad de impedirselo, unida a la gravedad de los daños que con ello se causen, ha hecho, desde tiempos antiguos, que el cumplimiento de ese deber no se dejara exclusivamente al fuero interno de la conciencia, sino que se hiciera objeto de regulación legal. Pero esta regulación se encuentra hoy en día extendida a otros deberes diversos del secreto, a los que antes no alcanzaba, cuyo incumplimiento sanciona. En general parece ser que tiende a abarcar toda la conducta a seguir por el profesionista en la prestación de sus servicios. Actualmente incluye preceptos de naturaleza diversa. Unos son de carácter represivo: contemplan el aspecto de la ilicitud penal. Otros, de carácter reparatorio: tienden al resarcimiento de los daños y perjuicios y conciernen por ello a la ilicitud civil. Otros, en fin, tienden a ser de carácter preventivo y forman parte de la acción de policía que el Estado ejerce sobre las profesiones, por lo que determinan la ilicitud administrativa. De todos habremos de ocuparnos en el curso de este estudio, en cuanto se refieran al secreto profesional.¹⁰

El derecho de las profesiones, es decir, la regulación legal de éstas, a semejanza del derecho del trabajo protege determinados bienes de la

¹⁰ Ya tendremos oportunidad de hacer ver más adelante (capítulo sexto) que la ilicitud no es más que una. Las que difieren son sus consecuencias: civiles, penales o administrativas.

clase más débil en la relación. Entre estos bienes se encuentra la libertad misma. Y su protección se busca... imponiéndole restricciones. Curiosa paradoja. En el caso del secreto profesional juega el concepto de libertad un importante papel, por lo que la doctrina penal moderna la estima como el bien jurídicamente protegido con el tipo delictuoso de revelación. Ya hemos anticipado a este respecto nuestro punto de vista. Sin desconocer esa protección a la libertad, que se imparte mediante la obligación de reserva impuesta al profesionista, buscamos destacar la complejidad del objeto tutelado, debida a la presencia de otros bienes diversos de la libertad, que, conjuntamente con ella, son protegidos por el secreto. De los dos factores que intervienen en la producción de éste, la voluntad y el interés, dijimos que la libertad se encuentra vinculada al primero, en tanto que al segundo conciernen los demás bienes tutelados: la vida, el patrimonio, el honor, etcétera. Procede ahora examinar cómo se lleva a cabo mediante el secreto la protección de la libertad.

Apenas si habrá concepto de contornos más imprecisos que éste, pero, apenas si habrá otro cuya precisión se haga más necesaria para determinar la función que el secreto profesional desempeña. Veamos, en primer lugar, lo que a este respecto piensan diversos autores contemporáneos. Eusebio Gómez, cuyas ideas hemos expuesto antes, dice a propósito de la revelación profesional:

La opinión corriente radica la objetividad jurídica de este delito en la libertad personal. Todos los ciudadanos deben ser amparados en el derecho a recurrir a la asistencia profesional que necesitan, con la seguridad de que nadie, si así les conviene, ha de enterarse de las causas determinantes de su necesidad. Si la ley no protegiese la confianza, estatuyendo una pena para los que la traicionan, los ciudadanos se verían cohibidos en su libertad de buscar la defensa para sus bienes morales y materiales. Tal es el pensamiento de Carrara que la doctrina y las leyes aceptan.¹¹

En otro lugar, este autor matiza más su pensamiento respecto de la protección jurídica de la libertad:

Lo que se impone establecer es el concepto de la libertad dentro de la ley penal, como objeto de la protección que ella le dispensa. Porque —fuerza es advertirlo por anticipado— esa protección no se refiere a la libertad en sí misma, sino al conjunto de los derechos que comporta.”¹²

Por su parte Sebastián Soler, para quien es también la libertad el bien jurídicamente protegido mediante el secreto, se expresa como sigue:

En este sentido, el hombre es concebido como ser social, como ser dotado de una serie de atributos de significado personal, sí, pero de la persona social.

¹¹ *Op. cit.*, tomo III, cap. LXXXI, núm. 853, p. 453.

¹² *Op. cit.*, tomo III, cap. LXIII, núm. 741, p. 307.

Esos atributos son, en primer lugar, el habla, la facultad intercomunicativa, la expresión de los propios pensamientos y afectos. Y el derecho quiere que esa clase de actos comunicativos, que son también acciones, *audible actions* (acciones audibles, expresión de S. K. Langer), se desenvuelvan libremente también.¹³

Y más adelante dice el mismo Soler:

La ley dibuja claramente, de este modo, una esfera de intimidad, dentro de la cual las cosas son secretas en la medida en que son consideradas una prolongación de la persona misma.¹⁴

Coincidiendo en este punto con el pensamiento de los dos juristas argentinos antes citados, Sergio Kostoris, de la Universidad de Trieste, dice al respecto que

el poder de imponer el vínculo del secreto y las obligaciones que de él derivan no puede encontrar su fuente en puros datos de hecho... el poder de excluir a otro del conocimiento... debe encontrar la propia fuente en una posición jurídica más amplia del sujeto... y para esto es indispensable la titularidad de un derecho que ponga la noticia que se quiere mantener reservada, en la esfera de la absoluta pertenencia del sujeto.

Y más adelante añade:

Constituye casi *communis opinio*, de la cual nada induce a sustraerse, individualizar tal derecho subjetivo en un derecho de libertad entendido en su expresión más general o bien como una manifestación particular suya.¹⁵

En atención a las anteriores opiniones, cabe preguntar: ¿Qué clase de libertad o qué aspectos de la libertad son los que se intenta proteger mediante el secreto?

Desde luego debemos expresar que la explicación dada por Gómez siguiendo a Carrara —y que muchos autores aceptan— nos parece acertada, pero insuficiente. El derecho a recurrir a la asistencia profesional, se dice, sufriría menoscabo, si el cliente interesado no tuviera la necesaria garantía de que el profesionista a quien acude va a guardar reserva de todo lo que se entere. La ofensa a la libertad estaría, de acuerdo con esta idea, en el hecho de que el cliente, bajo la amenaza de la revelación, “se vería cohibido” de buscar el servicio profesional para sus intereses.

De esto se infiere que el tipo delictuoso correspondiente trataría de garantizar ese aspecto de la libertad que acaba de indicarse; buscaría dar confianza al cliente para que acuda al profesionista y utilice sus servicios

¹³ *Op. cit.*, tomo iv, p. 33.

¹⁴ *Op. cit.*, tomo iv, cap. 107, núm. 11., p. 111.

¹⁵ *Il segreto come oggetto della tutela penale*, núm. 17, p. 41.

sin el temor de que este último pueda revelar impunemente los secretos que le sean confiados. Con ello se intentaría proteger la libertad del cliente tan sólo en el aspecto señalado y esa protección vendría a ser el principal motivo del deber de reserva y de las sanciones consecutivas a su incumplimiento.

Pero, si bien se observa, tal manera de proteger la libertad no es peculiar del tipo delictuoso de revelación. Similar protección realizan otros tipos que tutelan diversos bienes relevantes para el derecho. Si el homicidio, el fraude o la calumnia, por ejemplo, no fueran punibles, seguramente la desconfianza cohibiría a los hombres para entablar en la sociedad muy diversas clases de relaciones, para emprender negocios económicos y hasta para deambular por la vía pública. Es indiscutible que su libertad se vería restringida si no supieran que su honor, su patrimonio o su vida están suficientemente protegidos con la represión penal de aquellos hechos que los lesionan. Parece entonces que la protección a la libertad, en este aspecto, no es por sí sola distintiva del tipo delictuoso que incrimina la revelación profesional. Eusebio Gómez, que ha previsto esta objeción, pretende contestarla en los siguientes términos:

Es absolutamente necesario dejar establecido que no todos los hechos delictuosos que afectan a la libertad individual pueden ser incluidos en la categoría de los delitos contra el expresado bien jurídico. Si tal inclusión fuera consentida, pocos serían los hechos delictuosos que pudieran sustraerse a la calificación expresada. La calificación no procede sino cuando la privación de la libertad fue el fin perseguido. Cuando el atentado a la libertad no es sino el medio para lograr otro fin, la calificación no debe admitirse.¹⁶

Más adelante añade:

No hay, pues, delito contra la libertad sino cuando la lesión inferida a la misma no responde al fin de violar otro derecho.¹⁷

Pero esa distinción no nos parece admisible, pues, en la práctica, el profesionista que revela un secreto difícilmente lo hace por atacar en sí misma a la libertad de su cliente. La revelación la efectúa por otros motivos y no es el atentado a la libertad el "fin perseguido" por él. Luego se impone concluir que, si bien la libertad del cliente para utilizar los servicios del profesionista resulta indiscutiblemente protegida con la tutela penal del secreto, ni es ésta la característica peculiar ni la función más importante de esa tutela.

Hay otro aspecto de la libertad que nos parece afectado con la amenaza de revelación y que reviste mayor importancia. Es la dependencia en que

¹⁶ *Op. cit.*, tomo III, cap. LXIII, núm. 742, p. 312.

¹⁷ *Ibid.*, p. 313.

el cliente queda respecto del profesionista, desde el momento en que este último ha conocido la intimidad de aquél. Ello da al profesionista una enorme influencia y un extraordinario poder de coacción sobre su cliente, que menoscaba la libertad de éste y si tal poder fuera utilizado por el primero, le podría quedar sometido en verdadera servidumbre el segundo. Impedir al profesionista el abuso de esa situación ventajosa, es —sin duda— uno de los fines perseguidos al imponerle el deber de reserva y sancionar penalmente su incumplimiento.

Para comprender mejor esta finalidad, hay que distinguir dos situaciones. La primera existe cuando la revelación no se ha efectuado aún, pero hay posibilidad de que se lleve a cabo. La otra se da cuando ya se efectuó dicha revelación. En la primera de ambas situaciones es cuando existe verdadero daño a la libertad. Es decir, que mientras hay amenaza o peligro de revelación es cuando el interesado en que el secreto se guarde —generalmente el cliente— queda en verdadera dependencia del profesionista y para evitar esa dependencia es para lo que la ley conmina con una pena a este último si revela. Cosa muy diferente ocurre en la segunda situación. Si el secreto ya fue revelado, la lesión recae no sobre la libertad, sino sobre los demás bienes; vida, honor, patrimonio, etcétera, y la reparación que se imponga al revelador, como parte de la pena, será en todo caso respecto del daño causado a estos bienes, no a la libertad. Esta última resultaría dañada tan sólo por la amenaza de una nueva revelación, que se haría más temible en tal caso, atenta la peligrosidad del profesionista indiscreto. Pero no sería entonces la revelación ya consumada la que dañase a la libertad, sino más bien la posibilidad de reincidencia.

Este aspecto de la libertad que hemos apuntado y que consideramos objeto principal de la protección que el secreto profesional imparte, debe ser considerado en forma aún más amplia. De acuerdo con las ideas modernas, a que nos hemos referido antes, la libertad protegida no es solamente individual, sino que viene a ser una libertad de grupo o de clase. Indiscutiblemente, el interés en que el secreto se guarde en un caso concreto no existe tan sólo en el cliente individual a que se contrae, sino en toda la clase o grupo social formado por los usuarios de servicios que presta la clase profesionista.

De allí esa nota de irrenunciabilidad que la mayor parte de los autores contemporáneos atribuyen al derecho de exigir la guarda del secreto, con la consiguiente imposibilidad de relevar de su obligación al profesionista por el sólo consentimiento del cliente. Gómez expresa esta característica al decir que

El secreto, una vez confiado, no pertenece al que hace la confidencia; no pertenece, tampoco, al que la recibe, pertenece a la profesión que ejerce; pertenece

a la sociedad que reclama esa garantía de los hombres a quienes entrega el cuidado de sus más respetables intereses.¹⁸

En suma, después de todo lo anterior llegamos a las siguientes conclusiones: primera, el deber de reserva impuesto al profesionista tiene como finalidad proteger la libertad individual del cliente y a la vez la libertad social del grupo o clase a que éste pertenece. Segunda, también tiene como finalidad ese deber, proteger otros bienes del cliente —diversos de la libertad— que el derecho ampara además en otras formas. Tercera, el incumplimiento del deber de reserva, se encuentra penalmente sancionado, como consecuencia de la relevancia que el mismo tiene para la sociedad. Cuarta, el tipo delictuoso que sanciona ese incumplimiento, protege, por consiguiente, a la libertad y también a los otros bienes. Quinta, este tipo delictuoso no se diferencia de otros tipos por razón de los bienes jurídicos que protege, sino más bien por el género de amenaza de que los protege. Lo que caracteriza al delito de revelación no es el daño causado ni tampoco el objeto o bien dañado, sino el medio o procedimiento empleado para causar el daño. Es el carácter netamente intelectual de ese medio, consistente en la transmisión de un conocimiento, lo que destaca a este hecho delictuoso y lo hace objeto de consideración especial. Por consiguiente, el deber de reserva, aunque deber jurídico —como tal— referido a la conducta externa de los hombres, tiene un contenido netamente inmaterial, inter-psíquico (por más que su incumplimiento pueda producir efectos materiales), que es lo que da a este deber una fisonomía propia y lo sujeta a especiales principios de aplicación jurídica, que son los que intentamos abordar en el presente estudio.

V. Una última cuestión se impone tratar, antes de terminar este capítulo. Hemos dicho al comenzar, que la vida social impone una doble exigencia al ser humano: comunicar en parte su intimidad a los demás y en parte mantenerla incomunicada, reservada para sí. Esta última exigencia, que es el fundamento del secreto, implica que éste tenga un carácter natural, que sea algo inherente a la naturaleza humana. La incomunicación en sí misma, esto es, la reserva que hacemos de cierta parte de nuestra intimidad, excluyendo a los demás del conocimiento de ella, es un hecho natural, no necesariamente egoísta o antisocial, sino de acuerdo con las tendencias normales de la especie.

El Santo Padre Pío XII expresaba en uno de sus discursos:

De ciertas explicaciones psicológicas se desprende la tesis de que la extraversion incondicional del yo constituye la ley fundamental del altruismo congénito y de sus dinamismos. Esto es un error lógico, psicológico y ético. Existe una defensa,

¹⁸ *Op. cit.*, tomo III, cap. LXXIII, núm. 842, p. 442.

una estima, un amor y un servicio de sí mismo, no solamente justificados, sino también exigidos por la psicología y la moral. . .¹⁹

Tratándose del secreto profesional, podemos afirmar que surge como consecuencia —también natural— de la relación de servicio que se forma entre dos o más seres humanos, con motivo de la división del trabajo. Este último hecho se presenta mucho más acusado en nuestra sociedad contemporánea que en la primitiva. Pero si bien el secreto en sí resulta un hecho natural, no podemos afirmar lo mismo de su contenido. Este parece encontrarse condicionado —cuando menos parcialmente— por hechos históricos que lo configuran y es susceptible de cambio, de acuerdo con las condiciones culturales de cada época. Parece ser que a determinado tipo de civilización corresponde una cierta valoración de los bienes, cuya protección se impone mediante la guarda del secreto. Al paso que cambian las condiciones histórico-culturales puede cambiar esa valoración, dejando de considerarse dignos de protección jurídica algunos de los bienes estimados antes como tales y pasando a protegerse otros nuevos que anteriormente no existían o se estimaba como irrelevantes.

El Doctor Marañón ha observado ese proceso de transformación valorativa en relación con el secreto del médico y como consecuencia de ello encuentra hoy día dos causas de atenuación para el deber de reserva: un cambio en el concepto, antes denigrante, que se tenía de ciertas enfermedades y el interés de divulgar las experiencias propias en bien de la investigación científica.

Sobre la primera causa se expresa así el destacado médico y pensador:

En primer lugar, es indudable (y me figuro que habrá sido comentado por los moralistas) que hay una evolución muy profunda en el concepto peyorativo de la enfermedad.

Y más adelante añade

...casi de medio siglo a esta parte, la enfermedad pierde su carácter mítico, de castigo de Dios, y se convierte en un accidente definido cuyas causas se conocen y, muchas veces, se pueden evitar y curar; es un simple episodio, pues, de historia natural. Y el enfermo no busca ya el incógnito con la misma energía que en los tiempos pasados.²⁰

Respecto del valor de la investigación científica como justificante para la revelación del secreto, dejó escrito Marañón:

La otra causa que ha debilitado el concepto clásico del secreto profesional es el carácter científico de la medicina moderna, basado, en gran parte, sobre la

¹⁹ *Discurso a los asistentes al V Congreso de Psicoterapia y Psicología Clínica*, 13 abril

²⁰ *Vocación y ética*, 4a. ed., colección Austral, p. 76.

exhibición de casos clínicos y de sus historias. . . Al transformarse los hospitales, de centros de caridad, en centros de estudio y enseñanza, prácticamente se ha anulado el secreto profesional. . . La evolución de los tiempos, que ennoblece el hospital y capta dentro de él cada vez a mayor número de clases sociales, irá extendiendo más y más esta liberación del secreto profesional.²¹

Todavía están en el tapete de la discusión las anteriores ideas, que dejó expuestas a la juventud médica el eminente maestro español. Hay tratadistas de la talla de Eusebio Gómez y Sebastián Soler que se resisten a ver en la investigación científica una suficiente causa de justificación que exima del deber de reserva. Por lo que toca a la otra causa expuesta —o sea el cambio operado en la apreciación de la enfermedad como mal moral a mal puramente biológico—, habría que probar su eficacia demostrando que el único bien protegido con el secreto del médico es la reputación del enfermo y que no hay otros intereses, ya sean de este mismo o de la sociedad, que pudieran resultar afectados con la divulgación.

Además creemos que no resulta exacta del todo esta segunda causa señalada por Marañón, porque si bien es verdad que ya no se da ahora a la enfermedad el carácter necesario de castigo de Dios, que denuncie al enfermo como pecador, también es verdad que subsisten muchos padecimientos cuyo origen —no mítico sino real y científicamente comprobado— se vincula generalmente con la anterior conducta moral del enfermo, con incidencias hereditarias o con el medio familiar o social en que se ha desarrollado éste. Todo ello sigue haciendo necesaria la subsistencia del secreto profesional en el médico.

Pero, independientemente de lo que sobre el particular se resuelva, hemos citado las ideas de Marañón porque aluden al carácter evolutivo que, cuando menos parcialmente, tiene el secreto en cuanto a su contenido.

Sería interesante estudiar las relaciones que existen o han existido entre cada tipo de estructura social condicionante y los conocimientos que en ella han sido o resultan ser materia de secreto obligado para el profesionalista. El contenido del deber de reserva (no el secreto en sí) parece ser, por lo menos en buena parte, una superestructura de la forma social cultural correspondiente a su época. Pero tal investigación rebasaría con mucho el objeto del presente trabajo. Dejemos pues al sociólogo y al historiador la contemplación de esa ambiciosa perspectiva y ciñamos nuestro estudio, en las páginas siguientes, a los modestos límites de la ciencia del derecho.

²¹ *Op. cit.*, p.78.

Capítulo Segundo: La represión penal	42
I. Antecedentes	42
II. El Código actual	43
III. Tipo simple y tipo calificado	44
IV. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito	46
V. La conducta delictuosa. Revelación, divulgación, publicación	48
VI. Otros delitos de revelación	51
VII. Prevaricato y revelación de secretos	51
VIII. Elementos del tipo delictuoso	54
IX. El concepto de daño	54
X. La falta de consentimiento del ofendido	57
XI. Actitud que asume la escuela positiva	61
XII. Ausencia de justa causa para revelar	63
XIII. Formas de comisión del delito. Acción u omisión	65
XIV. Elemento intencional en el delito de revelación	66
XV. Contenido y alcance de la intención delictuosa	69
XVI. El problema de la participación. Plurisubjetividad del delito	73
XVII. Sentido de la protección penal del secreto	80

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REPRESIÓN PENAL

SUMARIO: I. *Antecedentes.* II. *El Código actual.* III. *Tipo simple y tipo calificado.* IV. *Sujeto activo y sujeto pasivo del delito.* V. *La conducta delictuosa. Revelación, divulgación, publicación.* VI. *Otros delitos de revelación.* VII. *Prevaricato y revelación de secretos.* VIII. *Elementos del tipo delictuoso.* IX. *El concepto de daño.* X. *La falta de consentimiento del ofendido.* XI. *Actitud que asume la escuela positiva.* XII. *Ausencia de justa causa para revelar.* XIII. *Formas de comisión del delito. Acción u omisión.* XIV. *El elemento intencional en el delito de revelación.* XV. *Contenido y alcance de la intención delictuosa.* XVI. *El problema de la participación. Plurisubjetividad del delito.* XVII. *Sentido de la protección penal del secreto.*

I. Del secreto profesional puede decirse lo que de otras instituciones: que no nació al conjuro del pensamiento, sino de la acción; no fue obra de creación intelectual, sino de la vida. La vida de relación lo hizo surgir como necesidad y no fue sino después cuando se ocuparon de él los legisladores y cuando juristas y moralistas lo hicieron objeto de estudio. Pero esa realidad del problema se debió a la amenaza que entrañaba la revelación para determinados bienes. Pronto se debe haber sentido lo necesario que era el secreto para la vida social y lo fácil que era revelarlo, así como las consecuencias lesivas que esto último podía traer aparejadas. Por eso surgió la necesidad de defenderse de tales consecuencias. De allí el contraste que ofrece la temprana aparición de su regulación penal frente a la tardía preocupación que del secreto han tenido los legisladores en materia civil y en otras ramas del derecho. Es decir, que antes que ocuparse de la obligación de reserva en sí misma, interesaron los efectos de su incumplimiento. Y la doctrina corrió paralela a la legislación. Antes que estudiar la naturaleza de la obligación y el origen de ésta, hubo necesidad de defenderse, mediante la protección penal, de los daños causados a la sociedad y al individuo con la revelación de un secreto por quienes más necesario era que lo guardaran. En suma, era preciso vivir antes que filosofar.

Las leyes punitivas desde muy antiguo se ocuparon de la revelación de secretos y a la doctrina penal, especialmente contemporánea, se debe lo mejor y más abundante que se ha escrito al respecto. Por eso nos vamos a ocupar de ella en primer término, dedicándole este capítulo, pero en el

buen entendimiento de que a esta prioridad histórica que ha tenido el aspecto penal del problema, que no es sino adjetivo, corresponde una indiscutible prioridad lógica del aspecto sustantivo, esto es, del estudio de la obligación de reserva propiamente dicha, en su origen, en su naturaleza, en su alcance, que habremos de intentar en los siguientes capítulos. Ha llegado ya para el secreto profesional la época de madurez científica que permitirá un mejor planteamiento del problema y que nos hará ver que estamos antes frente a una obligación que frente a un delito, que encontramos primero un vínculo jurídico y sólo después, eventualmente, un hecho antijurídico.

La legislación penal mexicana tiene en el tema que nos ocupa una añeja tradición, que arranca en el derecho español desde *las Partidas* y pasa por la *Novísima Recopilación* a los códigos españoles del siglo xix, hasta llegar al vigente. Por su parte Francia, al tipificar en el Código Penal de 1810 un delito que *l'ancien droit* había reconocido y perseguido como tal en diversas profesiones, aunque sin la unificación que en cuanto a la penalidad alcanzó en la legislación napoleónica, tradujo en normas punitivas de cuño moderno lo que antes era una inquietud de la doctrina y la jurisprudencia, tenazmente empeñadas en ocuparse del secreto profesional y resolver los problemas a que da origen. Esos problemas son casi los mismos que suscita ahora. Con razón el Doctor Juan P. Ramos, ilustre penalista argentino, al ocuparse del secreto profesional, lo califica de "cuestión vieja en el mundo y siempre insoluble del todo". Idea semejante expresa Perraud Charmantier al estimar que el problema del secreto no es cosa nueva en el derecho, sino tan vieja como la conciencia humana. Y se comprende porqué. Ya decíamos en el capítulo anterior que si el contenido del secreto puede variar, a tono con cada época de la historia, en cambio el secreto en sí mismo, la guarda de la intimidad, es una tendencia inherente a la naturaleza del hombre.

Hay escasas referencias de lo que el derecho, en pueblos más antiguos, estableció al respecto. Se sabe que en Roma, la pena para quien revelaba un testamento era la misma que para un falsario, al que se equiparaba. Y no se puede pasar por alto la influencia de la Iglesia Católica al legislar canónicamente, desde muy antiguo, sobre una institución diversa del secreto profesional pero en algún modo semejante a él, cual fue el sigilo de la confesión sacramental.

II. Nuestro Código Penal, vigente en el Distrito Federal desde 1931, tiene antecedentes, dentro de la materia que nos ocupa, en los derogados Códigos de 1871 y 1929. A ellos habremos de hacer referencia más adelante. La solución del Código actual ha consistido —como decíamos en el capítulo anterior— en colocar el tipo delictuoso de revelación de secretos

dentro de un título especial, el noveno, que lleva ese nombre y comprende solamente dos artículos con la siguiente redacción:

Artículo 210. Se aplicará multa de cinco a cincuenta pesos o prisión de dos meses a un año al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Artículo 211. La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos, o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

III. La primera observación que surge a la vista de esos dos preceptos es que el delito de revelación de secretos profesionales no constituye en nuestra ley un tipo autónomo, sino más bien un subtipo o tipo derivado, accesorio de otro principal, cuya existencia necesariamente presupone.

El artículo 211 expresa simplemente una variante del tipo fundamental descrito en el 210, variante que surge como calificativa, para aumentar la penalidad, pero que no contiene elementos propios, como no sean los que motivan la calificación, sino que presupone los del artículo precedente. Por regla general las circunstancias calificativas o agravantes no son elementos integrantes del delito, sino ajenos o exteriores a él. Se le sobreañaden, con el consiguiente efecto agravatorio, pero sin ser necesarias para su existencia. Sólo en algunos casos llegan a serlo, porque el legislador las incluye dentro de los elementos del tipo, y entonces cambia su naturaleza, ya que más que de circunstancias calificativas debería hablarse de tipo calificado con respecto a otro, considerado como simple u ordinario. Tal acontece con la revelación de secretos profesionales y los doctores Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, aunque no se refieren expresamente a ella en los siguientes conceptos, precisan el fenómeno que acabamos de indicar:

Las circunstancias calificativas, que son modificativas de la sanción penal en un sentido agravatorio, no deben confundirse con los elementos constitutivos del tipo delictivo. Éstos son elementos que lo integran y sin los cuales no puede existir. Aquéllas son accidentales, generalmente, y sólo cuando la propia ley las convierte en constitutivas cambia su naturaleza.¹

Pues bien, los elementos del delito de revelación de secretos en general están señalados en el artículo 210. El 211 los presupone y les añade algo nuevo, para calificar al tipo. Pero ¿es que presupone todos y cada uno de

¹ *Código Penal anotado*, nota núm. 164 al artículo 54.

los elementos de la figura simple, descrita en el 210? Ciertamente no, porque el artículo 211, más que sobreañadir elementos, los reemplaza. Es decir, sustituye parte de los elementos del tipo ordinario para producir con ello la agravación. O en otros términos, la figura delictuosa del 211 conserva intactos, en su mayor y más importante parte, los elementos de la del 210 y solamente sustituye con otros los elementos mencionados al final.

Veamos como se efectúa esto. El tipo descrito en el artículo 210 contiene como elemento el hecho de una revelación de secreto o comunicación reservada. Tal revelación debe efectuarse con perjuicio para alguien, sin consentimiento de éste y sin justa causa. A su vez, el secreto o comunicación reservada deben haber sido conocidos o recibidos con motivo de "algo". Hasta aquí los elementos son los mismos en ambos tipos delictuosos: el simple que describe el artículo 210 y el calificado que sanciona el 211. Pero ese "algo", con cuyo motivo han sido conocidos o recibidos el secreto o la comunicación, es lo que cambia de un tipo a otro. En el primero es el desempeño de un empleo, cargo o puesto. En el segundo no es eso, sino la prestación de servicios profesionales o técnicos, o bien el ejercicio de una función pública o el desempeño de un cargo público o, por último, una circunstancia atinente al secreto mismo: el hecho de que sea de carácter industrial.

Hemos dicho que estos últimos elementos, que son los que motivan la calificación, reemplazan o sustituyen al desempeño de un empleo, cargo o puesto, que señala el artículo 210 para el tipo no calificado. Pero debemos precisar hasta qué punto la prestación de servicios profesionales o técnicos, los sustituyen plenamente. En otros términos, la calificación es disyuntiva, no acumulativa. Si el secreto había sido conocido con motivo de un empleo, cargo o puesto, estamos en presencia del tipo simple. Pero si en lugar de eso ha sido conocido con motivo de la prestación de servicios profesionales o técnicos (que no constituyen empleo, cargo ni puesto), estaremos ante el tipo calificado. Ambas hipótesis se excluyen entre sí; no pueden coexistir.

Cosa diferente ocurre en la situación del funcionario o empleado público. Estos en realidad constituyen casos especiales de empleo, cargo o puesto. Aquí la distinción con la hipótesis del tipo simple, del artículo 210, no se plantea por exclusión, como en el anterior supuesto de los servicios profesionales o técnicos, sino por excepción a la regla. Si el empleo, cargo o puesto, con cuyo motivo se conoció el secreto, eran particulares o privados, se configura el tipo simple; si eran públicos, esto es, pertenecientes al Estado o a algún organismo descentralizado, se configura el tipo con calificación.

Por último, el tercer caso que configura la agravante no corresponde

ya a la calidad del infractor sino a la naturaleza del secreto. Si éste es de carácter industrial, surgirá el tipo calificado, independientemente de que haya sido conocido o no con motivo de algún empleo, cargo o puesto, de que ellos hayan sido públicos o privados, o bien con motivo de la prestación de servicios profesionales o técnicos, o sin éstos.

La razón para este aumento de la pena, se muestra evidente. El legislador ha querido tratar con mayor rigor a funcionarios y empleados públicos que a los que solamente son privados, en vista de que, manejando intereses más importantes como son los del Estado u otros organismos públicos o aún los de particulares, cuando entran en relación con aquéllos, su responsabilidad debe ser mayor que la de quienes manejan intereses puramente privados. Tal ocurre, por ejemplo, con los funcionarios fiscales, de cuyo secreto habremos de hablar más adelante. En el caso de los que prestan servicios profesionales o técnicos, la razón de su mayor responsabilidad está, como lo expresamos en el capítulo anterior, en la necesidad que de esos servicios tiene el cliente y en la manifiesta desigualdad que existe entre éste y el que los presta, por razón de la mayor preparación cultural del profesionista, quien podría fácilmente abusar en esa situación, traicionando la confianza que en él se pone, si no se le castigara eficazmente. Por último, la protección especial al secreto industrial, aplicando pena mayor por su revelación que por la de secretos de otro género, encuentra su explicación en el hecho de defender la inventiva, el poder personal de creación y, consiguientemente, el progreso en la industria, protegiendo lo mismo al inventor que al empresario contra una posible competencia desleal.

IV. De lo anterior se desprende una consecuencia con la que ha estado de acuerdo la doctrina, sin discrepancia alguna que le conozcamos hasta ahora. Los caracteres que la ley exige para el sujeto activo del delito, los debe haber tenido al momento de conocer el secreto, sin que sea necesario que los conserve aún al momento de revelarlo. Así, puede cometer el delito persona que ya no sea funcionario o empleado ni preste servicios profesionales o técnicos, siempre y cuando haya tenido alguno de esos caracteres al momento de adquirir el conocimiento sujeto a reserva, pues lo que la ley exige precisamente para que se configure el delito, es que lo revelado haya sido conocido con motivo del cargo, de la función o de la prestación de los servicios. En otros términos, la protección penal no se imparte, en los tipos delictuosos que comentamos, contra la revelación de cualquier secreto, sino solamente del que se obtuvo en determinadas situaciones del infractor, de las que éste abusa, aún después de haber dejado de tenerlas.²

² Algunos autores llegan a la sutileza de sostener que el deber de reserva profesional se

La única de esas situaciones que atañe al objeto de nuestro estudio y que es de la que vamos a ocuparnos, es la prestación de servicios profesionales o técnicos.

Nótese bien que lo que la ley penal exige del sujeto no es que sea profesionista, sino que preste servicios profesionales o técnicos. Por eso no estamos de acuerdo con la opinión de la señora Olga Islas Magallanes,

que cree encontrar en nuestro derecho “una honda laguna consistente en no ordenar ninguna medida drástica contra el sujeto que, fingiendo una profesión, logra enterarse de los secretos ajenos para revelarlos”.³

El hecho de que el secreto haya sido conocido con motivo de la prestación de servicios profesionales es bastante para integrar el delito, aun cuando tal prestación hubiere sido ilegal por no tener el título correspondiente quien la hizo.⁴

De igual manera nos parece inaplicable lo que sostiene Sebastián Soler, al decir que

no pueden considerarse comprendidas (en el tipo delictuoso) las actividades ilícitas o irregulares: curanderos, avenegras,⁵

porque si esta interpretación resulta correcta para el precepto del Código Penal de su país, no se aviene al nuestro, de diferente redacción a la de aquel.

Otra característica del autor material del delito es la de ser necesariamente persona física. En ningún caso puede ser cometido por persona moral. Cualquiera que sea la idea que se tenga acerca de la responsabilidad penal de estas últimas personas, la revelación, esto es la transmisión de un conocimiento, solamente puede ser hecha por un ser humano a otro. Aún en los casos en que la prestación de sus servicios al público la hagan los profesionistas en organizaciones que revistan forma legal de sociedades o asociaciones (como ocurre frecuentemente en la época moderna con bufetes, clínicas, etcétera), solamente alguno o más de aquéllos, individualmente considerados, pueden llevar a cabo la revelación; sin perjuicio, desde luego, de la participación que lleguen a tener otros en la ejecución del delito.

El sujeto pasivo del delito puede, en cambio, ser indistintamente persona física o moral. Dicho sujeto no es necesariamente el cliente, esto es, la persona que confía al profesionista el secreto, por utilizar sus servicios, sino la que recibe el daño con la revelación, que bien puede ser un tercero. Y como entre los bienes jurídicamente protegidos están los que se extiende a todo lo que el profesionista conozca por el hecho de ser tal y no solamente por el ejercicio de su profesión estrictamente hablando.

³ *Delito de revelación de secretos*, cap. I, p. 29.

⁴ Esto último podría motivar la comisión de otros delitos, además del de revelación, pero no impedirá que se configure éste.

⁵ *Derecho penal argentino*, tomo IV, cap. 107-viii.

de carácter económico, es evidente que la revelación puede afectar a una persona colectiva en su patrimonio.

Para acabar con el tema de los sujetos del delito, quedan por determinar los conceptos de servicios profesionales y de servicios técnicos, ya que ellos son elementos esenciales del sujeto activo. La diferenciación de ambos conceptos entre sí, no tiene importancia por lo que hace a la aplicación de la pena, pues ésta se encuentra igualmente agravada para los dos casos, ya que uno u otro constituyen el tipo calificado. Su interés estriba únicamente en la determinación del secreto profesional, que es materia de nuestro estudio. Sí tiene en cambio importancia, desde el punto de vista penal, diferenciar servicios profesionales y técnicos de los que no tienen ninguno de esos dos caracteres, pues estos últimos no están previstos dentro del tipo delictuoso que comentamos.

Ya hemos expresado antes que lo que importa en el caso no es el carácter de profesionista o de técnico en el sujeto activo, sino la naturaleza de los servicios que presta y con motivo de los cuales conoció el secreto o comunicación reservada, independientemente de que dichos servicios los haya prestado con título legal o sin él. Son, pues, los conceptos de servicios profesionales y de servicios técnicos los que interesa determinar en el caso; pero como este tema es materia del capítulo cuarto —en que estudiamos la regulación administrativa del secreto— enviamos al mismo a quien le interese examinar este elemento del delito. Aún cuando tales conceptos, los de servicios profesionales y técnicos, sean esenciales para el tipo que comentamos, su determinación corresponde al Derecho Administrativo y no al Penal; por eso la incluimos en aquel capítulo. Buen ejemplo es este caso de la necesidad que el Derecho Penal tiene de echar mano, para construir su teoría, de conceptos pertenecientes a otras ramas del derecho, a las que tutela con normas represivas y de las que, por lo mismo, no puede quedar desvinculado.

V. Ahora procede estudiar el elemento material del delito, la conducta delictuosa. Consiste ésta en la acción de revelar, esto es, en el hecho de transmitir un conocimiento alguna persona a otra. Pero no cualquier transmisión de conocimiento es revelación. La *Enciclopedia Jurídica Española* define la revelación como la “manifestación de alguna verdad secreta u oculta”. Y poco difieren de esta definición las que del mismo concepto dan el antiguo y conocido *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Don Joaquín Escriche y el de la Real Academia Española.⁶ Ya se ve, pues, que corren más o menos parejas la acepción jurídica y la gramatical del término.

⁶ El primero de estos Diccionarios dice textualmente: “La manifestación de alguna verdad secreta u oculta o de algún hecho de que uno tiene conocimiento” (esto último nos pa-

Pero, para acotar mejor el concepto de revelación, se impone diferenciarlo de otros que le son similares y que también suelen producir efectos jurídicos; tales son el de divulgación y el de publicación. Divulgar es, para la Real Academia,

“publicar, extender, poner al alcance del público una cosa” en tanto que publicar consiste en “hacer notoria o patente, por voz de pregonero o por otros medios, una cosa que se quiere hacer llegar a noticia de todos. Hacer patente y manifiesta al público una cosa”.

Los juristas, por su parte, se afanan en establecer la diferencia entre estos conceptos, Eusebio Gómez dice al tratar el hecho delictuoso que comentamos:

La materialidad del delito consiste en revelar el secreto, es decir, en descubrirlo o manifestarlo. Pero revelar no es lo mismo que divulgar. La revelación puede ser hecha a una sola persona. La divulgación, en cambio, consiste en publicar, extender, poner al alcance del público una cosa.⁷

André Perraud Charmantier se expresa al respecto como sigue:

La revelación es la comunicación del secreto por un confidente a un tercero. Puede haber revelación sin que haya publicación. La revelación es punible aunque sea hecha a una sola persona y en la intimidad.⁸

Y en otro lugar expresa el mismo jurista de la ciudad de Nantes:

siendo el secreto un hecho oculto, la revelación es el acto que hace pasar este hecho del estado secreto al estado conocido. Parece, pues, bien, que la revelación no pudiera existir para un hecho ya divulgado y, a fortiori, para el que ha venido a ser de notoriedad pública.⁹

Finalmente, la señora Olga Islas Magallanes dice al respecto:

La palabra revelación viene del latín *revelatio-onis*, y significa, en términos generales, cualquiera manifestación de una verdad secreta u oculta o de algún hecho del que no se tenía conocimiento. Ya más concretamente, podemos decir que revelar es dar a conocer a una o a varias personas un acto, hecho, documento o materia que debe permanecer secreta. . . Para poder hablar de revelación es necesario que con esa conducta el secreto pierda su calidad aunque sea parcialmente.¹⁰

rece notoriamente excesivo) y el segundo, o sea el de la Real Academia Española, dice: “acción y efecto de revelar. Manifestación de una verdad oculta”.

⁷ *Tratado de derecho penal*, tomo III, cap. LXXIII, núm. 852, p. 453.

⁸ *Le secret professionnel*, 2a. parte, núm. II, p. 239.

⁹ *Op. cit.*, parte 2a., núm. II, p. 243.

¹⁰ *Op. cit.*, cap. II, núm. 3, pp. 79 y 80.

En suma, el criterio para diferenciar los conceptos de que tratamos parece ser el siguiente: hay revelación cuando la comunicación del secreto se hace a una o varias personas determinadas, aunque sea con encargo de guardar reserva, porque no se quiera extender esa comunicación a otras. En cambio, es característico de la divulgación que el secreto se comunique a un número ilimitado e indeterminado de personas, sin control alguno en cuanto a su extensión. Ambos conceptos tienen en común el que implican transmisión de conocimientos secretos, pero difieren por el alcance que dan a esa transmisión. Entre los dos hay una relación de género a especie, pues en tanto que toda divulgación requiere necesariamente revelación (y la excede), esta última puede darse sin que exista aquélla. Una consecuencia importante de esto es que la divulgación resulta punible en los términos de los artículos 210 y 211 del Código Penal. Tal es el espíritu de ambos y buena prueba de ello es la mención que al final hace el segundo artículo al referirse a "secreto revelado o publicado". En efecto, la publicación, por su parte, no es sino la divulgación que se realiza en su grado máximo, con el propósito de transmitir la noticia no ya a un número indeterminado de personas sino a todas o al mayor número posible (*erga omnes*), empleando al efecto los medios más eficaces de difusión de que se disponga, tales como la prensa, edición, radio, televisión, etcétera y, tratándose de actos jurídicos particularmente, los medios que para ellos establece la ley, tales como su inscripción en los registros públicos.

La publicación, como tal, resulta punible en algunos casos, de acuerdo con nuestra legislación. Pueden citarse los que prevé el artículo noveno de la Ley de Imprenta, en algunas de sus doce fracciones (publicar los escritos, o actas de acusación en un proceso criminal, antes de que se dé cuenta de aquéllos o éstas en audiencia pública. . . publicar lo que pase en diligencias o actos que deban ser secretos por mandato de ley o por disposición judicial. . . publicar planos, informes o documentos secretos de la Secretaría de Guerra. . . etcétera). Para todos estos actos y los demás que menciona el referido precepto, señala el artículo siguiente, o sea el décimo, una pena consistente en multa de cincuenta a quinientos pesos y arresto de uno a once meses. Otros casos de publicación delictuosa son los que señala el artículo 116 de la Ley Federal sobre el Derecho de Autor, que dice textualmente:

Se aplicará multa de cinco a quinientos pesos o prisión de dos meses a cinco años, o ambas penas según la gravedad de la violación: I. Al que publique antes que el Estado o sin su autorización, las obras hechas en el servicio oficial; II. Al que publique documentos de los archivos oficiales sin permiso de la autoridad de la que dependan, a no ser que hayan sido publicados con anterioridad.

Por último, también constituye delito publicar “noticias falsas, exageradas o tendenciosas” que produzcan trastornos en el mercado interior, de acuerdo con el artículo 254 del Código Penal, colocado en el capítulo de Delitos contra el Comercio y la Industria.

VI. En todos estos casos de publicidad indebida que se acaban de citar, no basta que exista la revelación por sí sola: se requiere que haya publicación en los términos que antes la hemos definido. Pero hay otros, en que la conducta delictuosa consiste en el mero hecho de revelar, como ocurre con el que estamos examinando. Ya hemos visto que el mismo artículo 211 del Código Penal se refiere a la revelación hecha por funcionario o empleado público. Además, el artículo 127 del mismo ordenamiento, que tipifica el delito de espionaje, describe como tal el hecho de tener relación o inteligencia un extranjero con persona, grupo o gobierno, también extranjeros, o les dé instrucciones, información o consejo con el objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o alterar la paz interior, lo mismo que si les proporciona sin autorización documentos, instrucciones o datos de establecimientos o posibles actividades militares, siendo mayor la pena por estas actividades cuando se realizan en tiempo de guerra. Finalmente, el Código de Justicia Militar castiga con pena de muerte, como delito de traición a la patria, el hecho de comunicar al enemigo el estado o la situación de las tropas mexicanas o de las que estuvieren al servicio de México, o dé cualquier informe que pueda favorecer sus operaciones de guerra o perjudicar las del ejército nacional, así como también el hecho de transmitirle libros o apuntes de señales, combinaciones de toques u otros signos convencionales para comunicarse (Artículo 203, fracs. VI y XI).

Pero el delito de revelación que más semejanza ofrece con la de secretos profesionales, que aquí estudiamos, es el que describe la Ley Federal sobre el Derecho de Autor, en su artículo 118, que dice textualmente:

Se aplicará multa de cinco a quinientos pesos o prisión de dos meses a un año, a quien dé a conocer a persona extraña una obra no publicada que haya recibido del titular del derecho, o por alguien en su nombre, sin consentimiento de dicho titular.

Indudablemente este hecho delictuoso puede implicar revelación de secreto profesional y en su comisión puede presentarse el concurso formal de ambos delitos.

VII. Finalmente, para terminar este examen comparativo de tipos delictuosos y antes de continuar examinando el que nos interesa en el presente estudio, cabe decir que se impone distinguir, en el secreto profesional, la revelación del mismo de su utilización indebida. Este último hecho configura un tipo diverso, que la doctrina ha considerado tradicio-

nalmente entre los casos de prevaricato. El artículo 232, fracción I de nuestro Código Penal lo describe en los siguientes términos:

Además de las penas antes mencionadas (se refiere a las que establece el artículo 231, consistentes en un mes a dos años de suspensión y multa de cincuenta a quinientos pesos) se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión: I. Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepte el patrocinio de alguno y se admite después el de la parte contraria. . .

Es indiscutible y se ha reconocido desde muy antiguo, la estrecha relación que hay entre el prevaricato y la revelación del secreto profesional. Las partidas, en su disposición de la Ley XII, libro V, Título XXII, sancionaron ambas infracciones conjuntamente. El Código Penal de Veracruz de 1835 (probablemente el primero que se promulgó en la República Mexicana) estableció pena en su artículo 371 para la violación de secretos, agravada en el caso de prevaricación y en el artículo 373 se ocupó en particular de sancionar los dos delitos cometidos por abogados, defensores o procuradores en juicio. A esta evidente relación entre ambas formas de conducta delictuosa se ha referido Eusebio Gómez en sus *Leyes penales anotadas*,¹¹ comentando el artículo 271 del Código Penal Argentino —que castiga el prevaricato— en los siguientes términos:

1398. Se pregunta Pacheco si un abogado a quien se consultó por una parte, puede tomar después la defensa de la contraria. Dice que, en este particular, es necesario distinguir. Si la consultante le descubrió y confió secretos que puedan ser de influencia en el litigio, seguramente no puede aceptar la defensa del contrario, cualesquiera que hayan sido las opiniones en la consulta. Más si no hubo confianzas, si no vio documentos públicos, y si opinó desde luego, contra el que lo consultaba, no encuentra motivo por qué haya de serle prohibido defender después al contrario. Aquí podría haber —piensa Pacheco— cuando más un obstáculo de delicadeza, pero no de derecho.¹² El obstáculo de delicadeza es visible. 1399. Para que haya prevaricato, en el último supuesto del artículo 271 del Código Penal, es necesario que el abogado o procurador perjudique deliberadamente la causa que le estuviese confiada. El procurador que dejare pasar los términos, el abogado que declarase los secretos, uno y otro que entrare en relaciones con la parte contraria, para favorecer de cualquier manera sus designios, son mirados justamente por la ley como criminales.¹³

Este último requisito, que exige Gómez para que haya prevaricato, no existe en nuestra ley, pues no es necesario que el abogado “perjudique deliberadamente” la causa, para que el delito se consume. Por el contra-

¹¹ Tomo iv, p. 154, núms. 1398 y 1399.

¹² *Op. cit.*, 2, p. 412.

¹³ Pacheco, *op. cit.*, p. 412.

rio, a diferencia de la revelación, que existe entre nosotros como un delito de daño, según veremos más adelante, el prevaricato es solamente delito de peligro. Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas dicen del mismo con todo acierto:

Delito de mera conducta. Se consuma por el hecho de asumir la defensa o representación, aunque con ello no se cause daño¹⁴

Por supuesto que puede darse este delito junto con la revelación de secretos, pero esto ya es problema de acumulación. Para el sólo prevaricato, basta crear la situación de peligro de que el secreto sea revelado o indebidamente utilizado contra el primer cliente, en beneficio del segundo, por el patrono que ha conocido la situación jurídica de aquél y puede, por consiguiente, aprovechar sus puntos débiles. Ambos tipos delictuosos, la revelación y el prevaricato, tienen en común el que castigan la traición del profesionista; se fundan en la necesidad de lealtad por parte de éste, correlativa a la necesidad de confianza en el cliente. Ambos protegen la libertad de este último. Pero difieren en que la revelación requiere daño para ser castigada y el prevaricato no. En cambio, este último requiere una situación de controversia, que es en la que se presenta el peligro y que no es necesaria para la revelación.¹⁵

El Código Civil, que también ha considerado el prevaricato y lo ha sancionado a modo de una limitación a la libertad contractual, expresa en el artículo 2589:

El procurador o abogado que acepte el mandato de una de las partes no puede admitir el del contrario, en el mismo juicio, aunque renuncie el primero.

Esta limitación, que estimamos de orden público y, por lo mismo, irrenunciable, motivó los siguientes comentarios de Don Esteban Calva y Don Francisco de P. Segura, quienes, refiriéndose a idéntico precepto del Código Civil de 1870, dijeron al respecto:

El procurador o abogado que tuviese libertad para combatir la causa que ayer defendía, fácilmente podría atemorizar y oprimir a su cliente cuando éste no consintiera en las pretensiones de su patrono. . . sería imposible que tales individuos fueran imparciales, al grado de poder olvidar los informes y puntos de defensa dados por su primer cliente.¹⁶

Con lo anterior puede apreciarse la indiscutible y estrecha relación que existe entre el prevaricato y la revelación del secreto profesional, a la vez que las diferencias básicas existentes entre ambas conductas delictuosas.

¹⁴ *Código penal anotado*, p. 431, nota núm. 698, comentario al artículo 232.

¹⁵ Este último presupuesto ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia, al expresar que el prevaricato no existe en asuntos no contenciosos (*Semanario Judicial de la Federación*, tomo xxvii p. 1187).

¹⁶ *Instituciones de derecho civil*, tomo III, p. 31.

VIII. Volvemos ahora al concepto de revelación, tanto jurídico como gramatical-académico, que antes hemos señalado y que intentamos dejar precisado mediante su comparación con otros conceptos afines y mediante la comparación de diversas figuras delictivas con la de revelación de secretos. Vimos que el término "revelación" implica la manifestación o comunicación hecha por una persona a otra u otras de algo secreto u oculto, es decir, de algo destinado a la incomunicación. Siendo ésta la significación del término, parece ser que entraña un pleonismo la descripción del tipo hecha por el artículo 210 del Código Penal, al referirse al que "revele algún secreto o comunicación reservada", ya que estos últimos conceptos setán implícitos en el de revelación. Sin embargo, la redundancia del legislador nos parece encomiable por dos razones: primera, porque ha querido poner a salvo el precepto de toda controversia verbal acerca del significado de la acción de revelar y segunda, porque al referirse a "secreto o comunicación reservada" ha tenido el acierto de incluir en el tipo delictuoso las dos clases de conocimientos que en el sentir unánime de la doctrina deben ser materia de secreto, o sea, tanto los que el profesionista recibe con encargo expreso de reserva, como los que adquiere por sí mismo en ejercicio de la profesión, que pueden ser ignorados aun por el propio cliente interesado en su guarda.

Pero la revelación, así entendida, no es necesariamente punible ni tiene en todos los casos relevancia jurídica. Para ello se requieren tres condiciones que la ley establece: postiva una de ellas; negativas las otras dos. A saber: la producción de un perjuicio, la falta de consentimiento de quien lo recibe y la inexistencia de una causa justa para revelar. Es decir, que estas tres condiciones constituyen otros tantos elementos necesarios del tipo delictuoso, fundados en los conceptos de daño, consentimiento y justificación, de manera que la presencia simultánea de los tres se hace indispensable para que exista el delito, pues, faltando uno cualquiera de ellos, la revelación no podrá ser delictuosa.

IX. El primer requisito es la producción de un daño con la revelación. Es decir, que entre ésta y aquél debe existir una relación de causalidad. El artículo 210 dice "con perjuicio de alguien" y sin duda que el término perjuicio debe ser entendido en el amplio sentido de daño o lesión a algún bien de los que el derecho protege. La señora Olga Islas Magallanes dice al respecto:

...en los ordenamientos penales positivos, indistintamente se habla de daño y perjuicio; y en realidad, es correcto usar dichos conceptos como sinónimos, pues la diferencia existente entre ambos, en el campo civil, carece de relevancia en materia penal.¹⁷

¹⁷ *Op. cit.*, cap. II, núm. 5, p. 81.

Seguramente alude esta distinguida penalista a la diferenciación que establecen entre daño y perjuicio los artículos 2108 y 2109 del Código Civil; y su interpretación, en el caso, nos parece acertada. En efecto, la expresión perjuicio, que la ley penal emplea tratándose del delito de revelación, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante (conceptos que usa la doctrina civilista) sin que haya razón alguna para excluir al primero de ellos.

La idea de la ley, como explicábamos antes, es constituir como delito de daño el que describe el artículo 210. Es decir, se necesita producir una lesión actual para que el delito quede consumado. No basta, como en otros casos, el sólo hecho de poner en peligro un bien jurídicamente relevante (daño potencial), sino que dicho bien debe quedar deteriorado o destruido por efecto de la revelación, para que ésta constituya delito.

Acerca de los bienes que puedan ser dañados, debemos recordar conceptos que expresamos en el capítulo anterior. La doctrina considera, a partir de Carrara, que al hacer incriminable la revelación de secretos se protege la libertad. Esto es exacto y ya expresamos también qué aspectos de la libertad son los que resultan protegidos con esa incriminación. Pero también añadimos que, aparte de la libertad, hay otros bienes que se pretende proteger en el caso, tales como el honor, la reputación, los bienes patrimoniales y quizás aun la vida misma y la integridad psicofísica en algunos casos. De opinión parecida es Jiménez Huerta al expresar:

En uno y otro caso, la revelación o publicación del secreto lesiona la libertad, en cuanto señorío o facultad que al hombre y a los demás entes jurídicos corresponde, por ser inherente a su individualidad o estructura social, de exigir que los hechos atinentes a su intimidad, tanto privada como negocial, se mantengan en secreto o en reserva por aquellas personas que los han conocido con motivo de su empleo, cargo, puesto o servicio. Empero, no puede desconocerse que en el trasfondo de la revelación de secretos yace también una lesión para otros bienes jurídicos: el honor, si los hechos revelados fueren difamatorios; el patrimonio, si tuvieran carácter negocial. Y este trasfondo trasciende a la integridad del delito, pues cuando se intenta precisar el significado del "perjuicio" exigido en el tipo, adviene a un primer plano conceptual la idea de lesión al honor o a un interés jurídico de índole patrimonial.¹⁸

Perraud Charmantier reconoce esta lesividad del delito de revelación, en los siguientes términos:

"En el espíritu del legislador no es dudoso que solamente sean contempladas las revelaciones susceptibles de causar atentado a la reputación o a un interés..."

Y más adelante añade:

¹⁸ *Derecho penal mexicano*, parte especial, tomo III, p. 187.

Sería deformar su pensamiento (del legislador) querer hacerle decir que deben ser contempladas las indiscreciones, las revelaciones cuyo móvil sería la protección de los intereses del depositante y las que por su naturaleza no perjudicasen a nadie en sus intereses.¹⁹

Finalmente, Soler dice a este respecto:

...no se hacen distinciones acerca de la naturaleza de ese daño. Vale como tal, en consecuencia, el daño físico y el moral, la posibilidad de lesión al honor, a la fama, al patrimonio, o, en general, a cualquier bien jurídico no necesariamente de la persona misma cuyo secreto se revela.²⁰

La apreciación es exacta. La ley se refiere tanto al daño físico como al moral y el afectado con ese daño puede ser el cliente mismo, que confía el secreto al profesional o bien un tercero extraño a la relación de servicio profesional. Aunque, por otra parte, no es aplicable a nuestro derecho, que requiere la producción efectiva del daño —como acabamos de expresarlo— la mención de que baste la sola posibilidad de ella, como estima Soler para el derecho argentino.

A este último respecto Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas creen encontrar alguna confusión en el artículo 210 del Código Penal, ya que este precepto exige, por una parte, que la revelación cause daño y por otra que se haga sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, lo que parece ser contradictorio por considerar el delito como de daño y a la vez como simplemente de peligro.

Sobre este último punto —dicen los citados autores— el texto legal es confuso por cuanto, por una parte, asienta que la revelación se haga “con perjuicio de alguien”, o sea causándose perjuicio a alguna persona; y por la otra que se haga sin el consentimiento “del que pueda resultar perjudicado”, o sea que el perjuicio sólo se pudiera causar, o sea sólo amenazar al perjudicado directo o indirecto. Como el delito se consuma por el hecho de la revelación perjudicial del secreto, lo que constituye su núcleo, el que el perjuicio amenace a alguno o el que se consume para otro no afecta al núcleo del tipo.²¹

Estimamos, sin embargo, que no existe esa confusión ni hay contradicción en los términos del precepto, pues el hecho está definido claramente en el mismo como delito de daño, no bastando para que se consume el que cree solamente una situación de peligro. La expresión, un tanto inapropiada, que se refiere al que “pueda resultar perjudicado”, simplemente alude a la circunstancia de que el consentimiento debe ser dado antes de que se produzca la revelación, para quitar a ésta su carácter antijurídico.

¹⁹ *Op. cit.*, 2a. parte, núm. II, p. 249.

²⁰ *Op. cit.*, tomo II, cap. 107, núm. VIII, p. 134.

²¹ *Op. cit.*, comentario al artículo 210, nota núm. 604, p. 397.

Recuérdese lo que expresamos en el anterior capítulo. Los elementos generadores del secreto son dos: la voluntad y el interés. A la primera va ligado como bien jurídico la libertad, en tanto que al segundo están vinculados los demás bienes que el derecho protege: vida, honor, patrimonio, etcétera. Nuestra ley penal exige el daño a ambos para que el delito se configure; a la libertad, por cuanto la revelación debe ser hecha sin consentimiento del interesado, esto es, contra su voluntad o por lo menos sin ella, y además a alguno de los otros bienes, ya que debe realizarse con daño para aquél, o sea contra su interés. Es pues el daño a estos últimos bienes, diversos de la libertad, un elemento también necesario para que se consume el delito y en todo caso deberán ser dichos bienes y no la libertad, los que se tomen en cuenta para los efectos de la reparación del daño en la aplicación de la pena.

X. El segundo requisito exigido para que la revelación sea delictuosa es la falta de consentimiento del perjudicado. En otros términos, si éste ha consentido en que el profesionista revele, la acción de comunicar el secreto ya no puede ser antijurídica, aun cuando sea lesiva. Este tema ha preocupado mucho a los escritores modernos que tratan el secreto profesional, sobre todo a los notarios y civilistas.²² Se le vincula al origen de la obligación de reserva. Y como la mayoría de ellos sostiene que esa obligación no es contractual, sino proveniente de disposiciones de orden público— que por su mismo carácter son irrenunciables— se concluye de allí que el cliente no puede autorizar al profesionista a que revele aun cuando lo hiciere en beneficio suyo, ni tampoco puede relevarlo de su obligación de reserva. Se dice que las obligaciones sólo pueden extinguirse por el consentimiento de las partes cuando es dicho consentimiento el que las ha creado; esto es, cuando son contractuales, lo que no ocurre en el presente caso. Entre los penalistas, Eusebio Gómez, que ha seguido esta corriente de ideas, la fundamenta como sigue, después de sostener que el secreto no puede ser lícitamente revelado por el profesionista con la autorización del cliente:

El secreto, una vez confiado, no pertenece al que hace la confidencia; no pertenece, tampoco, al que la recibe, pertenece a la profesión que ejerce; pertenece a la sociedad, que reclama esa garantía de los hombres a quienes entrega el cuidado de sus más respetables intereses.²³

El discutido problema del origen contractual o extracontractual del se-

²² Puede encontrarse a este respecto una abundante bibliografía en los trabajos presentados al *Quinto Congreso Internacional del Notariado Latino*, celebrado en Roma en 1958, que aparecen publicados en los números 36 y 37 de la Revista.

²³ *Op. cit.*, tomo III, cap. LXXIII, núm. 842, p. 442.

creto será abordado por nosotros en el capítulo siguiente. Por el momento, sólo nos interesa la relevancia que el consentimiento del dañado tenga para justificar la revelación. Y sobre este tema podemos decir desde luego que nos parecen insostenibles los argumentos anteriores, pues el problema está mal planteado por las siguientes razones: primera, porque el consentimiento que se requiere, de acuerdo con nuestra ley, para destruir la incriminación del hecho, no es el del cliente que confió el secreto, sino el de la persona que resulte dañada con la revelación, que puede ser ajena a toda relación contractual con el profesionalista; segunda, porque la eficacia del consentimiento para quitar carácter delictuoso a la revelación no depende del origen contractual del secreto (suponiendo que lo tuviera) sino de la disponibilidad de los bienes que resulten dañados con la revelación, por el titular de ellos; y tercera, porque el consentimiento del dañado tiene por efecto único quitar carácter delictuoso al hecho, pero no necesariamente extinguir la obligación de reserva. Consecuencia de esto último es que, cuando dicho consentimiento se presta sujeto a determinadas condiciones, modalidades o limitaciones, deben ser éstas rigurosamente guardadas al momento de revelar, pues, de lo contrario, la revelación conservará su carácter delictuoso.

Otra consecuencia, también derivada de lo que se acaba de exponer, es que el consentimiento debe ser otorgado con anterioridad a la revelación. De lo contrario, no surtirá efectos justificantes. Si el consentimiento es dado después de revelar, el delito se habrá consumado necesariamente y no estará el dañado en posibilidad de quitar su carácter delictuoso al hecho. La remisión solamente puede tener efecto tratándose de intereses meramente privados, pero no cuando ha entrado en juego ya el interés público, que aquí se manifiesta en el derecho del Estado a castigar. El perdón del ofendido no puede tener lugar para delitos como el que nos ocupa, que es perseguible de oficio, sino tan sólo en los que se persiguen por querrela de aquél. Aún para estos últimos, la manifestación de voluntad de que sean perseguidos, es solamente un requisito de procedibilidad que no guarda semejanza con la manifestación del consentimiento que el interesado debe hacer para que la revelación no sea delictuosa y cuya falta constituye un elemento esencial del tipo, de acuerdo con nuestra ley.

A este respecto nos parecen exactas las ideas que Sebastián Soler expresa como sigue:

El carácter objetivo de la influencia del consentimiento hace que la acción consentida no sea delictiva, independientemente del conocimiento que el autor tenga de ese consentimiento, puesto que lo que hace impune el hecho es la inidoneidad del objeto para ser violado, a mérito de una manifestación de voluntad que lo ha "desvalorizado". Pero, por la misma razón, ese consentimiento debe existir en el momento de la acción y por ello, consentir la lesión no puede identificarse con la tolerancia de la acción ya realizada, que expresa más bien

un perdón del delito que el privado no está autorizado a dar. En consecuencia, el consentimiento debe ser anterior al hecho y subsistir en el momento de éste, pues como no acuerda al sujeto un derecho irrevocable a causar la lesión, sea cualquiera la voluntad ulterior del titular, el permiso precario que importa es revocable siempre.²⁴

Para que el consentimiento surta sus efectos, no es necesario que su expresión revista alguna forma legal determinada, pudiendo inclusive ser tácito; pero sí lo es el que su existencia resulte indubitable. También es necesario que sea dado por persona capaz de obligarse, pues tratándose de menores de edad u otros incapacitados, es evidente que carece de eficacia para quitar carácter delictuoso a la revelación. Y lo mismo ocurrirá si el consentimiento se encuentra afectado por algún vicio como el error o la violencia.

El fundamento de la eficacia del consentimiento —dice Soler— está en que los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere son bienes jurídicos (objeto de tutela) en cuanto el privado los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgar “permiso” para su destrucción, ellos se tornan “inidoneos como objetos de una violación jurídica”, ya que no son protegidos en su materialidad por el derecho, sino en cuanto son objeto de interés de parte del privado.²⁵

Pero si tal es el fundamento de eficacia del consentimiento, como lo expresa el gran penalista argentino, estimamos que inevitablemente tiene tres limitaciones. La primera se da cuando el derecho del perjudicado a disponer de los bienes que se lesionan, está limitado por el de un tercero sobre esos mismos bienes, pues en tal caso ya no podría considerarse a aquél como interesado único en la indemnidad de éstos. De allí que no parezca atinada la observación hecha por Jiménez Huerta al decir que “Si el secreto afecta a varias (personas) necesario es el consentimiento de todas”.²⁶ La segunda limitación se da cuando el bien lesionado, además de pertenecer al pasivo, es de interés público y el Estado se encuentra directamente interesado en su conservación. En tal caso ninguna manifestación del consentimiento podrá ser suficiente para justificar la revelación, esto es, para desvalorizar al bien, como dice Soler. Finalmente, la tercera limitación creemos que está en la naturaleza misma de los bienes. Soler estima que el derecho a disponer de éstos existe para el honor, para los de carácter patrimonial, por regla general, y, en algunos casos, también para la integridad física; pero lo niega para la libertad en algunas de sus formas y principalmente para la vida. ¿Qué sucedería si el consentimiento dado para revelar, permite la lesión de alguno de estos últimos bienes? Creemos que no resultaría eficaz, pues falta el de-

²⁴ *Op. cit.*, tomo I, cap. 29, núm. IV, p. 374.

²⁵ *Op. cit.*, tomo I, cap. 29, núm. III, p. 373.

recho a disponer de ellos. El texto de la Ley debe interpretarse en el sentido de que el consentimiento autoriza para revelar lícitamente, cuando es eficaz, esto es, cuando resulta suficiente de acuerdo con la naturaleza de los bienes lesionados. Pero cuando carece de esa eficacia, no podrá justificar la revelación, la que conservará, a pesar del consentimiento, su carácter netamente antijurídico y por lo tanto delictuoso.

A conclusión semejante llega la señora Islas Magallanes cuando expresa:

La figura delictiva en estudio precisa que la revelación se lleve a cabo sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado. Tal requisito nos hace suponer que el legislador consideró el bien jurídico en este delito como disponible, lo cual, consideramos, no puede tener validez absoluta, porque indudablemente hay secretos cuyo interés en que no se revelen pertenece más a la esfera social o pública, que a la privada y, en tal caso, el consentimiento es irrelevante.²⁷

Y a continuación cita dicha autora un pasaje de Jiménez de Asúa que dice: "La facultad de consentir una renuncia a un derecho personal encuentra un doble límite; el derecho ajeno y el interés público."²⁸

La eficacia del consentimiento como eximente en materia punitiva no puede sostenerse en nuestro derecho como regla general, atenta la disposición contenida en el artículo 9o. Frac. VI del Código Penal que establece:

La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. —La presunción de que un delito es intencional— no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: . . .VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93. Comentando esta disposición, dicen Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas: "No por el consentimiento del ofendido dejan de existir los elementos integrantes del dolo. En el activo la dañada intención subsiste sin variantes; pues si el consentimiento fuere causa de inculpabilidad sería tanto como que los particulares quedaran autorizados a delinquir impunemente."²⁹

Pero en realidad este ya es un tema diverso del que estamos tratando, pues la referencia de la ley y la de sus comentaristas recaen, en las citas anteriores, sobre el elemento intencional del delito, el dolo, y lo que nosotros examinamos aquí es el elemento material. Es decir, examinamos el caso en que el consentimiento del interesado es tomado en consideración al definir el delito y en que su falta queda establecida como elemento esencial del mismo. Tal ocurre no solamente con la revelación de secretos, que se trata, sino también con otros delitos, como por ejemplo el de

²⁶ *Op. cit.*, parte especial, tomo III, p. 200.

²⁷ *Op. cit.*, cap. III, núm. 4, p. 96.

²⁸ *Tratado de derecho penal*, tomo IV, p. 572.

²⁹ *Op. cit.*, nota núm. 33, p. 41.

falsificación de documentos (artículos 244 y 245 Frac. III del Código Penal); el de allanamiento de morada (artículo 285 del mismo Ordenamiento) y también con el que describe en su artículo 118 la Ley Federal sobre el Derecho de Autor, al que más arriba nos hemos referido, casos todos estos en los que se requiere la falta de consentimiento del ofendido, para configurar el tipo delictuoso, al igual que en el delito de revelación. En estos supuestos la presencia de un consentimiento autorizante no resulta eficaz conforme a nuestra ley penal para destruir la presunción de dolo, pero sí hace que la conducta resulte atípica, es decir, que no haya delito, porque dicha conducta no corresponda ya, en todos sus elementos, a la figura descrita en la ley. No se trata, como dice Carrancá y Trujillo en el pasaje que acabamos de citar, de que los particulares queden "autorizados a delinquir impunemente", sino más bien de que su conducta no sea ya delictuosa en el caso. Pero el fundamento para tomar en consideración el consentimiento del interesado al definir esos delitos es siempre el derecho de éste a disponer de determinados bienes, en cuya tutela penal no puede ir el Estado más allá de lo que el propio interesado requiere. Y, consiguientemente, la eficacia de ese consentimiento encontrara, en el ámbito, las mismas limitaciones que existen para el derecho a disponer, en el cual se funda.

XI. No podemos dejar de mencionar el punto de vista de la escuela positiva, que resulta altamente interesante para este tema del consentimiento del ofendido. Disgusta a Ferri el planteamiento del problema desde un punto de vista objetivo, sin tomar en cuenta la personalidad del infractor, porque

colocado de esta suerte el tema recibe una orientación de derecho privado y una objetividad de relaciones jurídicas que olvidan la persona del que de buena fe, actúa a causa del consentimiento que otro presta.

Y más adelante añade:

no debe beneficiar el consentimiento al que actúa "de mala fe" y por motivos antisociales.³⁰

He aquí expuesto con toda su crudeza el planteamiento positivista de esta cuestión, que va hacia la personalidad del infractor antes que hacia la objetividad del hecho. En los siguientes párrafos aclara Ferri más aún su pensamiento. Comentando el clásico aforismo del Digesto *Nulla Injuria Fitquae in Volentem Fit*, dice lo siguiente:

A consecuencia de ello los filósofos del Derecho y los civilistas se ocuparon de este problema distinguiendo los derechos (alienables) para cuya supresión sería jurídicamente válido el consentimiento del titular (por ejemplo, derecho de

³⁰ *Principios de derecho criminal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. Reus, 1933, núm. 83, p. 431.

propiedad) de los derechos (inalienables) respecto a los que tal consentimiento no tendría validez (por ejemplo, derecho a la vida); y añadieron las condiciones para la validez jurídica del consentimiento (capacidad jurídica del que consiente, falta de violencia o fraude, falta de una causa inmoral). Los criminalistas han aplicado también estos criterios —que pertenecen esencialmente al derecho privado y surgen en torno al negocio jurídico— al consentimiento de la víctima de un delito, como si éste fuese una variedad del negocio jurídico. Y sin darse cuenta que el Derecho Penal es una rama del Derecho Público que tiene exigencias y por ello criterios diversos del Derecho Privado y sobre todo, viendo en el delito la sola objetividad jurídica y no la personalidad del que lo comete, no cayeron en la cuenta de que en el caso de consentimiento de la víctima de un delito no se trata sólo de fijar el valor jurídico de este consentimiento en la persona que lo presta, sino, ante todo, establecer la responsabilidad penal de quien procedió con el consentimiento de la víctima, y, por tanto, de su personalidad criminal en referencia al hecho cometido en las concretas circunstancias reales y personales.³¹

Es encomiable la actitud de la escuela positiva y acertado el pensamiento de Ferri en cuanto que niega al delito —hecho ilícito— el carácter de negocio jurídico y le hace inaplicables los principios que rigen a éste. Sin embargo, el hecho de que el legislador condicione la punibilidad de una conducta lesiva a la falta de consentimiento del ofendido, no entraña aplicación de principios del derecho privado, pues la tutela penal de un bien puede llevarse a cabo tan sólo en la medida del interés que sobre el mismo tenga su titular, sin que ello implique dar carácter de negocio jurídico al hecho que lo lesiona.

En cuanto al elemento subjetivo, o sea la personalidad del infractor, su buena o mala fe y los motivos antisociales que lo inspiren, constituye ya otro problema, que, desde luego, el derecho penal no puede pasar por alto, pero que no es decisivo para determinar la juridicidad o antijuridicidad de una conducta en sí misma, sobre todo en nuestra ley, en que este elemento subjetivo tiene importancia para fijar la gradación de la pena (artículo 52 del Código Penal) pero no para decidir sobre el carácter delictuoso del acto. Además, procede no confundir el consentimiento como causa de justificación, que es como lo considera Ferri, del mismo consentimiento como causa de atipicidad. En cuanto a lo primero ya expusimos las razones por las que no puede admitirse en nuestro derecho. Respecto a lo segundo, es aplicable al delito de revelación que nos ocupa, ya que entre los elementos esenciales del tipo se encuentra la falta de consentimiento del ofendido. Si este consentimiento se presta, no habrá delito. Por tanto, no opera aquí como causa de justificación sino de atipicidad pues sería inexacto hablar de justificación de un hecho que no es en sí mismo delictuoso, por faltarle uno de los elementos esenciales del tipo.

³¹ *Op. cit.*, núm. 75, p. 379.

XII. El tercer requisito exigido por la ley para que la revelación de secretos sea delictuosa es que se haga "sin justa causa". Es éste un elemento normativo del delito, cuya inclusión en el tipo ha desaprobado la señora Islas Magallanes en los siguientes términos:

Podemos considerar que esta expresión constituye un elemento normativo del tipo de revelación de secretos. Al respecto, Jiménez de Asúa señala que, si bien los elementos normativos se ligán a lo injusto, no se puede aceptar que se consideren fuera del tipo, cuando al describirlos, se hicieron constar en él por el legislador y que "vinculados" a la antijuridicidad, constan en la descripción típica y obligan al juez instructor a sobrepasar su función propia meramente cognocitiva para entrar en valoraciones de carácter normativo. Finalmente, aduce el mismo tratadista español que no hay razón alguna para que el legislador inserte estos elementos en los tipos, pues debido a su impaciencia, en vez de contentarse con una mera descripción objetiva se obliga al juez a realizar anticipadamente una valoración normativa.³²

El hecho de cometer cualquier delito (no sólo el de revelación) con "justa causa", ¿no es acaso ya una circunstancia eximente de incriminación? La causa que justifica una conducta típica quita la antijuridicidad a esa conducta, la vuelve jurídica, la reintegra al cauce normal de lo permitido por el derecho. Pero en el presente caso no realiza esa función la existencia de una justa causa, sino que priva, como ya dijimos, de tipicidad al hecho, al restarle uno de sus elementos esenciales.

Sebastián Soler sostiene una particular opinión sobre este punto. La justa causa de que trata la ley al tipificar el delito de revelación de secretos, no es para él una mera causa de justificación, sino algo más que esto. Se vincula en último término a la condición subjetiva del revelador. Así lo expresa este tratadista:

La exigencia de falta de justa causa, cuyo sentido objetivo examinaremos a continuación, no puede importar solamente una mera referencia a las causas genéricas de justificación. Como en los demás casos en los cuales se hace una referencia expresa de este tipo en una figura especial, el enunciado imprime una particular fisonomía subjetiva a la figura, por la cual se hace apoyar la culpabilidad sobre el conocimiento positivo de la inexistencia de justa causa. Lo cual excluye la imputación de una revelación hecha de buena fe, por ejemplo, por orden (equivocada) de un juez.³³

Es pues el conocimiento o desconocimiento que el activo tenga de la presencia y por consiguiente también de la ausencia, estimamos nosotros, de una justa causa para revelar, lo que determina para Soler la integración o no integración del delito. En otros términos, se vincula más la

³² *Op. cit.*, cap. III, núm. 1, p. 89.

³³ *Op. cit.*, tomo IV, cap. 107, núm. VIII, p. 135.

noción de justa causa al elemento intencional del delito que a su tipificación como tal por la ley.

Esta interpretación nos parece peligrosa, pues, sin negar la influencia que el error pueda tener sobre la intención delictuosa, creemos que ella no debe involucrarse en la objetividad misma del delito. Ambas son cosas muy diferentes.

La noción de justa causa es objetiva, no subjetiva. Sostener lo contrario equivaldría a dejar la puerta abierta para que pudieran darse, por una parte, la existencia de un delito putativo de revelación (cuando el activo cree obrar sin justa causa existiendo ésta) y, por otra parte, la situación inversa o sea la existencia de un delito real, con la presencia de una justa causa de revelación, pero putativa o imaginaria (cuando el infractor cree obrar lícitamente fundándose en la presencia de causas de justificación que no existen o equivocándose en la valoración de ellas).

Sobre la naturaleza de las causas que justifican la revelación hay disidencia entre los tratadistas. Soler, por ejemplo, estima que "Ordinariamente, la justa causa consistirá en un verdadero estado de necesidad, en el cual se legitima la revelación para evitar un mal mayor".³⁴ En cambio, la existencia de un deber legal positivo de dar a conocer, no constituye justa causa en opinión de este autor, ya que considera que en tal caso, más que justificarse la revelación, lo que ocurre es que pierde su carácter secreto el hecho. Jiménez Huerta, por su parte, sostiene que "son justas causas que legitiman la revelación del secreto, todas aquellas que enraizan en el ejercicio de un derecho, en el cumplimiento de un deber o en el estado de necesidad".³⁵ Pero en cambio se niega a admitir como tal a la legítima defensa —que la señora Islas Magallanes acepta—³⁶ por estimar que en nuestro derecho positivo encuentra como obstáculo esta eximente, la exigencia del artículo 15 Frac. III del Código Penal, consistente en que la agresión debe ser violenta. Hasta se llega a hablar por otros autores de posibles causas supralegales de justificación, como ocurre en el caso de revelación de un invento para sanar a un enfermo, que Carrancá y Trujillo presenta como ejemplo.³⁷

El tema de la justa causa es el que ha motivado las mayores dificultades de hecho en el cumplimiento del deber de reserva, cuando éste entra en conflicto con otros que le son incompatibles, caso en el cual debe resolverse sobre la prevalencia de alguno de ellos sacrificando al otro. Esto ha ocurrido en la práctica principalmente, en los casos en que el

³⁴ *Op. cit.*, tomo iv, p. 136.

³⁵ *Op. cit.*, tomo iii, Parte Especial, p. 193.

³⁶ *Op. cit.*, cap. iv, núm. 2, p. 104.

³⁷ *Las causas que excluyen la incriminación*, cap. iii, núm. 31, p. 100.

secreto profesional se opone (por lo menos aparentemente) al deber que el profesionista tiene de poner ciertos hechos en conocimiento de la autoridad, ya sea denunciándolos o bien declarando como testigo al ser requerido para este efecto. La jurisprudencia y la doctrina jurídica de otros países se han ocupado en abundancia de estos conflictos. Como el tema es demasiado importante y presenta muchos aspectos, no lo trataremos en este lugar, ya que le hemos dedicado un capítulo especial —el quinto— en que estudiamos los límites del deber de reserva. Será por lo tanto allí donde habremos de abordar el problema de la “justa causa”, cuya función es legitimar la revelación, quitándole carácter delictuoso.

XIII. Procede ahora examinar las formas de comisión del delito. La revelación puede ser hecha —y hay acuerdo sobre ello entre los tratadistas— por cualquier medio, ya que la ley no especifica sobre el particular. Lo mismo verbalmente que por escrito, a través de signos, directamente o por conducto de tercera persona, el conocimiento del secreto puede ser transmitido.

El delito puede cometerse tanto por acción como por omisión. Soler está de acuerdo con esto al expresar:

Obsérvese que si bien lo que la ley quiere evitar es la divulgación, la acción punible no consiste en divulgar, sino simplemente en revelar, esto es, en dar a conocer el secreto, aunque sea a una sola persona. Ello puede realizarse tanto por acción como por omisión, dejando que alguien no autorizado adquiriera conocimiento del secreto.³⁸

La señora Islas Magallanes matiza más este aspecto de la conducta delictuosa al decir:

Analizando el delito de revelación de secretos, de acuerdo con la clasificación, inferimos los siguientes resultados: a) De acción. Es un delito que generalmente se realiza mediante una acción. La opinión de la doctrina es acorde en el punto de que la revelación puede llevarse a cabo por cualquier medio, pero, en la mayoría de los casos, es producto de una conducta positiva. b) De comisión por omisión. Consideramos que la revelación de secretos, a más de ser un delito de acción, lo es también de omisión, pero no de omisión simple sino de omisión impropia, o sea, de comisión por omisión. La anterior aseveración, se hace en función de que de la omisión simple sólo se desprende un resultado jurídico, en tanto que en los delitos de comisión por omisión es necesario, además del resultado jurídico, otro de carácter material, en el caso especial: el perjuicio. Un ejemplo claro de lo expuesto sería el caso de un abogado que, teniendo en su poder documentos secretos de un cliente, por descuido o ligereza

³⁸ *Op. cit.*, tomo IV, cap. 107, núm. VIII, p. 134.

los dejara sobre su escritorio, ocasionando con ello que algún sujeto, de mala fe, se entere de su contenido.³⁹

Nos parece exacta esta opinión. La acción consiste en un hacer, en una conducta humana positiva; implica actividad de parte del sujeto. En el caso de la revelación, esta actividad consiste en la transmisión del conocimiento. Por lo que toca a la omisión, hay que distinguir. La simple omisión hace que el delito quede consumado por "el no actuar", por el no realizar la acción exigida en la ley como un deber, independientemente del resultado que con ello se produzca. Pero hay otra forma de delinquir, en la cual, empleando palabras de Soler, "el delincuente sustituye su actividad por la eficacia causal de fuerzas exteriores, cuyo desarrollo lleva al resultado ilícito que el sujeto puede y debe impedir."⁴⁰ En la revelación, el resultado inmediato de ella, que es el conocimiento del secreto por quien carecía de derecho para saberlo, se puede producir no solamente por la comunicación que del mismo le haga el profesionista, sino también por la tolerancia inactiva de éste, que permita la información de aquél. Y es que, como tendremos oportunidad de exponer en el capítulo siguiente, el contenido del deber de reserva está integrado no solamente por una obligación de no hacer —no transmitir el conocimiento— sino también por otra, de hacer, consistente en tomar las medidas necesarias para proteger el secreto, esto es, para evitar que se enteren del mismo quienes no deben tener acceso a él.⁴¹

XIV. En este punto procede el examen del elemento intencional del delito. Para la mayoría de los autores la revelación sólo puede ser cometida por dolo, nunca por culpa. Expresiva de esta generalizada opinión es la de Eusebio Gómez, quien dice al respecto:

³⁹ *Op. cit.*, cap. II, núm. 6, p. 83.

⁴⁰ *Op. cit.*, tomo I, cap. 25, núm. II, p. 338.

⁴¹ Podría acaso citarse también como ejemplo de comisión del delito por omisión, el caso en que el notario da lectura en voz alta a un testamento público abierto, como lo ordena la ley, al testador y a los testigos, sin tomar las precauciones debidas para evitar que esa lectura llegue a oídos de personas extrañas al acto, las que quedarían así enteradas del mismo. A pesar de que la causa de la revelación es en este caso la lectura, no es ella en sí misma delictuosa, pues lejos de ser antijurídica, constituye el cumplimiento de un deber legal para el notario. Lo delictuoso podría ser la omisión de las medidas, por cuya falta fue oído el testamento por terceros. Aplicando las ideas de Soler, antes expuestas, el notario habría sustituido su actividad precautoria por la eficacia causal de una fuerza exterior, la lectura, que es la que habría producido el resultado ilícito. Sin embargo, desde otro punto de vista podría sostenerse que si bien la ley manda al notario leer el testamento en voz alta al testador y a los testigos, de ninguna manera le manda leerlo a extraños sino que, por el contrario, se le prohíbe por efecto del deber de reserva. Como la lectura no es precisamente una "fuerza exterior" al notario, ¿quiere decir esto que el delito habría sido cometido en el caso por acción y no por omisión? La respuesta aparece un tanto dudosa en cualquiera de los dos sentidos.

El elemento psicológico de la revelación del secreto se encuentra en la voluntariedad con que se hace, aunque no medie la intención de ocasionar daño alguno. En consecuencia no hay revelación de secretos por mera culpa, debiendo juzgarse, en todos los casos, como dolosa.⁴²

Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas se suman también a esta corriente que se niega a admitir la forma culposa del delito diciendo:

Delito de lesión, doloso; se consuma por el hecho mismo de la revelación, no siendo configurable la tentativa.⁴³

Más explícito que estos autores, sobre la materia que ahora tratamos, es Perraud Charmatier, quien dice al respecto:

La revelación voluntaria, espontánea, de un secreto es pues la única punible. ¿Será lo mismo la causada por una simple imprudencia? Está admitido que no podría caer en la esfera de aplicación del artículo 378; la sanción no podría ser sino civil, según el artículo 1383 del Código Civil. No habría, por ejemplo, sino imprudencia, de parte del confidente que hubiera dejado sobre su escritorio una pieza de naturaleza secreta, de la que un doméstico hubiera divulgado el contenido; personalmente este confidente no habría tenido la intención de revelar; la ley no puede, pues, afectarlo. Sería lo mismo si él hubiese hablado creyéndose solo en su gabinete con su cliente. . .⁴⁴

Frente a esta posición —y adoptando una más adecuada a nuestro derecho— se yergue la de la señora Islas Magallanes, quien dice al respecto:

Estimamos nosotros —contradiendo casi la totalidad de la doctrina— que se trata de un delito que puede cometerse tanto doloso como culposamente. El autor del delito puede revelar voluntariamente el secreto confiado y tener, además, la conciencia de que no media ninguna circunstancia justificante de su conducta. De esta manera, se llenan los requisitos que, de acuerdo con la doctrina, son necesarios al dolo directo. . . En cuanto a la culpa, como dijimos, también es dable en sus dos grados; como hipótesis de ello, podríamos pensar en el profesionista que, previendo o no previendo un perjuicio, “facilita” el conocimiento de un secreto por no custodiarlo diligentemente.⁴⁵

De igual opinión es el escribano Ledo Arroyo Torres, de la República Oriental del Uruguay, que expresa lo siguiente acerca de la revelación profesional:

Es un delito que se comete por ligereza o imprudencia y ese ha sido motivo determinante para no incluirlo entre los delitos contra el honor, porque en estos delitos es indispensable el *animus injuriandi*.⁴⁶

⁴² *Op. cit.*, tomo III, cap. 73, núm. 857, p. 455.

⁴³ *Op. cit.*, nota 604, p. 396.

⁴⁴ *Op. cit.*, D. P., núm. II, p. 246.

⁴⁵ *Op. cit.*, cap. V, núm. 4, pp. 121-122.

⁴⁶ “El secreto profesional” en *Revista Internacional del Notariado*, octubre-diciembre, 1957, núm. 36, p. 510.

Por nuestra parte nos inclinamos a esta segunda posición. Estimamos que el delito de revelación de secretos puede cometerse también por culpa, no solamente por dolo. De acuerdo con lo que expresamos más arriba, el deber de reserva comprende a la vez que una obligación de no hacer —no transmitir el conocimiento— otra de hacer, consistente en tomar las medidas necesarias para proteger el secreto, y es evidente que el incumplimiento de esta última obligación puede ser debido a imprudencia del profesionista, entendiéndose por tal lo que en su enumeración caracteriza el artículo 80. del Código Penal, es decir, imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, con las cuales se dé acceso al secreto a personas sin derecho a él, causándose con esto un daño igual al que se causaría si la revelación hubiera sido intencional.

No vemos motivo para no considerar punible esta última forma de comisión del delito. El deber de reserva profesional se encuentra establecido precisamente para la protección de ciertos bienes jurídicos (vida, honor, bienes patrimoniales, etcétera) y el incumplimiento de ese deber puede ser causa de lesión a estos bienes. Si tratándose del daño en propiedad ajena se admite como posible su comisión por imprudencia (artículo 62 del Código Penal) sin que el autor sea necesariamente un profesionista, no vemos porqué no haya de ser delictuosa la conducta de este último cuando causa un daño similar o mayor que con aquel delito, al ocasionar por imprudencia la transmisión de un secreto. Ante la sociedad debe ser más responsable y, en su caso, más severamente castigado, quien presta servicios profesionales, que quien no los presta. Y si se atiende al concepto de peligrosidad social, se robustece el argumento. ¿No es acaso peligroso un profesionista imprudente, negligente, falto de pericia, de previsión o de cuidado en el ejercicio de su profesión y particularmente en la guarda y vigilancia de los secretos que conoce con motivo de ella? ¿No se hacen indispensables medidas de seguridad frente a él?⁴⁷ Finalmente, en términos de nuestra ley, ya dijimos que la comisión de la revelación por culpa

⁴⁷ Para Ferri, el delincuente culposo es penalmente responsable, en razón de la defensa social y no de la voluntariedad de su acto. Es la defensa "que en un determinado momento histórico cada sociedad civilizada —y el Estado en nombre suyo— considera necesaria contra determinadas acciones que, intencionalmente o no, concientemente o de modo inconciente, aparecen por debajo del *minimum* de disciplina social establecido por las leyes...". (*Principios de derecho criminal. Proyecto preliminar del Código Penal italiano de 1921*, núm. 83, p. 417.) No es exacto que el hecho culposo sea del todo involuntario. Entraña un grado menor de voluntariedad que justifica su punición, bien que menor (como lo hace nuestra ley) en comparación con la del hecho doloso. No es, por tanto, la defensa social el único fundamento de la pena. Si así fuere, tendría que ser ésta en ocasiones más grave que para los delitos intencionales, lo cual conduciría a situaciones de evidente injusticia.

Pero tampoco podemos descartar del todo esa misma finalidad de defensa social como razón para reprimir los hechos culposos. Como quiera que sea, implican éstos una amenaza para la vida en común, sobre todo en determinadas circunstancias en que, por causa de la

(imprudencia, como la llama el Código Penal), encaja dentro de lo previsto por el artículo 80. fracción II de este Código, puesto que es susceptible de causar un daño igual que la revelación dolosa, esto es, intencional. Pero a mayor abundamiento, el artículo 60 del mismo Código, que sanciona de modo general la comisión de delitos por imprudencia, se refiere expresamente, entre las penas que enumera, a la suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer una profesión, lo cual refuerza la opinión que aquí sustentamos, pues tal suspensión de ejercicio está precisamente entre las penas que el artículo 211 señala para el delito de revelación cometido por quien presta servicios profesionales.

XV. El tema del elemento intencional del delito, que venimos tratando, plantea otro problema en el caso de que la revelación se cometa por dolo. Consiste en determinar el alcance de la intención delictuosa. ¿Es necesario que el activo quiera causar el daño para que obre con dolo o basta con que quiera hacer revelación?

Eusebio Gómez estima que basta esto último, sin que sea necesario lo primero y al efecto dice:

La revelación del secreto profesional no requiere, para ser juzgada delictuosa, la intención de dañar en el que la comete.

Y más adelante añade:

El elemento psicológico de la revelación del secreto se encuentra en la voluntariedad con que se hace, aunque no medie la intención de ocasionar daño alguno.⁴⁸

La misma opinión sustenta Soler en los siguientes términos:

No debe confundirse, sin embargo, la ciencia de la falta de justa causa con la voluntad de dañar, que no es necesaria.⁴⁹

De diferente manera plantea este problema Perraud Charmantier, expresando al efecto:

función social que realiza una persona, se debe exigir a ésta un nivel de disciplina bastante más elevado que el mínimo que exigen las leyes, según la anterior expresión de Ferri. Los profesionistas están en esta situación, pues por razón de los intereses ajenos a que sirven y de la calidad del servicio que a ellos se exige, resultan mucho más peligrosas socialmente la impericia, la negligencia, la falta de previsión o de cuidado en un profesional que en otra persona.

En cierto sentido les resultan aplicables las expresiones que emplea Ferri un poco más adelante del texto antes citado, al decir que los hechos culposos son "expresión sintomática de una personalidad más o menos inadaptada a la vida social y, por ende, más o menos peligrosa, para la que no bastan las sanciones de derecho civil, administrativo, disciplinario, etcétera" (obra, capítulo y página citados). Tan erróneo sería decir que esta apreciación nunca es exacta, como lo sería decir que lo es siempre.

⁴⁸ *Op. cit.*, tomo III, cap. LXXXIII, núms. 848 y 857, pp. 450 y 455.

⁴⁹ *Op. cit.*, tomo IV, cap. 107, núm. VIII, p. 135.

Es un principio fundamental de derecho penal que no hay delito sin intención criminal, es decir, sin la voluntad dirigida a la vez sobre el acto mismo que conduce a la violación de la ley y sobre las consecuencias de este acto.

Y en otro lugar dice:

Así pues, la intención criminal está establecida por el hecho de la revelación ya sea que haya habido revelación por malevolencia o indiscreción, esta intención es siempre cierta, desde que el agente ha transgredido la ley con conocimiento. Pero tal intención es necesariamente dañosa o al menos perjudicial, siendo el secreto un hecho que el depositante tiene interés en ocultar. . . La intención de revelar es, pues, necesariamente dañosa. . . Es justo decir que no existe una intención de dañar distinta de la intención de revelar, sino que la intención criminal es una intención de dañar; el concepto del daño domina toda la cuestión así como lo hemos visto.⁵⁰

Para resolver esta cuestión, que aparece un tanto confusa, creemos que deben distinguirse ante todo la acción misma de revelar y el resultado de ella que es el daño. Ahora bien, pueden darse al respecto dos situaciones básicas: querer la acción y querer también el resultado o bien querer la acción y solamente prever resultado. En el primer caso es indiscutible la existencia del dolo, en tanto que en el segundo es donde el problema se presenta. Las opiniones de Soler y de Gómez que acaban de ser expuestas, son en el sentido de que también hay dolo en el segundo caso, pues basta para ello la voluntad de revelar, sin que sea necesaria la de dañar. Pero no debe olvidarse que la doctrina de estos autores se refiere a una legislación diversa de la nuestra en la materia que nos ocupa, pues en el derecho argentino el daño no es elemento constitutivo del delito de revelación, que está configurado tan sólo como delito de peligro, a diferencia de lo que ocurre en nuestra ley. De modo que, si aplicamos a esta última el concepto del dolo a que el mismo Soler se adhiere, posiblemente lleguemos a conclusión contraria de la que él alcanzó al estudiar la revelación de secretos.

Para dicho autor, en efecto,

existe dolo no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado.⁵¹

Y amplía Soler esta idea con la siguiente explicación:

Haber dirigido su acción importa, sin duda alguna, tener conciencia de su significado, pero, además, importa haberla encaminado hacia, haber tendido intencionalmente a un evento representado; en una palabra, haber querido el

⁵⁰ *Op. cit.*, D. P., núm. II, pp. 247 y 258.

⁵¹ *Op. cit.*, tomo II, cap 42, núm. IX, p. 115.

resultado (Teoría de la Voluntad). Esta, sin embargo, no es la única manera de ser dolosamente culpable, porque también lo es el que sólo ha tenido conciencia de la criminalidad de su acto, aunque intencionalmente no haya querido directamente ese resultado. Basta, pues, que haya tenido conciencia, ello es, representación de lo que su acto significaba objetivamente y haya obrado a pesar de esa representación; basta haber querido el acto cuando su criminalidad ha sido representada (Teoría del asentimiento).⁵²

De modo que, al adoptar Sebastián Soler una posición ecléctica frente a las teorías explicativas del dolo, sin adherirse de modo exclusivo a la teoría voluntarista, sino aceptando también en cierto modo las teorías del asentimiento y de la representación, da una extensión mayor al concepto de dolo, que lo hace llegar no solamente a los casos en que se quieren tanto la acción como el resultado, sino también a aquéllos en que este último está solamente representado en la conciencia del infractor.

En otros términos, para que haya dolo no es necesario proponerse de modo expreso el resultado, basta preverlo y realizar el acto no obstante esa previsión.

Este concepto del dolo resulta un tanto aplicable a nuestro sistema legal, pues de acuerdo con el artículo 9º del Código Penal

La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

Pero lo que debe entenderse por intención delictuosa (o sea por dolo) nos lo explica el mismo precepto, al añadir en seguida que la presunción de ella

no se destruirá aunque el acusado pruebe... II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado.

Es decir, que nuestra ley parece aceptar el dolo como representación consentida. No lo concibe solamente como "haber querido el resultado" según la expresión de Soler, sino que también admite que hay dolo cuando el daño fue solamente conocido, ya sea porque era notorio o porque estuvo previsto o aún solamente por haber sido previsible (este último supuesto es ya colindante con la culpa, es decir, con el delito de imprudencia). Basta, pues, haberse representado el daño y realizar la acción a pesar de ello, para que la conducta sea dolosa, según nuestra ley.

En cuanto a la cuestión planteada sobre el delito de revelación que estudiamos, consistente en saber si es necesaria la intención de dañar o basta tener intención de revelar, creemos que debe resolverse en nuestro dere-

⁵² *Ibid.*, p. 114.

cho en el sentido de que es necesaria la primera. Es decir, que la intención o sea el dolo, cuya existencia se presume, debe recaer también sobre el resultado que es el daño y no solamente sobre la acción, pero debiendo entenderse dicho dolo en el sentido amplio que nuestra ley le da o sea como representación consentida del resultado y no solamente como voluntad directa de producir éste.

Por eso cuando el daño hubiese sido imposible de conocer por el agente, es decir, cuando no hubiera sido notorio, ni previsto ni previsible, no podrá haber dolo (y la presunción de éste sí podrá quedar destruida) por no haber existido representación del resultado. Tal conclusión se infiere del mismo artículo 9º que comentamos, interpretando su fracción II *a contrario sensu*.

Esta solución aparece además apoyada por el mismo Soler,⁵³ para quien el dolo debe recaer sobre todos los elementos constitutivos del delito, ya que entre éstos se encuentra el daño, de acuerdo con nuestra ley. Dicho autor expresa con claridad esta idea en los siguientes términos:

Lo que resta analizar no es el contenido normativo del dolo, sino los hechos que lo constituyen. Desde este punto de vista integra el dolo: la representación de aquellas circunstancias de hecho que corresponden a los elementos constitutivos esenciales de un delito. Entiéndase bien que ello no quiere decir que el sujeto deba conocer o representarse la figura delictiva, sino los hechos que a esa figura corresponden.⁵⁴

⁵³ *Op. cit.*, tomo II, cap. 47, núm. 12, p. 118.

⁵⁴ Original, aunque un tanto confusa, es sobre este punto la opinión de Carrara. Por una parte afirma: "Lo que es importante anotar en este delito —se refiere al de revelación— es que en él no se requiere el elemento del dolo, o mejor dicho, que está informado por un dolo sui generis, que se agota íntegramente en la sola intención de revelar el secreto, aunque no haya intención de hacer daño" (*Programa de Derecho Criminal*, Bogotá Edición Castellana de Thémis, 1958, tomo II, parte especial, cap. VII, núm. 1642, p. 449). Hasta aquí coincide el pensamiento de este autor con el de otros que antes hemos citado. Pero del mismo saca conclusiones radicalmente opuestas a las de ellos, al sostener que no solamente es posible cometer el delito por culpa (punto éste con el que estamos de acuerdo, según lo expresamos antes) sino que es esta la única forma posible de comisión. Por esa razón añade: "Es evidente, por lo tanto, que sobre la violación del secreto no puede influir la atenuante de la culpa, precisamente porque la culpa constituye la esencia de este título, y el delito no puede permanecer dentro de esta especie si hay concurrencia de dolo" (*Ibid.*). Pero en otro lugar parece contradecirse Carrara al insistir en el "dolo sui generis" (no ya la culpa) que según él requiere el delito de revelación, pues dice al respecto: "Para mí, el dolo en este caso consiste en la intención de hablar o de revelar y en la previsión del posible perjuicio, aun sin intención de hacer daño" (*Op. cit.*, núm. 1644, p. 483). ¿Y qué sucedería si la revelación se hiciera con dolo integral, es decir, no solamente con la intención de revelar sino también de dañar? La respuesta de Carrara es que, en tal caso, "el hecho cambia de especie y de título, y viene a constituir, por razón de la intención hostil, uno de los tres títulos de libelo, difamación o injuria, agravados por la violación de la confianza prestada..." (*Op. cit.*, núm. 1642, p. 449). Así llega el autor a esta conclusión extrema e inadmisibles: "Por esto he manifestado la duda de si este hecho (se refiere a la revelación), cuando no sale del caso simple, y queda por lo tanto dentro de su tipo especial, debe tenerse más bien como contravención que como delito, precisamente porque, lejos de tener el dolo como elemento, supone

XVI. Otra cuestión de interés que presenta el delito de revelación de secretos es la que se refiere a la participación en el mismo. Sin duda alguna este delito es susceptible de comisión por varios sujetos. Puede darse la coautoría cuando, por concierto previo, varios abogados que hayan intervenido en el patrocinio de un asunto, conjuntamente revelen datos concernientes al mismo. Y también puede ocurrir que alguno de ellos tome el carácter de autor intelectual concibiendo la realización del delito o bien induciendo a cometerlo a otro u otros, quienes, al ejecutar la revelación, quedarían convertidos en autores materiales de aquél.

También es posible una participación accesorias, cuando alguien auxilia al profesionista revelador o de algún modo colabora con él en la comisión del delito, constituyéndose en cómplice suyo. Este último caso puede darse entre profesionistas asociados en su actividad (en la actualidad es frecuente que se lleve a cabo el trabajo mediante equipos profesionales) y también cuando la complicidad recae en los auxiliares del profesionista encargado del negocio, tales como pasantes, practicantes, empleados, etcétera, de cuya intervención en la guarda del secreto nos ocuparemos en el siguiente capítulo; sin perjuicio, desde luego, de que estos últimos también puedan llegar a tener el carácter de autores individuales o coautores de la revelación.

En todos estos casos estamos en presencia de actos de participación voluntaria o de concurso eventual, como los llama Franco Guzmán, quien reserva el término de participación para designar a la complicidad únicamente, con exclusión de la coautoría.⁵⁵ Pero el problema más importante que con respecto al delito de revelación se plantea, surge a propósito del concurso necesario o forzoso, es decir, de la intervención de dos o más personas como medio necesario para la comisión del delito, atento al carácter plurisubjetivo del mismo.

Para esto debemos recordar que la esencia de la participación o concurso, radica en la producción de un mismo delito por personas diversas. Se caracteriza, pues, por haber unidad en el resultado delictuoso y convergencia de intenciones para producirlo,⁵⁶ existiendo pluralidad de suje-

como característica la propia ausencia de dolo" (*Ibid.*).

No podemos menos que reconocer el gran mérito de Carrara, sin que ello nos impida encontrar en sus anteriores exposiciones: a) una imprecisa determinación en el elemento intencional del delito; b) confusión entre la culpa y algunos casos de dolo; c) desconocimiento de los bienes jurídicos que se protegen con el tipo delictuoso de revelación, que son diversos de los que se tutelan al incriminar la difamación y la injuria y; d) valoración deficiente del deber de reserva, al estimar su incumplimiento como simple contravención culpable (agravante, cuando más, de algunos hechos delictuosos) y no como delito autónomo, socialmente lesivo y digno de ser castigado como tal.

⁵⁵ *El concurso de personas en el delito*, núm. 2, p. 8.

⁵⁶ Esto es por lo que se refiere a delitos intencionales. La participación o concurso en delitos culposos entraña otros problemas diferentes.

tos cuyas conductas han concurrido a la producción de ese resultado.

Pero hay ocasiones en que la figura delictuosa requiere para su integración no ya la conducta de un sujeto activo, sino de dos o más; de manera que la comisión del delito resulta imposible, por su misma esencia, si con la conducta del autor principal no concurre forzosamente la del complementario. Son acciones “recíprocamente integrantes”, como dice Soler, de la figura delictuosa.⁵⁷ Tal ocurre en los delitos plurisubjetivos, llamados también de acción doble o bilateral, en los que se presenta el fenómeno del concurso necesario o forzoso para su producción. La diferencia de estos delitos con aquellos en que hay participación voluntaria, radica en que los últimos podrían ser cometidos por un solo sujeto activo, el autor material, pues la intervención de otros autores o de cómplices, solamente facilita o refuerza su acción, compartiendo la causalidad de ella, pero no la integra de modo necesario como ocurre en los delitos plurisubjetivos, cuya comisión no podría realizarse sino con las conductas combinadas de los varios sujetos. Por eso la ley suele llamar a éstos, para distinguirlos de los anteriores, no ya coautores, sino code-lincentes, como dice el mismo Soler. Pero este autor se apresura a aclarar que las conductas de éstos no siempre están “dentro del mismo nivel de culpabilidad”. Ello significa que puede haber —en los delitos a que nos estamos refiriendo— un sujeto activo principal, con plena culpabilidad, junto con otro que tenga culpabilidad menor o aun que no la tenga en absoluto. En este último caso es evidente que resulta inexacta la expresión de code-lincentia. Así lo explica el tratadista que acabamos de citar:

No siempre, sin embargo, son punibles los dos sujetos, a pesar de que la figura presuponga acción bilateral. Así ocurre, por ejemplo, con el rapto consensual, en el cual la ley acuerda significado a la acción colaborante de la raptada, acción sin la cual la figura no puede darse.⁵⁸

Y en otro lugar de su obra, expresa el mismo Soler:

Ya sabemos que algunas figuras delictivas están en sí mismas integradas por la acción de varios sujetos. En tales situaciones, la ley ha usado a veces la expresión code-lincentes para designar a los distintos sujetos, como ocurre en el caso de adulterio, artículo 118. En realidad, esas hipótesis se deben distinguir de los casos de verdadera participación y de coautoría, porque los principios que rigen unos y otros no son los mismos. Los principios de la participación se refieren a la eventual intervención de varias personas en un mismo hecho; mientras que la code-lincentia hace a la existencia del tipo penal. . . Estos casos son tan distintos de la participación, que incluso ni necesario es, a veces, que los dos

⁵⁷ *Op. cit.*, tomo I, cap. 22, núm. I, p. 284.

⁵⁸ *Op. cit.*, tomo I, cap. 21, núm. VIII, p. 284.

partícipes necesarios, como también suele llamárseles, sean punibles. Todo depende, en estos casos, de la figura.⁵⁹

Dentro de nuestro Código Penal existen varios casos de delitos plurisubjetivos, que pueden citarse al respecto, en los preceptos que a continuación se expresan: la asociación delictuosa (artículo 164); el cohecho (artículo 217, fracciones I y II); el prevaricato (artículo 232, fracción I); el incesto (artículo 272); el adulterio (artículo 273); la bigamia (artículo 279); la difamación (artículo 350); la calumnia (artículo 356, fracción I) y el fraude por simulación de contrato o procedimiento judicial (artículo 387, fracción X).

Cabe observar que en estos delitos pueden darse diversas situaciones respecto del nivel de culpabilidad de los sujetos que intervienen. Aunque las conductas de todos ellos son objetivamente necesarias para la producción del delito, puede haber diferencias considerables en cuanto al elemento subjetivo en las mismas.

Así, por ejemplo, la ley declara punibles a todos los coproductores del delito en la asociación delictuosa, el adulterio o el incesto; en el cohecho se integra esa punibilidad a través de dos tipos delictuosos (descritos en sendas fracciones del artículo 217) que se complementan entre sí, pues en tanto que uno de ellos sanciona la conducta del funcionario que pide o recibe la retribución indebida, el otro describe y castiga la del sujeto que la ofrece o la da. En cambio, en la bigamia únicamente se establece castigo para el que contrae un segundo matrimonio, preexistiendo otro válido y no disuelto, pero no para la persona con quien contrae ese matrimonio ilegal. Cosa semejante ocurre con la calumnia y la difamación, en que las sanciones se hallan establecidas únicamente para el calumniador y el difamador. Y, por último, en el delito que nos ocupa, el de revelación de secretos, ocurre cosa similar, pues la represión penal amenaza únicamente al que hace la revelación, pero no al que la recibe.

La discusión se ha planteado pues, en torno a esto último. Desde el momento en que la revelación consiste en la trasmisión —indebida— de un conocimiento, requiere la presencia de dos sujetos, por lo menos: la del que trasmite dicho conocimiento y la del que lo recibe. Ahora bien, la conducta de este último, aunque indispensable para la comisión del delito ¿es necesariamente culpable? He aquí la pregunta que los autores contestan de diferentes maneras.

El problema había preocupado ya a Carrara quien se expresa sobre él en los siguientes términos:

El que recibe la comunicación del secreto ¿se hace coautor o correo, o de:

⁵⁹ *Op. cit.*, tomo II, cap. 54, núm. IX, pp. 265 y 266.

cualquier otra manera corresponsable del hecho criminoso en que al escuchar ha participado material o ideológicamente? Es cierto que sin alguien que escuche la revelación, este delito no puede cometerse; la parte material de este hecho criminoso exige necesariamente el concurso de dos personas, por lo menos. Los rigoristas, que han extendido tanto la noción del autor y del coautor del delito, dirán tal vez que éste es un copartícipe necesario, y que obró con dolo cuando, para satisfacer la curiosidad, aprovechó la imprudencia ajena al escuchar, en vez de imponer silencio, el secreto que se le estaba revelando; ¿tendrá, pues, que incurrir en castigo? Yo creo que esto sería absurdo, por el poderoso motivo de que, en ciertos problemas, el sentido moral vence las rigurosas deducciones de los principios jurídicos; pero no habría que dudar de la corresponsabilidad del extraño, cuando la ha provocado con dotes, promesas o simples ruegos; en esta hipótesis sería él la primera causa moral del delito ajeno, y como debe considerarse que tuvo la conciencia de provocar un delito, no puede evitarse que, como instigador, participe en la pena.⁶⁰

El planteamiento del problema es correcto, pero su solución no resulta tan fácil desde el momento en que el gran maestro de la Escuela Clásica se ve precisado a acudir a argumentos en cierto modo extrajurídicos para obtenerla. Ante todo cabe distinguir las situaciones en las que, quien recibe la revelación, asume un papel activo en la producción de la misma, como ocurre en el caso de instigación, que menciona Carrara; y lo mismo puede decirse de la provocación o constreñimiento, por ejemplo, mediante una orden abusiva de autoridad que fuerza a declarar al profesionalista. Debe colocarse en situación semejante la revelación que se hace por convenio criminal entre el revelador y el que la recibe, seguramente bilateral y con ventajas para ambos. Y también se concibe que este último pueda actuar como cómplice, auxiliar o colaborador del primero —a quien la ley considera como autor exclusivamente— ayudándolo de algún modo a cometer el delito.

Pero en todos estos casos el receptor de la revelación se encuentra en una situación de concurso eventual o participación voluntaria, no necesaria. Esa situación no difiere de la que podría tener cualquier tercero extraño a la relación que se forma con la transmisión del conocimiento y que, sin recibir la revelación, llevara a cabo cualquiera de los actos que causan, condicionan o facilitan la comisión del delito. No está, pues, aquí el problema. Lo que se trata de determinar es si quien recibe la revelación tiene por ese solo hecho responsabilidad penal, independientemente de la que pudiera corresponderle por cualquier acto de participación eventual, como concurrente no necesario en la producción del delito.

⁶⁰ *Programa de derecho criminal*, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, Ed. Thémis, 1958, vol. II, parte especial, cap. 1468, p. 4624.

Sergio Kostoris dice que hay a este respecto tres posiciones en la doctrina, la de los autores que sostienen que deben aplicarse al concurso necesario las normas del concurso eventual; la de los que niegan que deba mencionarse al extraño —esto es, al que recibe la revelación— cuando esta última es producto espontáneo del revelador, siempre que aquél no haya instigado, pues en tal caso el concurso se transformaría de necesario en eventual y, por último, la de los que sostienen la impunidad ilimitada de quien recibe la revelación, siempre que no haya inducido a comunicar a terceros la noticia, caso en el cual no se duda de su punibilidad a título de concurrente eventual. Y se resuelve por esta última opinión dicho autor, considerándola como la más acertada.⁶¹

En resumen, estas posiciones doctrinales, salvo la primera, requieren cierta actividad de parte del receptor de la noticia, para que su conducta pueda ser castigada como participante, exigiendo de su parte cierto influjo causal en el delito. La simple inactividad, que le permite oír una revelación no provocada por él, no puede hacerlo penalmente responsable. Por ese concluye Kostoris con todo acierto, que

ante el silencio de la ley vale en suma el principio de la no incriminación, en las hipótesis de delitos que requieren la participación material de una pluralidad de personas, cuando la ley hace expresamente responsable a una sola, debiéndose sostener que no existe responsabilidad para las demás si no han realizado alguna operación material para producir el evento.⁶²

En el fondo es ésta una aplicación del principio “nulla poena sine lege”, pues si el receptor no realiza la acción típica descrita en la ley como delictuosa, que consiste en revelar y no en oír la revelación, no puede considerarse como autor material del delito. Y por lo que toca a alguna otra forma de participación, tal como la de autor intelectual o cómplice, tampoco puede decirse que la haya de parte suya, ya que se limita a escuchar una revelación no provocada por él, pues la simple actitud pasiva de su parte no implica concepción, preparación ni menos aun ejecución del delito. Tampoco induce o compele a cometerlo ni presta auxilio o cooperación para ello. Por lo tanto, ni realiza el hecho típico para poder ser autor, ni lleva a cabo alguna otra de las actividades que pueden hacer corresponsable a un sujeto, conforme al artículo 13 del Código Penal.

Queda una última cuestión por resolver; la de determinar si existe en el caso la llamada complicitad negativa o connivencia de parte de quien recibe la revelación, por el hecho de no impedirla. Sobre esta forma de responsabilidad dice Soler:

⁶¹ *Il segreto come oggetto della tutela penale*, núm. 19, p. 49.

⁶² *Op. cit.*, núm. 19, pp. 49-50.

La expresión autor moral es, pues, equívoca; el partícipe contribuye siempre efectivamente a la producción del hecho, lo cual no quita que el acto de participación esté constituido por una omisión, cuando el sujeto tenía el deber jurídico de obrar. Así, el agente de policía que permanece inactivo asintiendo con ello al delito que actualmente se consuma en su presencia. El hecho de no denunciar lo mismo que la promesa de no hacerlo, no constituyen complicidad, si el sujeto no tenía ese deber jurídico. Estos son los casos llamados de complicidad negativa o connivencia.⁶³

Y añade el mismo autor:

La complicidad puede incluso, basarse en una omisión; pero, para que la omisión alcance a constituir complicidad, es necesario que el acto sea jurídicamente debido. Si el agente promete al ladrón no denunciarlo después que cometa el robo, el agente es cómplice, porque promete no hacer algo que está obligado a cumplir... La complicidad negativa constituye un simple caso de connivencia.⁶⁴

Debe hacerse notar que esta última forma de complicidad no está reconocida en nuestro derecho como tal, sino como una forma de encubrimiento. El artículo 400 del Código Penal, que es el que la describe, dispone:

Se aplicarán de cinco días a dos años de prisión y multa de veinte a quinientos pesos al que: I. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio...

Opina Enrique Ferri que esta complicidad negativa puede darse en dos formas distintas: por concierto previo con el autor del delito y sin ese concierto. De la primera forma opina este autor que "no es sino una modalidad de coparticipación dolosa que con más exactitud debe llamarse complicidad por actos negativos". Y cita como ejemplos de ella el caso del criado que deja abierta la puerta durante la tarde para que el ladrón entre a la casa por la noche y también el caso del cómplice que se pone de vigilante, previo acuerdo con el autor, para permitir a éste cometer el delito.

En la segunda forma, en cambio, no hay acuerdo alguno. El conniviente tan sólo "asiste inactivo a la acción criminal o no la denuncia aun sabiendo que va a cometerse".⁶⁵

En este último caso es innegable que, a falta de concierto previo entre autor y cómplice negativo, se requiere para éste la existencia de un deber

⁶³ *Op. cit.*, tomo II, cap. 53, núm. IV, p. 252.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 300.

⁶⁵ *Principios de derecho criminal*, trad. de José A. Rodríguez Muñoz Madrid, Ed. Reus, 1933, 2a. parte, cap. IV, núm. 90-VII, p. 528.

legal de actuar, de una obligación de hacer, cuyo incumplimiento consiste en omitir los actos necesarios para impedir el delito.

Esta obligación existe en nuestro derecho para todo individuo. A diferencias de otras legislaciones, en que el deber de impedir el delito incumbe tan sólo a quienes están dotados de autoridad o ejercen funciones públicas o de vigilancia, la nuestra —que reviste un carácter mucho más social en este punto, como en otros— impone a toda persona, cualquiera que sea su actividad, pública o privada, el deber de colaborar con el Estado para impedir que se rompa el orden jurídico mediante el delito. El artículo 400 del Código Penal presupone en su fracción primera, que acabamos de transcribir, la existencia de ese deber, hasta el punto de sancionar como delito su incumplimiento. Con ello se pliega nuestra ley a los deseos de Ferri, quien después de exponer la opinión de los que quieren limitar ese deber a las personas encargadas de guardar el orden, opina:

Pero es innegable que la intensidad siempre creciente de las relaciones recíprocas en el consorcio civil y la necesidad de reforzar la defensa social contra los delincuentes, pueden conducir también a la incriminación de tal inercia o complicidad negativa.

Y más adelante añade:

Por las mismas razones de solidaridad humana debiera incriminarse el acto de quien, sin riesgo propio, no impide al delincuente la continuación de sus actos criminales, o por lo menos no la pone en conocimiento de la Autoridad.⁶⁶

La connivencia constituye pues, en nuestra ley, un delito de omisión, un delito de no hacer, consistente en dejar hacer a otro algo antijurídico, penado como delito. Con esta conducta el connivente (encubridor en nuestro derecho) falta a un deber legal positivo que le manda hacer algo. Y en el caso de la revelación de secretos, el problema está en determinar si quien la recibió pasivamente no tenía obligación de haberla impedido de algún modo (de imponer silencio, dice Carrara) y si al faltar a esa obligación no se convirtió en connivente del revelador.

Nuestra respuesta es en este punto la misma que en otros, o sea que debe admitirse la connivencia tan sólo como eventual, no como forzosa o necesaria.

Hay que tomar en cuenta que en nuestro derecho está configurada la revelación como delito de daño, no de mero peligro, según expusimos antes. Por eso no estamos de acuerdo con la opinión, más arriba señalada, de Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, para quienes el delito “se consuma por el hecho mismo de la revelación, no siendo configurable

⁶⁶ *Ibid.*, p. 528.

⁶⁷ *Op. cit.*, comentario al Art. 210 núm. 604.

la tentativa.⁶⁷ Estimamos que en este punto, quien tiene razón es la señora Islas Magallanes, al estimar que el delito se consuma no con la revelación, sino con la producción del daño y, por lo mismo, sí admite el grado de tentativa, cuando se hace la primera sin llegar a causarse el segundo, por circunstancias ajenas al activo.⁶⁸

En tal virtud no podrá existir connivencia cuando se escucha pasivamente una revelación de secreto, no provocada ni buscada, porque no necesariamente es delictuosa, ya que puede faltar el daño y la obligación que la ley pone a cargo de todo individuo es impedir los actos típicos, es decir, los que reúnen todos los requisitos exigidos por la descripción legal, pero no actos que, si bien pueden estimarse reprobables desde otros puntos de vista, no llegan a constituir delitos. Sólo si la producción del daño fuere inminente o se presentare concomitante al hecho de la revelación, habría obligación de impedirla; situación difícil y rara en la práctica por la instantaneidad de los hechos, que hará generalmente imposible, para quien escucha una revelación, encontrar medios legales adecuados para hacer callar al espontáneamente indiscreto. Pero aún en el caso de que pudiendo hacerlo no lo hiciera, su responsabilidad penal provendría —en tal caso— de encubrimiento, por realizar el tipo más arriba señalado y en ningún caso de participación o concurso, con complicidad, codelincuencia o coautoría, en el delito mismo de revelación.

XVII. El último punto que queremos tratar antes de dejar concluido este capítulo sobre la represión penal, es la aseveración hecha por Jiménez Huerta, en el sentido de que el delito descrito en el artículo 211 del Código Penal (la revelación del secreto profesional o funcional) es un delito propio o exclusivo. En los siguientes términos se expresa dicho tratadista:

No hay duda alguna que el tipo complementado de revelación de secretos, en sus fácticas hipótesis alternativas consistentes en que "la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público. . . es un delito propio o exclusivo, pues sólo puede ser cometido por quien en el instante de la revelación es un profesional o un técnico, un funcionario o un empleado público."⁶⁹

Aún cuando la redacción del precepto es ciertamente poco feliz en este punto, creemos que su sentido verdadero puede conocerse mediante una interpretación sistemática del referido artículo 211 que no debe desvincularse del 210, pues constituye una variante del mismo. Es realmente el

⁶⁷ *Op. cit.*, cap. vii, núm. 3, pp. 144-145.

⁶⁸ *Derecho penal mexicano*, parte especial, tomo III, p. 208.

210 el que señala los elementos básicos del tipo delictuoso de revelación en general, elementos que el 211 presupone casi en su totalidad, como explicamos al comienzo de este capítulo y de los cuales solamente sustituye algunos por otros que lo transforman en tipo agravado o calificado (circunstancias subjetivas consistentes en que el activo preste servicios profesionales o técnicos o bien que sea funcionario o empleado público, y la objetiva de que el secreto revelado sea de carácter industrial.)⁷⁰

Pero no debe perderse de vista que estas calidades del activo, agravatorias del delito, deben existir, no al momento de hacer la revelación, sino al tiempo de conocer el secreto. Más aún, se necesita que este último lo haya recibido "con motivo de..." (como dice el artículo 210) la prestación de servicios profesionales o técnicos. Esta última circunstancia es y ha sido esencial a todo secreto profesional y el artículo 211, a pesar de su redacción literal defectuosa, no la modifica, sino que la recibe del anterior, ya que su función es únicamente aumentar la penalidad cuando se trata de servicios profesionales o técnicos o de función o empleo públicos "en lugar de" simples empleos, cargos o puestos de carácter privado, como son los que menciona el artículo 210 al describir al tipo simple, no calificado.

En resumen, no aceptamos la interpretación puramente literal que hace Jiménez Huerta del artículo 211, al decir que el tipo que describe este precepto sólo se puede realizar "por quien en el instante de la revelación es un profesional o un técnico, un funcionario o un empleado público". En primer lugar, ya hemos dicho antes que el concepto usado por la ley es más amplio y que no exige que el infractor sea precisamente profesional, sino tan sólo que "preste servicios profesionales", independientemente de que tal prestación la haga con título legalmente expedido o sin él, pues esto último constituye otro problema diverso. En segundo lugar, resulta inaceptable la interpretación de Jiménez Huerta, porque conduciría a una de estas dos posibles situaciones: a) que quien ha conocido un secreto con motivo del hecho de prestar servicios profesionales o técnicos o bien de ser funcionario o empleado público, podría, con sólo dejar de prestar esos servicios o de tener esos cargos, quedar en libertad de revelar el secreto impunemente, o por lo menos sin la pena-

⁷⁰ Nos parece oportuno citar a este respecto los siguientes conceptos de Sebastián Soler, contenidos en el capítulo "Interpretación de la Ley Penal": "El estudio racional de la ley nos lleva siempre al descubrimiento de un núcleo que constituye la razón de ser de esa ley, es decir, a un fin. En la ley penal ese fin es ordinariamente la tutela de un bien jurídico, conformado de acuerdo con una determinada concepción. Por eso, 'la mejor guía para interpretar la ley es la que suministra el claro discernimiento del bien jurídico tutelado por el precepto que se quiere interpretar'. Esa finalidad, sin embargo, no debe solamente inducirse de la disposición aisladamente considerada; debe tomarse en cuenta la totalidad del organismo jurídico; es en este punto en el que con más firmeza se aplica el procedimiento sistemático de interpretación" (*Derecho penal argentino*, tomo I, cap. 14 núm. v, pp. 151-152).

lidad agravada que establece el artículo 211 para tales casos, sino solamente con la atenuada que señala el artículo 210 y, b) la situación inversa, o sea que la persona que presta servicios profesionales o técnicos o que desempeña alguna función o empleo públicos, pueda ser castigada, con penalidad máxima, conforme al artículo 211, por la revelación de secretos no recibidos con motivo de la prestación del servicio o del desempeño del cargo, sino ajenos del todo a éstos. ¿Quién no ve que semejantes situaciones, además de injustas, son totalmente contrarias al espíritu de los preceptos penales que comentamos y a la finalidad que se persigue con ellos? La doctrina —en forma unánime— ha sostenido que el deber de reserva subiste para el profesionista aún después de haber dejado de prestar sus servicios. Si aceptáramos la opinión del eminente catedrático y tratadista de Derecho Penal, que aquí combatimos, tendríamos que llegar a la poco satisfactoria conclusión de que el secreto profesional, propiamente dicho, no se encuentra penalmente tutelado en nuestro derecho.⁷¹

⁷¹ Tampoco estamos de acuerdo, a propósito de este tema, con la opinión del mismo Jiménez Huerta, en el sentido de que el secreto profesional está ya comprendido en el artículo 210 y protegido penalmente por él, al referirse este precepto a los secretos que se conocen o reciben "con motivo de su ... cargo", lo que para este autor comprende a las profesiones. Y añade que el artículo 211 "complementa y agrava el tipo básico", "por si alguna duda cupiere" (*op. cit.*, p. 190). Opinión similar es sostenida por Perraud Charmantier: "Las palabras estado y profesión constituyen un puro pleonismo, siendo los dos términos aproximadamente sinónimos". (*Le secret professionnel*, D. P. núm. 11-1, p. 236).

A pesar de tan autorizadas opiniones, no creemos que cargo pueda equivaler a profesión. Ello supondría una redundancia en nuestro legislador, que haría posible el concurso formal de ambos tipos delictuosos; la acepción jurídica y gramatical de ambas palabras —que por supuesto la ley se abstiene de definir— es diferente. El cargo, ya sea público o privado, supone designación por un superior jerárquico y permanencia indefinida o periódica en el desempeño del mismo; notas estas que no se dan en el ejercicio libre de una profesión. El cargo no necesariamente requiere los conocimientos propios de esta última y, cuando los exige, quedan empleados de otra manera, sin implicar el servicio abierto a una clientela indeterminada y libre, que elige al profesionista *intuitu personae* y quien lo retribuye directamente. A lo sumo el cargo comprendería casos de ejercicio profesional prestado por instituciones públicas o privadas, con sueldo de éstas para el profesionista y generalmente gratuito para el cliente, pero no comprendería toda forma de ejercicio profesional en la que deba protegerse el secreto.

Capítulo Tercero: La obligación civil	83
I. Efectos civiles del incumplimiento de la obligación de reserva . . .	83
II. Discusión sobre el origen contractual o extracontractual de la misma	83
III. Naturaleza jurídica compleja de la obligación de reserva . . .	103
IV. Cumplimiento de la obligación	105
V. Duración de la misma	105
VI. Consecuencias civiles de su incumplimiento	108
VII. Intransmisibilidad hereditaria de la obligación	109
VIII. Acumulación de responsabilidades civiles contractual y extracon- tractual	114
IX. Responsabilidad civil del profesionista por indiscreción de sus auxi- liares y empleados	119

CAPÍTULO TERCERO

LA OBLIGACIÓN CIVIL

SUMARIO: I. *Efectos civiles del incumplimiento de la obligación de reserva.* II. *Discusión sobre el origen contractual o extracontractual de la misma.* III. *Naturaleza jurídica compleja de la obligación de reserva.* IV. *Cumplimiento de la obligación.* V. *Duración de la misma.* VI. *Consecuencias civiles de su incumplimiento.* VII. *Intransmisibilidad hereditaria de la obligación.* VIII. *Acumulación de responsabilidades civiles contractual y extracontractual.* IX. *Responsabilidad civil del profesionista por indiscreción de sus auxiliares y empleados.*

I. Quedó expuesto en el capítulo anterior que el secreto profesional ha sido estudiado menos desde el punto de vista de la obligación de reserva que el mismo presupone, que desde el punto de vista del incumplimiento de ella, o sea la revelación del secreto. Este hecho explica que sea en el campo del Derecho Penal en el que hayan tenido sus mejores logros la doctrina y la jurisprudencia, en tanto que el aspecto civil del problema haya sido apenas esbozado o implícitamente reconocido.

No cabe duda que al estudiar los efectos penales de la revelación, considerada como delito, lo que ya hicimos en el capítulo anterior, o al estudiarla como falta en el Derecho Administrativo, lo que habremos de hacer en el capítulo siguiente, estamos en presencia del incumplimiento de un deber. Hay, pues, una obligación preexistente que, al dejar de ser cumplida, produce efectos de carácter penal, de carácter administrativo y también de carácter civil. Nos proponemos estudiar estos últimos en el presente capítulo, así como también la naturaleza y características de la obligación incumplida.

II. Es ya vieja la discusión entablada acerca de si el origen de la obligación de reserva es de carácter contractual o extracontractual. Si la fuente de esta obligación se halla en un acuerdo de voluntades, su incumplimiento producirá los efectos de todo incumplimiento contractual y su exigibilidad estará sujeta a las normas que rigen la de una obligación civil. Si, por el contrario, la obligación nace con independencia de todo contrato, por efecto de una norma de carácter imperativo o prohibitivo, su violación constituye un hecho ilícito que afectará al orden público y

no a una relación de carácter solamente privado entre acreedor y deudor.

Tal es el esquema de la controversia que se ha sostenido acerca de la fuente de la obligación de reserva en el profesionista. En otros términos, hay acuerdo sobre la existencia de esa obligación, se reconoce la presencia de un acreedor y de un deudor en ella, pero se discute acerca de si esa obligación habrá surgido o no de un contrato.

El interés que los autores han puesto en esta discusión proviene del que tienen en mantener protegido el secreto profesional. Se considera que lo estará menos si constituye una relación de derecho privado, entre particulares, que si es una institución de orden público, de interés primordial para la sociedad. Y ello por dos razones principalmente. La primera, es que si la obligación de reserva tiene su origen en un contrato, podrá desaparecer por el mutuo acuerdo de las partes. Quienes la hicieron nacer por su voluntad, podrán también extinguirla por efecto de la misma. Así, el profesionista obligado al secreto quedaría relevado de su obligación de reserva si el cliente lo autoriza a revelar. En cambio, si ese secreto es de orden público, no podrá deshacerse la obligación por el consentimiento de las partes, ya que tampoco ha nacido de él. Ningún cliente podría autorizar al profesionista a que revele y si lo hiciera, su autorización sería ineficaz.

La segunda razón, es que si el secreto profesional ha surgido de un contrato y constituye sólo una obligación de derecho privado, será de inferior categoría a las obligaciones de derecho público y, por lo mismo, deberá ceder si entra en conflicto con ellas. Así, por ejemplo, si el profesionista se ve obligado a denunciar un hecho delictuoso o constreñido a declarar como testigo, deberá hacerlo aunque viole con ello el deber de secreto, pues el mantenimiento de éste constituye una obligación menor que las otras. En cambio, si su origen no es contractual sino institucional, valdrá por lo menos tanto como las obligaciones de denunciar o atestiguar y no tendrá porqué ser sacrificada en beneficio de ellas; antes bien, prevalecerá sobre las mismas.

Los siguientes párrafos de Fernández Serrano expresan en forma clara la discusión entablada en torno a este problema:

La materia del secreto profesional del abogado, ¿pertenece al derecho público o al privado? ¿Es un contrato, o su regulación está por encima de la voluntad pactada?

El estudio de los tratadistas en este aspecto se presenta en forma confusa y, por tanto, se manifiesta en conclusiones diversas. De las soluciones que se adopten al contestar a aquellas preguntas depende la calificación que ha de darse respecto a la naturaleza jurídica del secreto profesional.

Dos teorías se han propuesto a este respecto: la que sostiene que en el secreto profesional juegan principalmente los intereses privados del confidente; y

la del interés social, en la que, si bien se reconoce la existencia de aquéllos, se hace jugar el carácter público de modo preponderante.

Los mantenedores de la primera teoría tratan de encuadrar el secreto profesional dentro del marco de los contratos. Así algunos intentan resolver el problema aplicando la doctrina del depósito; otros, considerándolo como un arrendamiento de servicios; y, para otros, en fin, se trata de un contrato innominado. Todos ellos confunden el deber del secreto profesional con la relación jurídica privada entre abogado y cliente, en la cual puede tener origen, sin tener en cuenta que es cosa distinta aquella relación jurídica y las obligaciones que, a consecuencia de ella, pueden nacer.

Si la materia del secreto profesional no tuviera otro fundamento o razón de ser que la simple voluntad contractual y el interés privado de los contratantes, seguiría las mismas vicisitudes que la de los contratos en donde pudo nacer; cesarían sus efectos en caso de resolución, podría ser objeto de novación y de transacción; sería susceptible de rescisión y de anulación y, en todo caso, quedaría supeditada al interés público, ante el cual cedería siempre.

Los que sostienen que en el secreto profesional juegan factores de "interés social", sin olvidar los de carácter privado del confidente, atribuyéndole una doble naturaleza jurídica, titubean en sus conclusiones. Así: Florian dice que si se tratase de una materia perteneciente al Derecho Público no le sería permitido al confidente relevar al abogado de la obligación del secreto, lo que le parece excesivo; los que, como Savatier y Bielsa, tratan de armonizar ambos factores, concluyen diciendo que el secreto profesional es relativo y debe ceder ante el "interés social"; Appleton, apoyándose en la jurisprudencia y en las prácticas del foro francés, afirma que el secreto profesional sirve los intereses privados del cliente y aun los de terceros, pero por ser materia perteneciente al orden público mantiene el principio de la inviolabilidad, inspirado en la doctrina tradicional que se remonta a los antiguos criminalistas de la vecina República.¹

Contrariamente a las anteriores ideas, Perraud-Charmantier, que es uno de los sostenedores de la teoría contractualista, se expresa como sigue:

¿El secreto profesional es un contrato? El penitente, el inculcado, el enfermo que confían su secreto al confesor, al abogado o al médico, sea expresamente, sea tácitamente (si se admite la teoría de los hechos secretos por naturaleza, que veremos más adelante) no lo confían sino para alcanzar el fin que ellos persiguen; la salvaguardia de sus intereses espirituales o materiales, salud eterna, honor, fortuna, salud. . . El confidente que no está forzado de ningún modo a recibir este secreto, sea formal, sea tácito, de quien viene a él —salvo puede ser, el abogado de oficio— acepta acogerlo y guardarlo. Él acepta no recibirlo sino para el fin perseguido por quien se confía a él. Hay cambio de consentimientos, hay convención. Más bien, hay contrato. . .²

Y más adelante, cuando aborda el problema de determinar a qué es-

¹ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, núm. 14, abril-junio 1952, p. 121 y 122.

² *Le secret professionnel*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand Auzias, 1926, segunda parte, núm. I-II, p. 224.

pecie de contrato pertenece el que origina el secreto profesional, dice el mismo Perraud-Charmantier:

Un contrato está en la base de la noción del secreto profesional, pero, ¿cuál contrato? Ciertos autores estiman que se trata de un mandato o de un arrendamiento de servicios. Ellos no están en lo justo; pero ellos están de acuerdo en la preexistencia de un derecho en la persona del que se ha confiado. La doctrina admite generalmente esta concepción. Ella estima ordinariamente que hay un depósito; depósito "necesario, inviolable y sagrado" según los artículos 1927 y siguientes del Código Civil; este sería el *sacrum depositum* de Juvenal. Nos parece imposible, en derecho, no reconocer que esta teoría encierra una gran parte de verdad, y, en consecuencia, no tenerla en cuenta, en una cierta medida. La jurisprudencia, además, la ha admitido a veces (Sentencia Watelet). Ella ofrece un beneficio evidente: permite aclarar ciertos aspectos del problema y resolver muchas dificultades; la facultad de levantar el secreto reservada a quien se ha confiado, la ausencia de derecho en esta materia para toda otra persona, el derecho que está exclusivamente reservado al cliente de pedir un certificado médico, la validez de su autorización para la expedición de un certificado post mortem, la facultad que hay de renunciar a toda acción civil en el caso de revelación, la prohibición de revelar hecha al confidente necesario en ausencia de toda autorización...

Esto es muy exacto. Más aun, nos parece difícil en definitiva, rechazar completamente una teoría que da soluciones que la teoría adversa es impotente para suministrar. Pero no se podría admitirla en su integridad. Tal cual es, resulta insuficiente. No se podría asimilar el "depósito" del secreto al depósito civil, ni, en consecuencia, materializar el papel del depositario, del confidente. Se necesita recordar que el depósito civil no puede tener por objeto sino un resultado insuficiente. No se podría asimilar el "depósito" del secreto al depósito ser forzado a expedir un certificado al enfermo que se lo pidiese; pues ésta sería la restitución del depósito (artículo 1915 del Código Civil); el confidente citado como testigo debería ser obligado a hablar si el que confió retira su depósito, es decir, si él lo autoriza. Ahora bien, sabemos que todo esto no corresponde a la realidad de las cosas. Nuestro contrato no puede ser, pues, un depósito.³

Y, finalmente, el mismo autor concluye lo siguiente, en una nota puesta al pie de la página 228 de la obra que se viene citando:

Estas reglas generales (las de los contratos innominados) deben aplicarse al contrato de secreto profesional, que es un contrato *sui generis*. Aunque bastante aproximado al depósito, no es un depósito. No hay necesidad de querer a toda costa hacerlo entrar en el título de uno o de otro de los contratos nominados... el secreto profesional es un contrato innominado. Es un contrato puramente consensual. El secreto profesional tiene su base en un contrato constituido por el consentimiento del "depositante" y del confidente; es un contrato unilateral. Otro contrato de la misma naturaleza debe necesariamente intervenir para levantar el secreto. Este es distinto del primero e interviene entre las mismas partes, pero él no tiene la misma causa.

³ *Ibid.*, pp. 226-227.

Nos parece que se ha dado a este tema del origen del secreto profesional, o sea de la fuente de la obligación de reserva, una importancia mayor de la que en realidad le corresponde. Esto proviene de dos confusiones. La primera consiste en que simultáneamente se emplean los conceptos de derecho público y de orden público, como si fueran equivalentes, lo que no es exacto. El concepto de orden público —que no nos ocuparemos de determinar en este capítulo, porque lo haremos en el siguiente, al estudiar la regulación administrativa del secreto profesional— es aplicable también a algunas instituciones de derecho privado.

La segunda confusión, que es consecuencia de la anterior, consiste en oponer la materia contractual a la de orden público, como si ambas fueran incompatibles entre sí, lo que también es inexacto, ya que hay numerosas disposiciones imperativas que rigen los contratos, las cuales dan origen a derechos irrenunciables, sin que se pueda pactar en contrario respecto de ellas, por ser de orden público.

Que el secreto profesional tenga su origen en un contrato o que directamente provenga de la ley, por efecto de un acto-condición que la haga aplicable al caso, de ningún modo implica que no sea una institución de orden público y menos aún que deba sacrificarse para el cumplimiento de otras obligaciones de este mismo orden, tales como la de denunciar hechos delictuosos o la de deponer como testigo, cuando la administración de justicia lo pida.

El mismo Perraud-Charmantier, defensor asiduo del origen contractual del secreto, llega a reconocer que éste es de orden público secundario o relativo, a diferencia de los otros deberes que acabamos de indicar, los que estima como de orden público primario o absoluto.⁴ Tampoco esta distinción nos parece aceptable. En efecto. ¿Qué significa esa expresión de “orden público secundario o relativo”, opuesta a la de orden público primario o absoluto? ¿Acaso quiere decir el autor que ella indica que el deber de reserva tiene límites y no obliga siempre de una manera absoluta e incondicionada? Esto no puede ser, porque también el deber de denunciar y el de atestiguar, que considera como de orden público primario, tienen limitaciones que la propia ley establece al eximir de ellos a ciertas personas o en determinadas circunstancias. ¿Entonces quiere decir que el secreto profesional es un deber de categoría inferior a los otros y, por lo mismo, que debe ceder ante ellos cuando entran en conflicto? Esta debería ser la consecuencia lógica de semejante distinción, pero el mismo Perraud-Charmantier, que se ve atrapado en su propia red al llegar a este punto, tiene que dar marcha atrás expresando:

⁴ *Op. cit.*, p. 230.

La cuestión del testimonio en justicia es muy delicada; la obligación del artículo 378 se encuentra en conflicto directo con los artículos 80 y 317 CIC. Ninguna excepción de testimoniar está formalmente establecida en favor de los confidentes necesarios. En principio, pues, ellos están obligados a hacerlo. El testimonio en justicia es un verdadero servicio público; la obligación que está impuesta a todo ciudadano de deponer lo que sabe es de orden público absoluto. Ella debería pues prevalecer sobre la obligación del secreto, que no está sancionada sino por un orden público secundario.

Y acto seguido se ve obligado este autor a reconocer que no se puede llegar a tal conclusión, proponiendo

“que la dispensa de testimoniar debe ser acordada en los casos estrictamente indispensables, es decir, a los confidentes de las grandes profesiones (entre los que ha incluido antes a los abogados) pero que conviene rehusarla a otros”.⁵

Para nosotros el orden público no es más que uno. La pretendida distinción entre orden público primario y secundario no solamente resulta inaceptable sino que también es inútil para resolver los problemas del secreto profesional, como acaba de revelarlo la contradicción en que cae Perraud-Charmantier. Que el secreto profesional deba prevalecer o no sobre otros deberes, también de orden público, cuando entre en conflicto con ellos, es punto que será estudiado por nosotros en el capítulo sexto. Pero en todo caso, ninguna aportación da para resolver los problemas que con motivo de tales conflictos surgen, ese pretendido desdoblamiento de la noción de orden público, ni tampoco la determinación del origen del secreto. Pero como este último tema ha apasionado tanto a los juristas por considerarlo decisivo para determinar la naturaleza del secreto profesional, así como la magnitud o importancia de las obligaciones que crea para el profesionista, continuamos ocupándonos de él, si no con el propósito de agotar su estudio, por lo menos con el de esclararlo un poco, disipando la nube de confusiones que en torno a él se ha formado.

Las objeciones a la teoría del origen contractual han sido formuladas vigorosamente, entre otros autores, por los penalistas, que no se resignan a ver cómo un hecho delictuoso puede ser también el incumplimiento de una obligación contractual. Así Eusebio Gómez expresa su opinión en los siguientes párrafos:

La obligación de guardar el secreto profesional deriva —conforme a una de las teorías emitidas al respecto— de un contrato tácito entre el profesional y el cliente: el primero ofrece callar todo cuanto llegara a saber en el ejercicio de su ministerio; el segundo acepta la oferta.

No hay tal contrato —se dice en oposición a esta teoría— porque si bien es verdad que la oferta y la aceptación pueden ser tácitas, no lo es menos

⁵ *Op. cit.*, p. 276.

que, en el caso, no aparecen ni la una ni la otra. No se concibe la existencia de un contrato sin que los presuntos otorgantes del mismo sepan que van a contratar.

Por otra parte ¿a qué especie de los contratos pertenecería aquél del cual emana la obligación del silencio?

Se dice que él constituye un depósito. Pero es indefendible semejante opinión, porque, de acuerdo con la ley y con la doctrina, el contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa. En el supuesto contrato no hay cosa —mueble o inmueble— que sea su objeto, porque no puede atribuirse tal carácter al secreto confiado. Atribuirselo, importa un contrasentido, si la palabra cosa ha de conservar, como corresponde, su significado jurídico.

Además ¿cómo se opera la devolución del secreto? Y la devolución de la cosa que forma su objeto es de la esencia del contrato de depósito.

Frente a estas objeciones, por cierto irrefutables, los partidarios de la doctrina examinada, persistiendo en ella, sostienen que, de todas maneras, si la obligación del silencio impuesta a los profesionales no emana de un contrato de depósito, es innegable que proviene de un contrato innominado, pero no demuestran lo que es primordial, es decir que, en el caso en cuestión, las partes se hayan puesto de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Sin ese acuerdo no hay, no puede haber contrato.⁶

Por otra parte, Sebastián Soler, al estudiar cuándo existe violación punible de secreto, sostiene que es complejo el bien jurídico tutelado con él, ya que, juntamente con la libertad, se presenta conflicto entre dos bienes jurídicos, pronunciándose la ley en favor de la persona; y en una nota de pie de página expresa como consecuencia lo siguiente:

Son, por lo tanto, equivocadas las fundamentaciones del secreto profesional que buscan su base en una especie de convenio o pacto de reserva y en general, las que acuerdan un sentido privado a la infracción. Una cosa es que el delito sea de acción privada y otra que el interés tutelado en el particular sea también puramente privado.⁷

No nos parecen concluyentes los anteriores argumentos que exponen estos dos insignes penalistas, para demostrar que la obligación de reserva profesional no pueda tener su origen en un contrato. El hecho de que no conste de manera expresa el acuerdo de voluntades entre las partes para imponer esa obligación, no excluye el que dicho acuerdo se forme de manera tácita (artículo 1803 del Código Civil). Tampoco es exacto lo que dice Gómez al sostener que en el caso no puede haber contrato porque no

⁶ *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940, tomo III, cap. LXXIII, núm. 840, p. 431.

⁷ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, tomo IV, cap. 107, núm. VIII, p. 128.

constan las disposiciones establecidas por los otorgantes para reglar sus derechos, pues con esto se olvida que las obligaciones contractuales no son únicamente las que provienen de las estipulaciones concertadas por las partes en el contrato, sino también las impuestas por las normas legales que supletoria o imperativamente deben regirlo. Y nada se opone a que la violación de alguna de estas últimas constituya, además de un incumplimiento contractual, un hecho delictuoso.

Si se toma en cuenta que las normas imperativas —y consiguientemente las prohibitivas, que no son sino la forma negativa de aquéllas— constituyen por regla general disposiciones de orden público, se comprenderá mejor por qué la tutela penal de un bien jurídico contra hechos que lo lesionan, no es esencialmente indicativa de que tales hechos no sean también el incumplimiento de una obligación contractual. Perraud-Charmantier, a quien ya había sido formulada posiblemente la objeción por los anticontractualistas, la contesta diciendo:

No falta ejemplo que encontrar en la ley penal de sanciones que se refieren a simples contratos: el préstamo de uso, la fianza, el arrendamiento, el mandato, el depósito son de esta clase: el artículo 408 del Código Penal los sanciona bajo el nombre de abusos de confianza; el antiguo artículo 423 abrogado por la ley del 10. de agosto de 1905 era de la misma especie, y esta ley que lo ha reemplazado, sanciona ciertas ventas viciadas de fraude. ¿Sería audaz sostener que ocurre lo mismo en materia de secreto: contrato sancionado por la ley penal en razón de su carácter de institución de orden público secundario? De buen grado lo han afirmado generalmente, pretendiendo que se trata de un depósito. La jurisprudencia misma no ha estado lejos, sin embargo, de admitir esta idea. Nosotros pensamos estar en la verdad, sosteniendo que debe ser a fortiori lo mismo en lo que concierne al contrato “innominado” de secreto profesional. Hay un contrato en la base de las relaciones que se establecen entre el “depositante” y el confidente, pero la sociedad ha debido intervenir para protegerse en cierta medida contra un riesgo temible: el de ser lesionada por el atentado llevado a cabo mediante la revelación del secreto confiado a ciertas profesiones garantizadas por la ley.⁸

Esto es particularmente cierto en nuestro derecho, sobre todo en los tiempos más recientes. Recuérdese cómo constituyen delito algunos incumplimientos contractuales. Ejemplo de ello es el caso de los patrones que no pagan a sus trabajadores el salario mínimo general, hecho éste que en la actualidad configura un tipo delictuoso (artículo 1004 de la Ley Federal del Trabajo). Esta tendencia se nota precisamente más en la materia de servicios profesionales. El abandono de un enfermo en su tratamiento por el médico o el de un litigante en su defensa por el abogado, son delictuosos en determinadas circunstancias (artículos 229 y 232, fracción II del

⁸ *Op. cit.*, p. 233.

Código Penal). La simple inactividad de este último en la defensa, también puede serlo, igual que todo daño causado en el ejercicio de una profesión, arte o actividad técnica (artículos 230 y 232, fracción III del mismo Código).

Y aquí viene al caso recordar la distinción a que se refiere Gabriel Marty, catedrático de la Universidad de Toulouse, entre dos especies de contratos: los que obligan a procurar al acreedor "una ventaja precisa y efectiva" y los que obligan sólo "a cierta diligencia en vista de un resultado determinado". Respecto de ambas especies expresa este tratadista:

Primera hipótesis :El deudor se ha obligado a procurar al acreedor una ventaja precisa y efectiva.

Es éste el caso del vendedor que se obliga a transferir la propiedad. El del porteador que se obliga a transportar una cosa a su destino en cierto plazo.

Demogue designó estas obligaciones con un nombre que tuvo fortuna: obligaciones "de resultado"; H. Mazeaud habla de obligaciones determinadas. Mas si el nombre cambia, la idea es la misma.

Segunda hipótesis: El deudor está obligado a cierta diligencia. Es éste el caso previsto por el artículo 1137 para aquellos contratos cuyo objeto es la conservación de una cosa (obligación de medio, en la terminología de Demogue; obligación general de prudencia en la terminología de Mazeaud).⁹

Y párrafos más adelante añade Marty, refiriéndose ya en particular al servicio profesional:

Hay otros ejemplos que no se refieren a la conservación de una cosa: tal es el caso de la obligación del médico para su cliente; no se compromete a curar al enfermo, sino a cuidarlo según la reglas del arte. . .

En todos estos casos el deudor falta a su obligación no cuando no obtiene el resultado perseguido, pues no ha prometido éste; sino cuando no ha aportado en la persecución de este fin, la diligencia que ha prometido.¹⁰

Es en la segunda categoría de obligaciones que la anterior distinción señala, o sea en las obligaciones de prudencia o diligencia, en las que principalmente puede intervenir la represión penal para asegurar su cumplimiento. Esto obedece a que el control de ese cumplimiento resulta mucho más difícil que para las obligaciones de la primera categoría, pues siendo obligaciones más de actividad que de resultado, este último juega en el caso un papel secundario. Dicho cumplimiento consiste en poner los medios, no en alcanzar el fin. Y como esos medios son de diligencia, prudencia o actividad, protectoras de determinados bienes jurídicos, su omisión es difícil de evitar y su cumplimiento resulta generalmente imposible

⁹ *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, trad. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1952, título I, cap. III, núms. III-3, p. 201.

¹⁰ *Ibid.*, p. 202.

de obtener mediante ejecución forzada (a la inversa de lo que ocurre con las obligaciones de resultado) lo cual hace que el Estado recurra en ocasiones a la represión penal, para que, sin perjuicio de la responsabilidad civil, asegure la prestación de esa diligencia o cuidado, no solamente al acreedor sino también a la sociedad que generalmente resulta afectada por su falta. Recuérdese lo que del secreto profesional dijimos en el primer capítulo de esta obra, acerca de la imposibilidad de evitar su violación por medios que no fueren punitivos.

¿Podría plantearse en nuestro régimen jurídico el problema de la constitucionalidad de este empleo de la represión penal contra el incumplimiento de obligaciones originadas en un contrato? De acuerdo con el artículo 17 de la Constitución Federal: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil." Esta prohibición, que consigna una de las garantías individuales reconocidas y protegidas por la Constitución, es, en opinión de Ignacio Burgoa, una reafirmación de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal que establece el artículo 14 de la misma ley suprema. Así se expresa al respecto dicho autor, sobre la garantía del artículo 17.

La primera garantía de seguridad jurídica que encontramos en el artículo 17 constitucional está concebida en los siguientes términos: Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Esta garantía no viene a ser sino la corroboración o confirmación del principio jurídico de *nullum delictum, nulla poena sine lege*. En efecto, de acuerdo con él, solamente un hecho reputado por la ley como delito puede ser considerado como tal y, en consecuencia, ser susceptible de sancionarse penalmente. Por ende, una deuda proveniente de un acto o relación jurídicos civiles en sí mismos, esto es, no estimados por la ley como delictuosos, no puede engendrar una sanción penal (como es la privación de libertad), ya que ésta se reserva a los delitos, es decir, a los hechos reputados legalmente como tales. Bajo este aspecto, el artículo 17 constitucional viene a confirmar la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal, en el sentido de que sólo podrá aplicarse una pena prevista expresamente por la ley para un determinado delito, o sea, para un hecho calificado legalmente como tal.¹¹

No creemos, sin embargo, que la disposición del artículo 17 sea una mera reiteración de la que contiene el artículo 14. Esto haría redundante aquélla, cuyo sentido parece ser otro. La garantía del 17 consiste más bien en una prohibición que el constituyente dirige al legislador ordinario para que no configure tipos delictuosos con incumplimientos de carácter meramente civil. La sola conducta del deudor civil incumplido no puede ser tipificada entre los hechos delictuosos por el legislador común. La represión penal no debe ser empleada como medio para la satis-

¹¹ *Las garantías individuales*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1961, cap. viii, p. 457.

facción de intereses privados, susceptible de alcanzarse mediante ejecución forzada, sino que ha de reservarse para los hechos que directamente lesionan a la sociedad y limitarse a ellos su empleo.

Sin embargo, el problema que crea esta disposición constitucional es el determinar qué debe entenderse por "deudas de carácter puramente civil".

El mismo Burgoa ha percibido este problema al decir:

El carácter civil de una deuda, es decir, del aspecto pasivo de una obligación, se debe fijar a posteriori en cada caso concreto de que se trata, atendiendo, sin embargo, al criterio general de que su origen o procedencia no se atribuyan a un hecho tipificado por la ley como delictivo.¹²

Evidentemente, la expresión "deudas de carácter puramente civil" que emplea el artículo 17 no debe entenderse como comprensiva de toda obligación civil. Ello haría inconstitucional la existencia de diversos tipos delictuosos tradicionalmente admitidos, que castigan el incumplimiento de deberes nacidos de instituciones civiles. Ejemplos de esto pueden ser el adulterio o la bigamia, que reprimen faltas a las obligaciones nacidas del matrimonio (artículos 273 y 279 del Código Penal), la usurpación del estado civil correspondiente a otra persona, la ocultación o sustitución de un infante o la atribución falsa de la maternidad, etcétera (artículo 277 del mismo Código). También en el campo patrimonial hay diversos tipos delictuosos de robo, fraude o despojo de inmuebles, que protegen la propiedad y otros derechos reales contra actos que los violen, aun cuando no se realicen con violencia o engaño. Es la peligrosidad social de tales hechos, motivada frecuentemente por la imposibilidad o extrema dificultad de reparar mediante ejecución forzada los derechos violados, o la amenaza que importan para el orden familiar o económico existentes, lo que los hace punibles, sin que ello infrinja la prohibición del artículo 17 constitucional. Dentro de esta línea se encuentra también la tutela penal del secreto que deben guardar los profesionistas. Aun cuando se castigue en estos casos el incumplimiento de obligaciones civiles, no son éstas las "puramente civiles" a que dicho precepto se refiere. Hay aquí algo más que lo puramente civil, que justifica las penas privativas de libertad y hace que ellas no sean inconstitucionales. La determinación en cada caso de este contenido extra-civil del hecho para considerarlo como delito, ya no es tarea que concierna al jurista, sino asunto de política criminal.

Después de todo lo anterior, podemos llegar a la conclusión de que no hay inconveniente alguno para que la obligación de reserva profesional sea, en principio, de carácter civil y tenga su origen en un contrato también civil, pues esto ni rebaja la categoría de la obligación, impidiendo

¹² *Ibid.*, p. 458.

que sea de orden público, ni se opone a que su incumplimiento resulte punible. Sin embargo, algunas precisiones deben hacerse:

La primera de ellas consiste en que, al sostener que el secreto puede tener su origen en un contrato, no debe concluirse de allí que necesariamente lo tenga. Supone sí, en todo caso, la prestación de un servicio profesional, pero sin que ésta provenga siempre de un contrato. Gabriel Marty dice al respecto:

La responsabilidad de los profesionales, médicos u oficiales ministeriales, por ejemplo, provoca numerosas dificultades. . .

La primera consiste en determinar si se trata de una responsabilidad contractual o delictuosa. Frecuentemente habrá contrato entre el profesional y el beneficiario de sus servicios. La responsabilidad será contractual. Así ha resuelto la Sala Civil de la Corte de casación, para los médicos, . . .

Sin embargo, en algunos casos la intervención del profesional se realizará fuera de todo contrato: por ejemplo, un médico presta los cuidados de urgencia a un enfermo en la calle. La responsabilidad es entonces delictuosa.

Por otra parte, no existe entre los dos casos la diferencia que a primera vista podría suponerse. En efecto, el contrato solamente impone al profesional obligaciones de diligencia, que la jurisprudencia a veces considera de orden público. . . y estas obligaciones, cuyo incumplimiento constituirá la culpa contractual, se acercan, hasta confundirse con ellas, a las reglas de conducta admitidas en el dominio delictuoso.¹³

Por nuestra parte pensamos que tampoco hay contrato entre profesional y cliente en aquellos casos en que la prestación del servicio profesional se realiza bajo la forma de servicio público. Así ocurre cuando las personas, por falta de recursos económicos, acuden a defensores de oficio en busca del patrocinio gratuito de un abogado, lo mismo que cuando reciben atención médica en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, por ser empleados públicos. En ninguno de estos casos puede descubrirse la existencia de un contrato y, sin embargo, no es menor en ellos para el profesional la obligación de reserva, que la que tiene cuando presta sus servicios libremente contratado por el cliente.

La segunda precisión consiste en que ni aun en aquellos casos en que el secreto tenga un origen contractual, debe pensarse en la existencia de un contrato especialmente constitutivo del mismo, tal como parece deducirse de las expresiones de Eusebio Gómez que antes transcribimos, en las que sostiene este tratadista como inadmisibles, que sea “un contrato tácito entre el profesional y el cliente: “. . . el primero ofrece callar todo cuanto llegare a saber en el ejercicio de su ministerio; el segundo acepta la oferta”. Evidentemente que, presentado en esta forma el origen contractual del

¹³ *Op. cit.*, t. I, título II, cap. II, p. 311.

secreto, resultaría inaceptable y Gómez tendría razón al desecharlo como lo hace. No, el secreto del profesionista no puede tener su origen en un contrato especial, ya fuera éste de depósito, de mandato, de arrendamiento de servicios o innominado como pretenden los contractualistas, a cuyas opiniones nos hemos referido antes. No existe ningún contrato especialmente destinado a generar el secreto, la obligación de reserva profesional. Al decir que ésta puede tener un origen contractual, ya que no es contrario a su naturaleza o efectos, queremos significar solamente que puede surgir como consecuencia de una de las varias estipulaciones contenidas en un contrato que entre sí celebren el profesional y su cliente para la prestación de servicios por aquél a éste. En otros términos, el secreto puede ser una de las diversas obligaciones pactadas, que queden a cargo del profesionista cuyos servicios son contratados.

Pero, si el contrato es omiso en lo que toca a la reserva, ¿debemos no obstante considerar impuesta esa obligación? Seguramente que sí. Ya hemos dicho antes que por obligaciones contractuales deben entenderse no sólo las que expresamente conciertan las partes en su acuerdo de voluntades, sino también las que derivan de preceptos legales que supletoria o imperativamente son aplicables al contrato. Luis Muñoz se expresa así a este respecto:

Los efectos son voluntarios o queridos por las partes y también legales, llamados reflejos; los últimos emanan directamente de la norma jurídica, incluso cuando sustituye con otros los perseguidos por las partes, porque éstos no puedan realizarse... Los efectos voluntarios de los contratos típicos son los previstos y queridos por las partes, sin perjuicio de que, como dejamos dicho, puedan producirse otros dimanantes del ordenamiento jurídico.¹⁴

Esta opinión encuentra, por lo demás, apoyo en el artículo 1796 de nuestro Código Civil, el cual establece que los contratos “desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley”.

En otros términos, podemos distinguir tres clases de obligaciones contractuales: a) las que dimanar de una estipulación expresa del contrato, convenida por las partes; b) las que provienen de una disposición legal supletoria, aplicable al contrato cuando éste no contiene estipulación expresa sobre algún punto determinado y c) las que establece imperativamente la ley mediante una disposición que debe aplicarse necesariamente al contrato, aun cuando éste contenga estipulación expresa de las partes en contrario.

Procede entonces analizar los caracteres de estas tres especies de

¹⁴ *Derecho civil mexicano*, México, Ediciones Modelo, 1971, tomo III, cap. XIX, núm. 173, pp. 230-231.

obligaciones, diversas, pero unidas por la nota común de ser todas ellas contractuales. No cabe duda que lo son las de la primera categoría. En ellas surge el contrato en todo su esplendor. La fuente de estas obligaciones se ve claramente en el convenio, en la voluntad de las partes manifestada de modo expreso. Se puede decir de ellas, con la reserva que más adelante expondremos, lo que Planiol expresa acerca del contrato: "la voluntad de las partes forma la obligación: es ella la fuerza creadora y la que determina a la vez el objeto y la extensión".¹⁵ Y en

otro lugar de su obra, al expresar este autor su opinión en contra de alguna corriente que en la doctrina alemana sostiene que la voluntad de los particulares es impotente por sí sola para crear obligaciones, arguye al respecto:

Sin embargo no es dudoso que el contrato sea una fuente de obligaciones: esas obligaciones no existirían si las partes no hubieran contratado; el concurso de voluntades es pues la causa eficiente, la fuerza creadora de que la obligación depende.¹⁶

En realidad no es exacto que una obligación pueda surgir de la sola voluntad de las partes, por eficazmente manifestada que sea. Es necesario, como veremos más adelante, que en todo caso la ley concorra con ella, dando obligatoriedad al convenio. Por eso es que las tres clases de obligaciones contractuales que antes hemos distinguido, distan entre sí mucho menos de lo que a primera vista pudiera pensarse y debe sostenerse respecto de ellas su común carácter contractual. Sería inexacto querer reducir solamente a las de esta primera categoría, las obligaciones contractuales. Su importancia está ciertamente en que se manifiesta más en ellas que en las otras dos especies de obligaciones, la voluntad de los contratantes como reguladora de la relación jurídica; pero esto no quita su carácter contractual a las obligaciones que, imperativa o supletoriamente, la ley hace derivar como consecuencia del contrato, según vamos a ver en seguida.

La segunda categoría de obligaciones contractuales, señalada antes por nosotros, está constituida por las que supletoriamente dirige la ley al contrato. Ellas suponen, por tanto, una actitud de silencio guardada por las partes respecto a determinados efectos de él o a diversas modalidades, ya sea por imprevisión u olvido o porque intencionadamente hayan querido que se rija en el caso el contrato por la disposi-

¹⁵ *Traité élémentaire de droit civil*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1912, tomo II, núm. 807, p. 255.

¹⁶ *Op. cit.*, núm. 944, p. 318.

ción legal supletoria, como si tácitamente quisieran incorporarla al mismo.

Dice Luis Muñoz refiriéndose a esta clase de disposiciones legales que:

En virtud del reconocimiento por el derecho positivo de la autonomía privada, las partes de un contrato pueden derogar ciertos preceptos legales utilizando las cláusulas contractuales. Tales cláusulas de contenido prescriptivo una vez conocidas y aceptadas o si media publicidad, pues en este caso se presumen conocidas, norman la futura relación de esferas de intereses jurídicamente protegidos.¹⁷

Por nuestra parte, pensamos que el mecanismo de las disposiciones supletorias opera en sentido diferente. No es que las partes puedan derogarlas en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pues tales disposiciones tienen obligatoriedad plena como toda disposición legal; tanto como la tienen las disposiciones imperativas de que en seguida vamos a ocuparnos. Lo único que ocurre es que, en tanto que estas últimas se aplican de manera incondicionada al contrato, las normas supletorias requieren como condición para su aplicabilidad, que las partes no hayan pactado nada diverso sobre el punto que ellas regulan. Cumplida esta condición, las normas supletorias son tan imperativas como las demás y su aplicación resulta inexorable.

Por último surge la tercera categoría de obligaciones. Son éstas las que provienen de preceptos legales imperativos —o prohibitivos, en su caso— cuya aplicación resulta ineludible. Ninguna estipulación contractual contraria a estas normas tiene validez. Los derechos que de ellas dimanar son irrenunciables. Las partes tienen únicamente libertad para celebrar o no el contrato, pero una vez otorgado éste, no pueden evitar, mediante acuerdo alguno, que se produzcan los efectos dispuestos por la norma. Las obligaciones que de ella surgen ¿son de carácter contractual o legal? Aquí es donde la respuesta se presenta más discutida. Pero antes que intentar darla, procede interrogarse para plantear correctamente el problema: ¿tiene algún sentido esta pregunta?

Planiol es uno de los autores que más ha sostenido esa separación entre el contrato y la ley, como dos fuentes diversas de las obligaciones, para él las únicas fuentes posibles. Respecto de la función del primero, ya hemos dicho antes cómo se expresa. En otro lugar de su obra dice más categóricamente:

A decir verdad, todas las obligaciones derivan de dos fuentes solamente: el contrato y la ley. En el contrato, la voluntad de las partes forma la obliga-

¹⁷ *Op. cit.*, cap. xi, núm. 112, p. 149.

ción... en ausencia de un contrato, el nacimiento de una obligación no puede tener otra causa que la ley...¹⁸

Y sobre esta dualidad de fuentes de obligación, irreductibles entre sí, reposa el sistema jurídico de Planiol.

Pero, ¿es correcta esta escisión tan profunda entre el contrato y la ley y, por consiguiente, entre las obligaciones creadas por ellos? Pensamos que no. En realidad no se trata de dos causas de obligaciones opuestas entre sí, sino de dos causas concurrentes. La obligación no surge del contrato solo ni de la ley sola. Es producida por la conjunción de ambos. Sobre este punto nos parece exacta la posición que Borja Sorianó ha tomado, siguiendo a Bonnecase, y que expresa en los siguientes términos:

La ley y el acto o el hecho jurídico juntamente producen los efectos de crear, transmitir, modificar y extinguir las obligaciones y los derechos. El artículo 1419, Código de 1884, establece la fuerza obligatoria de los contratos y, sin embargo, no basta con la existencia de ese texto legal para que nazca una obligación; este resultado concreto no se produce, sino cuando efectivamente se celebra un contrato. Pero el contrato por sí mismo no podría engendrar la obligación; ésta nace por aplicación de la ley, que atribuye fuerza creadora de obligaciones a los contratos.¹⁹

En posición similar se ha colocado Néstor de Buen Lozano al decir:

Creemos, con Marcadé, que la voluntad y la ley son incapaces, si actúan aisladamente, para producir los efectos de derecho respecto del acto jurídico.²⁰

Por su parte Gabriel Marty ha apuntado en la misma dirección. Al criticar la referida opinión dualista de Planiol, sostiene:

Indiscutiblemente Planiol tiene razón cuando indica que la ley es la que en realidad crea las obligaciones provenientes de los delitos y de los cuasidelitos. Pero comete el error de detenerse a medio camino. En efecto, conserva la categoría especial del contrato. Si se lleva su razonamiento hasta el fin, debe admitirse, además, que también las obligaciones contractuales son obligaciones legales. Si el contrato origina obligaciones se debe a que el legislador lo ha querido, y en particular, porque en el artículo 1134 establece que la convención constituye la ley de las partes. De esta manera todas las obligaciones se reducirían a una categoría única: la de las obligaciones legales.²¹

¹⁸ *Op. cit.*, t. II, núm. 807, pp. 254 y 255.

¹⁹ *Teoría general de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1953, tomo I, t. II, cap. IV, núm. 47, p. 103.

²⁰ *La decadencia del contrato*, México, Textos Universitarios, S. A. 1965, t. I, cap. I, núm. 47, p. 165.

²¹ *Op. cit.*, t. II, p. 236.

Es por estas razones que hemos preguntado antes si tiene sentido averiguar el origen legal o contractual de las obligaciones que establecen las normas imperativas aplicables al contrato. En realidad las obligaciones de las tres clases que antes hemos distinguido, son a la vez legales y contractuales. Nacen de la acción conjunta del contrato y de la ley, como causas concurrentes, sin que sea debido oponer ambas como dos fuentes de obligaciones, diversas e irreductibles entre sí.

Pero las obligaciones provenientes de esas normas legales imperativas que se aplican al contrato, tienen sin embargo una importancia y peculiaridad que requieren ser examinadas con mayor detenimiento.

Su aplicación no requiere, como antes hemos dicho, más condición que la celebración del contrato. Una vez producido éste, la norma jurídica correspondiente se aplicará y nacerán de modo inevitable las obligaciones que ella establece, sin que el convenio de las partes pueda impedirlo, pues la autonomía de la voluntad se reduce en estos casos tan sólo a la posibilidad de celebrar o no el contrato, pero una vez concertado éste, carecen las partes de libertad para estipular contra las normas imperativas. No pueden eximirse, ni aun por acuerdo de voluntades, de las obligaciones, positivas o negativas, que nacen de esas normas. Los ejemplos de esta clase de disposiciones, con aplicación forzosa, abundan en las leyes. Tal es el caso de la prohibición que del pacto del anatocismo se hace en el artículo 2397 del Código Civil, para el contrato del mutuo, lo mismo que la prohibición del pacto de retroventa que establece el artículo 2302 del mismo Código y también la que establece el artículo 2311 siguiente que prohíbe imponer al que compra en abonos, obligaciones más onerosas que las que dicho artículo consigna. Lo mismo puede decirse de la prohibición de donar todos los bienes de una persona, si ésta no se reserva lo necesario para vivir, de acuerdo con el artículo 2347 del mismo Código Civil.

La socialización del derecho, en beneficio de la parte contratante débil, ha multiplicado esas disposiciones imperativas contra las cuales nada pueden pactar válidamente las partes, como ocurre en los contratos de arrendamiento destinados a habitaciones, talleres o industrias, cuyas rentas no pueden ser aumentadas por efecto del decreto de 28 de diciembre de 1948, derogatorio de algunos preceptos del Código Civil. Pero donde más puede notarse este proceso es en la Ley Federal del Trabajo, que establece numerosas obligaciones a cargo del patrón, de las que no puede eximirse ni aun por acuerdo con el trabajador en cuyo beneficio se establecen, ya que, ante la ley, es éste impotente para relevar de ellas al patrón.

Lo anterior ha hecho decir atinadamente a Gabriel Marty:

En cuanto a la formación del contrato puede señalarse un triple intervencionismo... Legislativo, pues el legislador desconfiado respecto al contrato, se esfuerza por imponer al acuerdo de las partes, o por darle, autoritariamente, cierto contenido... lo que lo acerca cada vez más al concepto de acto-condición según la terminología de Duguit.²²

Por su parte Borja Soriano reconoce también el mismo fenómeno, al expresar:

Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva o conmutativa.²³

A este respecto expresa Mario de la Cueva conceptos similares, en los siguientes términos:

Sin la nota de imperatividad, que se manifiesta en las tres direcciones de las normas, no sería el derecho del trabajo parte de los derechos del hombre, ni llenaría su cometido, pues si los derechos del hombre, individuales o sociales, se refieren a aquellas normas cuya observancia es esencial para la realización de la justicia, no sería posible abandonar su cumplimiento al arbitrio de los particulares, precisamente porque ese abandono fue el principio rector del sistema individualista y liberal del Código Civil y sus deficiencias fueron la causa de la aparición del derecho del trabajo.²⁴

En resumen, puede decirse que las disposiciones legales imperativas que norman el contrato, revisten en la actualidad una triple importancia: primero, por la amplitud y el desarrollo que han alcanzado; segundo, por la prevalencia que tienen las obligaciones nacidas de ellas, respecto de las que forman las otras dos categorías —convencionales o supletorias— a que antes nos hemos referido y tercero, porque el contrato aproxima su función, respecto de las normas imperativas, a la de un mero acto-condición, como lo ha expresado Marty.

Esta última característica del contrato frente a tales normas imperativas lo equipara a todos los demás actos no contractuales, que condicionan la aplicación de ellas. El contrato desempeña así una doble función:

²² *Op. cit.*, t. I, cap. I, p. 32.

²³ *Op. cit.*, t. II, cap. II, núm. 112, p. 143.

²⁴ *Derecho mexicano del trabajo*, México, Editorial Porrúa, S. A., 9a. ed., 1966, tomo I, cap. VIII, número. IV, p. 254.

por una parte, configura obligaciones —ya que nunca las crea por sí solo, sino con la concurrencia de la ley, según hemos visto— al regular expresamente la situación jurídica de las partes o al permitir que la ley la regule supletoriamente. Tal es el caso de las obligaciones de las dos primeras categorías, que antes hemos señalado. Por otra parte, opera como simple acto condición que pone en movimiento reglas imperativas de derecho, actualizando en el caso concreto la obligación prevista de modo abstracto en la ley.

La primera de estas dos funciones es la más característica del contrato y la que lo diferencia de otros actos jurídicos. Es en ella donde tiene más cabida la autonomía de la voluntad. La segunda, por el contrario, es común a él y a los demás actos. La primera tiende a reducirse con la evolución de las ideas económicas y sociales, a consecuencia de nuevas condiciones de vida. La segunda se ha ido ampliando por esas mismas causas. ¿Está llamado a desaparecer lo típicamente contractual? ¿Se halla en crisis el contrato como institución jurídico-social? Así lo ha creído Néstor de Buen Lozano en su obra *La decadencia del contrato*.

No pensamos del mismo modo. Creemos que sólo se trata de un ciclo histórico, incapaz de adquirir definitividad. Es tan sólo una vaivén temporal en el reflujo de las instituciones. El contrato es una de las más arraigadas a la naturaleza humana para que pueda esperarse de él una transformación completa y, menos aún, una desaparición definitiva.

Pero, dentro del concepto actual del contrato y en vista del desarrollo que han adquirido las normas imperativas, creemos que las obligaciones nacidas de ellas deben reputarse contractuales. Ello desde luego, siempre que ese nacimiento haya sido condicionado por un contrato y no por otro acto jurídico diverso y también siempre que corresponda a la situación contractual, esto es, a la relación jurídica que se forma entre las partes contratantes y no a relaciones con terceros como las que surgen de las normas tributarias, por ejemplo, cuyas obligaciones, aunque nacidas con ocasión del contrato, de ningún modo pueden considerarse contractuales.

En el caso particular del secreto profesional, la norma imperativa que lo establece como obligación civil es el artículo 2590 de nuestro Código de 1928, el cual dice a la letra:

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.

Aun cuando este precepto está incluido en el capítulo del mandato judicial, resulta evidente por su redacción que se aplica también al con-

trato de prestación de servicios profesionales, por lo menos en el caso de los abogados. No deja de ser criticable esta última limitación, pues el precepto, que debió haber quedado incluido en el capítulo que reglamenta este último contrato, habría de ser aplicable a todos los profesionistas y no solamente a los abogados. También resulta criticable la limitación impuesta para estos últimos, en la parte inicial del precepto, al exigir como requisito de la revelación, para que sea ilícita, que se haga a la "parte contraria", con lo cual parecen quedar exentas de ilicitud las revelaciones de secretos hechas a terceros y también las que se hicieren en asuntos no contenciosos.

Por fortuna las anteriores omisiones del precepto que comentamos puedan quedar suplidas con la disposición contenida en el artículo 2615 del mismo Código Civil, que en forma mucho más general ordena:

El que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.

Marcel Planiol, de acuerdo con sus ideas antes expuestas, al no reconocer más fuentes de obligaciones que el contrato y la ley, resuelve el problema del secreto profesional en el sentido de reconocer a esta última como fuente del mismo, expresándose en los siguientes términos:

Obligaciones consideradas como nacidas de la ley. Conforme a la tradición se atribuyen a esta causa todas las obligaciones que no entran en alguna de las otras categorías. El Código Civil (artículos 1370 a 1373) nos cita únicamente como ejemplos de obligaciones puramente legales: . . .

Se puede citar todavía la obligación del secreto, conocida bajo el nombre de secreto profesional, impuesta a un gran número de personas para las cosas que ellas han conocido en el ejercicio de su función o profesión. Esta obligación del secreto es particularmente interesante para los médicos a los que bastantes dificultades surgen en la práctica; respecto a ellos, el secreto tiende a ser cada vez más absoluto.²⁵

Por nuestra parte, pensamos que ha sido inexacto el planteamiento que muchos autores han dado al problema del secreto profesional al distinguir si es una obligación nacida del contrato o de la ley. Es que no hay oposición entre obligaciones legales y obligaciones contractuales. Todas las obligaciones jurídicas tienen que ser legales. Necesitan la presencia conjunta de una norma de derecho positivo que las establezca y de un acto que condicione la aplicación de ella.²⁶ En todo caso la opo-

²⁵ *Op. cit.*, t. II, núm. 828, p. 265.

²⁶ Esta concurrencia entre la ley y el acto condición, que es la que da nacimiento a las obligaciones y, por lo mismo, a los derechos subjetivos correspondientes a ellas, es un

sición que procede establecer es entre obligaciones contractuales y obligaciones extra-contractuales, según que el acto jurídico condicionante sea o no un contrato.

Sin embargo, ya hemos expuesto antes que se ha dado demasiada importancia a esta distinción, dado que no tiene las consecuencias que le atribuyen quienes la hacen. El hecho de que provenga de un contrato la obligación de reserva, no le quita su carácter de obligación de orden público ni la hace inferior en categoría a las obligaciones, también de orden público, que el profesionista tiene de declarar como testigo cuando es requerido para ello por la autoridad, o de denunciar delitos cometidos de que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión, o bien de colaborar en otra forma cualquiera con la administración de justicia. Por lo mismo, no lleva a la conclusión de que el secreto profesional deba ser sacrificado cuando entre en conflicto con alguna de esas otras obligaciones. Finalmente, es también inexacto deducir que, por el hecho de que provenga de un contrato la obligación de reserva, pueda el cliente relevar de ella al profesionista en todo caso, como veremos más adelante.

III. Por ahora resulta más importante que determinar la fuente contractual o extracontractual de la obligación de reserva —ya que puede provenir una o de otra indistintamente— el precisar su naturaleza. Un análisis de la misma, nos hará ver que se trata de una obligación más compleja de lo que a primera vista podría notarse. Tiene, en principio, un contenido negativo: no hacer, no revelar, no dar a conocer aquello que debe estar sujeto a reserva. Pero no se agota con esto el secreto profesional. También contiene deberes de contenido positivo, obligaciones de hacer. Desde el momento en que un profesionista recibe, con motivo del ejercicio de su profesión, documentos u objetos cuya

hecho general que aparece en todo el orden jurídico y muestra una curiosa alegoría del orden biológico. Los seres superiores, a partir de determinado nivel, nacen de la unión de lo masculino y lo femenino. Con las situaciones jurídicas concretas —expresión que emplea Bonnetas para designar el derecho actual distinguiéndolo del potencial— ocurre algo similar. La ley representa aquí el elemento femenino, receptivo, abstracto y destinado por vocación a dar a luz las situaciones jurídicas concretas, que constituyen lo que hay de más vivo y más real en el derecho. Pero para esto necesita la ley ser fecundada por el acto condición, que vendrá a desempeñar el papel del elemento masculino esperado por ella para producir. Será el polen que deberá caer sobre el pistilo de la flor para que nazca el fruto del derecho. El carácter finalista de éste no se opone a ello, como tampoco se opone dentro del proceso biológico en el que coexisten causalidad y finalidad como dos leyes esencialmente diversas pero que no se excluyen entre sí.

Por otra parte, la distinción entre situaciones abstractas y situaciones concretas de derecho es solamente relativa. La situación es abstracción con relación a otra más concreta que ella, a la cual da origen, pero resulta ser concreta con relación a otra más abstracta, de la que procede a su vez. Este modo de producción del derecho se asemeja aún más a la generación de los seres vivos por la dependencia causal y continuidad ininterrumpida que entre ellos presupone.

posesión o conocimiento por parte de un tercero permitiría a éste enterarse de algún hecho secreto, nace para el profesionista una obligación de custodia de aquéllos. Hemos visto ya en el capítulo anterior cómo el delito de revelación de secretos puede cometerse tanto por acción como por omisión y tanto por dolo como por culpa. La omisión se da cuando se falta a obligaciones de hacer, cuando se deja de cumplir ese deber de custodia que exige al profesionista la realización de una conducta positiva. Enneccerus dice refiriéndose a la responsabilidad civil contraída por omisiones, que:

La omisión de un acto cuya ejecución hubiera impedido, con seguridad o al menos con la máxima probabilidad un daño, se califica también en sentido jurídico como causa del daño. Pero sólo ha lugar a responsabilidad por ese motivo cuando existiera un deber jurídico precisamente de esa persona a la ejecución del acto; . . . El deber jurídico puede ser de naturaleza pública o privada y puede basarse inmediatamente en la ley o en un negocio jurídico.²⁷

A su vez, la culpa, cuyo concepto hemos examinado antes, generalmente existe en la revelación cuando ésta se realiza mediante omisiones, esto es, con el incumplimiento a obligaciones de hacer.

Por el deber de custodia de aquellos documentos u objetos, el profesionista puede quedar en situación de depositario de ellos. Pero eso ocurre únicamente por lo que toca al objeto material en sí mismo, no al contenido intelectual de éste, que es el que aquí nos interesa, porque en él se halla el secreto susceptible de revelación. Por lo que hace a este último no puede hablarse de depósito en el sentido jurídico del término, como algunos han pretendido, ya que es esencial a este contrato la devolución del objeto depositado, a tal punto que viene a ser la principal obligación del depositario y esto resulta imposible tratándose de un objeto intelectual como es el secreto. Además, la obligación que impone éste al profesionista se distingue también de la que le compete como depositario de los documentos u objetos, ya que puede cumplir esta última y faltar a la primera, como ocurre cuando sin entregar a un tercero la posesión de esos documentos u objetos, permite que éste se entere de su contenido. También la situación inversa es posible, pues el profesionista puede faltar a su deber de depositario, permitiendo la destrucción de los documentos u objetos, sin cometer con ello revelación de secreto alguno.

En resumen, ambas obligaciones del profesionista, la que tiene respecto de los objetos materiales y la que le compete para con el objeto intelectual sujeto a reserva, se distinguen bien entre sí. Sin embargo, el incumplimiento de la primera, puede traer a veces como consecuencia el

²⁷ *Derecho de obligaciones*, Barcelona, España, 1a. ed. castellana, Bosch, 1994, tomo II, vol. I, cap. II, núm. 7, p. 75.

de la segunda, ya que la omisión de los actos de vigilancia y custodia del documento u objeto que le ha sido entregado en el ejercicio de su profesión, para un asunto determinado, puede motivar el conocimiento del secreto por terceros sin derecho a ello.

Es debido a esto que la revelación puede cometerse también por omisiones, como antes hemos dicho, pues el profesionista tiene, en la guarda del secreto, tanto obligaciones de hacer como de no hacer. El deber de reserva es, entonces, un deber complejo.

IV. Veamos ahora cómo ha de efectuarse el cumplimiento de ambas clases de obligaciones por el profesionista. Las dos le son exigibles desde el momento en que tiene conocimiento del hecho sujeto a reserva, ya sea porque el cliente se lo dé a conocer o bien porque se entere de él al ejercer su actividad profesional. La obligación de hacer surge también para el profesionista cuando, sin haber conocido aun el hecho secreto, recibe la posesión de documentos u objetos que sabe que lo contienen y, por lo tanto, requieren custodia. Esta última obligación, la de hacer, es susceptible de extinguirse cuando el profesionista deja de poseer, ya sea porque devuelva los documentos u objetos a quien se los entregó o bien porque pierda la posesión de ellos por causas que no le sean imputables. Sin embargo, se requiere en ambos casos, para que cese la obligación de hacer, que no hayan quedado copias o traslados en poder del profesionista, pues en este último caso subsistirá respecto de ellos el deber de custodia.

Esta obligación implica para el profesionista no sólo el cuidado material de los documentos u objetos, sino también el deber de hacer valer todos los medios legales de que disponga para evitar que se le obligue a entregarlos o a exhibirlos. Tal ocurre cuando alguna autoridad le exige indebidamente esa exhibición o entrega. Es evidente que si el profesionista no se opone haciendo valer los recursos que la ley le da y con fundamento en los preceptos de la misma, que por razón del secreto profesional lo eximen de la obligación de entregar o exhibir (como ocurre con el artículo 288 del Código de Procedimientos Civiles), falta dicho profesionista a la obligación de hacer, por no evitar que el secreto se revele. Esta última obligación es aun más cierta en el caso de abogados o notarios, que, por razón de su profesión, deben conocer mejor el derecho, pero sin que por ello deje de existir para otros profesionales.

V. En cuanto al aspecto negativo del deber de reserva, o sea el que implica obligaciones de no hacer, consistentes en no revelar, no dar a conocer los hechos secretos a quienes carecen de derecho para saberlos, hemos dicho que también nace para el profesionista desde el momento en que los conoce. Por lo que toca al tiempo que debe durar esta obligación de

abstención, surgen algunos problemas. Se ha dicho que tal obligación debe ser perpetua. En otros términos, que el profesionista queda obligado para siempre a no hacer, aún después de haber concluido el negocio con motivo del cual conoció el secreto y aún después de haber dejado de ejercer la profesión, toda vez que el daño, efecto del hecho de revelar, puede todavía producirse. Por eso dice Fernández Serrano que el abogado debe guardar el secreto hasta la tumba.²⁸

Sin embargo, pensamos que se deben hacer algunas distinciones al respecto. Para ello es necesario, ante todo, tomar en cuenta la finalidad para la que el secreto profesional se instituye en cada caso. Es decir, deben reconocerse los bienes jurídicos que con ese secreto se quiere proteger. No debe olvidarse que, en el caso del abogado, el secreto profesional está instituido, sin perjuicio de otros fines, para servir al derecho de defensa que tiene el cliente. Con toda razón se expresa el mismo Fernández Serrano en los siguientes términos:

Porque, como ya hemos dicho, este secreto no se ha instituido en interés particular del cliente, sino en interés general, público. Por eso la violación del secreto no sólo heriría al cliente, sino a la sociedad entera; no sólo porque quitaría a los profesionales la confianza, que es esencial a su ministerio, sino porque aniquilaría el derecho de defensa, del cual el secreto es la piedra angular.²⁹

Cuando el secreto profesional existe para servir al derecho de defensa, debemos reconocer que el mismo tiene ante todo un valor estratégico, o sea que pretende impedir a la parte contraria el conocimiento de los medios legales que el abogado va a emplear en la defensa de su cliente. En este aspecto el secreto profesional del abogado presenta alguna semejanza con el secreto militar. Su guarda, como medio eficaz para la protección de los procedimientos ofensivos y defensivos que van a emplearse en la contienda, debe ser estricta. Pero, precisamente por esa razón, debe también ser temporal, pues el secreto, por su misma finalidad, está destinado a dejar de serlo cuando los procedimientos planeados se lleven a efecto y, por tanto, se vuelvan conocidos, pudiendo inclusive llegar a ser del dominio público. Al momento en que esto acontece, el secreto pierde ya su razón de existir.

En otras ocasiones el uso del secreto se vuelve necesario como medio para la defensa misma del cliente. Sobre ellas dice Fernández Serrano:

²⁸ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, abril-junio, 1952, núm. 14, p. 131.

²⁹ *Ibid.*, p. 133.

Las revelaciones del secreto necesarias a la defensa o que sean beneficiosas al defendido, o las simplemente inocuas, no constituyen atentado al deber del secreto.³⁰

Refiriéndose a este último caso, dice por su parte Perraud-Charman-tier:

Las revelaciones hechas en interés del cliente no son punibles, aun cuando ellas hubieran sido hechas sin autorización; el abogado podrá, sin temor, revelar en litigio lo que crea ser favorable a la causa de su cliente. Ningún confidente podrá ser perseguido en el caso de que la revelación sea favorable, o no sea perjudicial al que se ha confiado.³¹

Es evidente que en todos estos casos el secreto no puede ser perpetuo. Su duración queda determinada por la finalidad que con el mismo se persigue. Pero ello no impide que los secretos del abogado puedan servir en otros casos a bienes jurídicos diversos, como la vida o el honor, y entonces su guarda puede llegar a hacerse necesaria en todo tiempo, con la perpetuidad que Fernández Serrano reclama para ella. En cuanto al secreto que corresponde a los notarios, señalaremos en el capítulo correspondiente cómo también puede tener en algunos casos carácter temporal y, por lo mismo, estar destinado a desaparecer en un momento dado.

Es nota peculiar de la obligación de reserva —en sus dos aspectos positivo y negativo— que no la extingue el hecho de su cumplimiento, como ocurre con otras obligaciones.³² La de reserva es continua y persiste a

través del tiempo. No se cumple con una prestación instantánea, sino con una conducta sostenida y continuada en forma permanente. Los casos en que esta obligación se extingue, a que antes nos hemos referido, no son efecto del cumplimiento de ella, sino de otras causas diferentes que ya mostramos, debidas más bien al logro de la finalidad que el secreto persigue en cada caso.

³⁰ *Ibid.*, p. 138.

³¹ *Op. cit.*, núm. III-III, p. 282.

³² Por lo mismo, el derecho subjetivo correspondiente a esa obligación, tampoco se extingue. No queda satisfecho por la sola circunstancia de que la reserva se guarde en un momento dado. Es un derecho insaciable. Necesita ser respetado permanentemente con la guarda del secreto y en algunos casos en forma perpetua. El derecho a la intimidad constituye seguramente uno de los derechos fundamentales de la persona humana, semejante a la libertad de conciencia que Del Vecchio señala entre los principales derechos naturales del hombre (*Filosofía del derecho*, sec. 3a., p. 519). No obsta a lo anterior el hecho de que el secreto profesional se contraiga algunas veces —no necesariamente como lo hacemos ver en este capítulo— contractualmente, pues esto no afecta la esencia misma del secreto en sí, o sea del secreto natural que obliga a toda persona.

VI. El incumplimiento de la obligación, tanto cuando reviste la forma de hacer como la de no hacer, se traduce en el pago de los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del mismo (artículo 2110 del Código Civil). Se aplican aquí las reglas generales comunes a obligaciones de hacer y de no hacer y, particularmente, la disposición del artículo 2590 del mismo Código, a que antes nos hemos referido, específica del secreto profesional del abogado.

Tales reglas generales son las que establece el artículo 2104 del Código Civil, que dice a la letra:

El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.

Sin embargo, consideramos también aplicable al incumplimiento de la obligación de reserva, lo dispuesto en el artículo 2028 del mismo Código Civil, que establece:

El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.

Comentando similar disposición del Código Civil Francés, dice Marcel Planiol:

Obligaciones de no hacer. Para éstas la ley establece el mismo principio que para las obligaciones de hacer: cuando el deudor falta a su obligación, esta contravención no da lugar sino a una indemnización en dinero. Para él, como para el que está obligado a hacer alguna cosa y no la ha hecho, la obligación se resuelve en daños y perjuicios; el artículo 1142 es común a las dos especies de obligaciones.

No obstante, la ejecución efectiva y forzada puede a veces ser obtenida, y puede ser que más frecuentemente que para las obligaciones de hacer. Ejemplos: si es un trabajo que ha sido hecho en contravención a una obligación de no construir, el acreedor podrá obtener su demolición a expensas del deudor, esto es lo que dice el artículo 1143. Igualmente si es un comercio, que ha sido iniciado a pesar de una promesa en contrario (compromiso que se toma frecuentemente en las ventas de establecimientos de comercio para garantizar al adquirente contra la concurrencia del vendedor), los tribunales podrán ordenar el cierre del almacén.³³

³³ *Op. cit.*, tomo II, cap. I, núm. 173, p. 62.

Podemos entonces distinguir dos situaciones diferentes en las obligaciones de no hacer: la primera es aquélla en la que no se quiere la realización de una conducta determinada; la segunda se presenta cuando lo que no se quiere es el resultado. En la primera de esas situaciones, no existe modo de destruir el incumplimiento; sólo se puede compensar con el pago de daños y perjuicios, pues es imposible que una conducta ya realizada deje de existir. En la segunda situación, en cambio, puede darse el caso de que, además del pago de los daños y perjuicios, proceda deshacer lo hecho indebidamente.

Tratándose de la revelación de un secreto por parte del profesionista, es evidente que no puede ya deshacerse la conducta reveladora, en sí misma, toda vez que ella quita el carácter secreto, por lo menos parcialmente, al hecho que lo tiene. Y una vez perdido ese carácter, no puede restituirsele. Pero si se toma en cuenta que el secreto es —en último término— solamente un medio para proteger determinados bienes jurídicos, como antes lo hemos hecho ver, la lesión causada a algunos de esos bienes por efecto de la revelación, ¿podrá ser en algunos casos destruida o subsanada, restituyendo el bien al estado que guardaba antes de ser dañado? Lo consideramos difícil, pero acaso no del todo imposible, el que la reparación pudiera ser hecha en naturaleza.

Es preciso distinguir, como lo hace Planiol, entre el hecho ilícito en sí mismo y el daño que éste produce. Dice el referido autor.

Sin embargo no debe hacerse entrar la idea de daño en la definición de la falta, pues el daño no es sino una consecuencia posible, pero de ningún modo necesaria: si un acto constituye falta, no es porque sea dañoso, sino porque es contrario al derecho. El daño es solamente la condición para que la falta sea reprimida por el derecho.³⁴

Por nuestra parte, hemos expresado con anterioridad que lo típico de la revelación de secretos no está en los bienes que resultan dañados con ella, sino en el medio o procedimiento que se emplea para lesionarlos. Los bienes dañados, en este caso, son los mismos que protege el derecho contra todos los hechos ilícitos. El procedimiento, en cambio, por ser de carácter intelectual, es lo que resulta distintivo de la revelación.

VII. Otro tema de interés en esta materia, es el de determinar si la obligación de reserva que tiene el profesionista pasa o no a sus herederos en caso de muerte de aquél. Es curioso y significativo a la vez que quienes se hayan preocupado por este problema sean los penalistas. Eusebio Gómez lo plantea en los siguientes términos:

³⁴ *Op. cit.*, cap. II, núm. 867, p. 279.

Se ha suscitado la duda acerca de si el heredero del profesional, que por cualquier circunstancia, llega a tener noticia del secreto de que aquél era poseedor, puede, en caso de revelación hecha después de la muerte del profesional, ser sujeto activo de este delito. Carrara, que plantea la cuestión desde un punto de vista puramente especulativo, encuentra en el hecho, después de un razonamiento lógico, los elementos necesarios para una incriminación que las leyes vigentes no han establecido, conservando para el delito de violación de secretos el carácter de delito propio.³⁵

Los pasajes de Carrara a que alude Gómez son los siguientes, que transcribimos íntegros por el interés que presentan:

Es indudable que la revelación de secretos es un delito propio, en el sentido estricto de la palabra, y en su sitio señalaremos los efectos de este carácter especial, en cuanto a la complicidad; pero, en la práctica se presentan cuestiones delicadísimas y a veces de gran interés, cuando el secreto o los papeles confiados fiduciariamente a un profesional, son divulgados, después de su muerte, por alguno de los herederos.

1° ¿Podrá perseguirse como criminoso, en el heredero no profesional, la revelación del secreto confiado o de los papeles confiados fiduciariamente a su causante que sí era profesional?

2° ¿Podrá perseguirse criminalmente la revelación hecha por un heredero profesional, cuando ella recae sobre un secreto que no se le ha confiado a él, sino a su causante profesional?

3° Si el heredero no es perseguible criminalmente por las revelaciones imprudentes que ha hecho, ¿será perseguible civilmente por los daños a intereses derivados de su acto?

Estas cuestiones, que he visto en la práctica, pero que no he encontrado en los autores, hay que resolverlas mediante los principios generales. En los delitos propios, la obligación de no violar la ley respectiva no pasa, para fines penales, al heredero de la persona que era la única ligada por esa ley; por lo tanto, no puede hablarse de pena. Pero como sustrato de la obligación penal existe siempre una obligación civil; las obligaciones civiles del causante pasan a su heredero cuando se desarrollan en una materialidad real, no meramente personal; el heredero del ladrón que vende las cosas robadas, podrá quedar inmune de la pena del robo, pero no queda inmune de la obligación de indemnizar; y la entrega de un secreto origina (fuera de la obligación moral) una obligación civil, a la que puede seguirse una obligación penal; los profesionales, al hacerse depositarios de un secreto, se hacen pasibles de estas dos obligaciones, pues la obligación de no revelar tiene por correlativas la acción civil de la persona particular y la acción penal de la sociedad; y la muerte del profesional hace imposible la acción penal; pero la obligación civil de no revelar, pasa, como cualquier otro deber semejante, a su heredero; por lo tanto, este es pasible de los daños que resulten, tanto de las revelaciones hechas por su causante, como de las hechas por él mismo.

Creo, sin embargo, que la obligación de que estamos tratando no puede enumerarse entre las que los prácticos llamaron obligaciones personalísimas, como son los deberes conyugales, el servicio militar y otras como éstas; podrá

³⁵ *Op. cit.*, t. III, núm. 854, p. 455.

discutirse si el heredero del depositario que vende a sabiendas el depósito, es pasible de acción de estafa, más no puede dudarse que por ese hecho sea pasible de la acción de interés (*quid interest*); tal es mi opinión, que queda sometida a mejor parecer, y que sostuve en un caso forense todavía no fallado de modo definitivo.³⁶

No podemos decir, pues ello entrañaría petulancia, que nuestro parecer sea mejor que el del gran penalista italiano, maestro de la escuela clásica, pero lo que sí podemos afirmar es que nuestra opinión sobre este tema difiere de la suya. Para tratar el mismo es preciso distinguir antes, a fin de evitar las confusiones en que creemos que ha incurrido Carrara al plantear el problema. En primer lugar debe distinguirse el caso que se presenta cuando ya se cometió el hecho ilícito de la revelación y ha nacido, por consiguiente, una responsabilidad civil a cargo del revelador, del caso en que todavía no se comete y en que, por lo tanto, solamente existe para el profesionista el deber del secreto.

Cuando la revelación ha sido ya hecha, causándose daño con ella al cliente mismo o a un tercero, es evidente que la obligación surgida a cargo del profesionista para el pago de daños y perjuicios a la víctima, sí es una obligación que debe pasar a los herederos de aquél, atentas las disposiciones contenidas en los artículos 1281 y 1760 del Código Civil. El primero de ellos, define la herencia diciendo que "es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte". En cuanto al segundo, que está en el capítulo de liquidación de la herencia, en el que se señala el orden en que deben ser pagadas las deudas de ella (mortuorias, gastos de conservación y administración, créditos alimenticios, etcétera) indicando que al final se pagarán las deudas hereditarias, define éstas como "las contraídas por el autor de la herencia independientemente de su última disposición y de las que es responsable con sus bienes".

De todo ello puede deducirse que la responsabilidad civil, por no ser una deuda de carácter personalísimo, no queda extinguida con la muerte del responsable. Y la ley no hace distinción alguna para ella en los anteriores preceptos, por lo que el intérprete no puede distinguirla, excluyéndola de las deudas heredadas. Los artículos 603 y 1733 del mismo Código Civil, que disponen, el primero para los tutores y el segundo para los albaceas, que la obligación que tienen ellos de rendir cuentas pasa a sus herederos, carecerían de razón de ser si la responsabilidad civil en que hubieren incurrido y que se descubriese mediante la rendición de cuentas, no pasara también a dichos herederos.

Cuando la responsabilidad civil proviene de un hecho delictuoso, hay

³⁶ *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Editorial Thémis, 1958, parte especial, vol. II, tomo IV, cap. VII, núm. 1641, p. 448.

precepto más terminante y expreso como es el artículo 91 del Código Penal que dispone textualmente:

La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él.

En otros términos, la muerte del delincuente, extintiva de la acción penal, no tiene eficacia para extinguir la obligación de reparar el daño causado con el delito o sea la responsabilidad civil del delincuente. Y Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, comentando esta parte de la disposición legal que nos ocupa, dicen: "...la reparación del daño, por constituir una deuda hereditaria, grava el haber del de cujus al pasar a sus sucesores".³⁷

Por su parte la doctrina francesa también se ha pronunciado terminantemente en el mismo sentido acerca de la responsabilidad civil. Planiol, al estudiar qué obligaciones pasan al heredero, expresa: "El principio es absoluto y se extiende a todas las deudas del difunto, aún aquellas que tienen un origen delictuoso..."³⁸

Más explícito ha sido Savatier al decir que "para la acción en reparación de un daño pecuniario, la transmisión pasiva de la deuda de reparación a los herederos del responsable no podría ser puesta en duda, teniendo esta deuda, desde su nacimiento, un carácter patrimonial".³⁹

Y después de expresar las dudas que han surgido acerca de la transmisión hereditaria de la obligación de reparar el daño moral, se resuelve este mismo autor por la afirmativa, expresando:

Desde el punto de vista pasivo, se admite que la reparación del daño moral puede ser perseguida contra los herederos del responsable. Esto es preferir la idea de satisfacción compensatoria a la de pena privada.⁴⁰

Podemos entonces llegar a la conclusión de que la responsabilidad civil contraída por el profesionista al revelar un secreto, pasa a sus herederos, como obligación transmisible por herencia. Pero cuando se trata, ya no de esa responsabilidad civil, sino de la obligación de reserva en sí misma, esto es, del deber que tiene el profesionista de no revelar secretos conocidos en su ejercicio profesional, ¿se produce la misma consecuencia? ¿Pasa también esta obligación a los herederos legítimos o testamentarios del pro-

³⁷ *Código penal anotado*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1972, comentario al artículo 91, nota 245, p. 208.

³⁸ *Op. cit.*, tomo III, cap. II, núm. 2063, p. 451.

³⁹ *Traité de la responsabilité civile en droit français*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, tomo II, sec. II, cap. II, núm. 632, p. 218.

⁴⁰ *Op. cit.*, t. II, cap. I, núm. 529, p. 104.

fesionista? Cabe hacer notar que semejante problema sólo puede presentarse con los secretos contenidos en documentos u objetos que tenga en su poder el profesionista al morir, pues tratándose de secretos conocidos sólo intelectualmente por él, es imposible que pasen a sus herederos. No puede existir en tal caso el problema de la transmisión hereditaria de la obligación de reserva.

Si el profesionista tuviere en su poder al morir documentos u objetos que sean continentes de algún secreto profesional y pasan ellos a poder de sus herederos, procede hacer una nueva distinción. Respecto de los documentos u otros objetos materiales, el profesionista no es más que un depositario, según hemos hecho ver antes. Por consiguiente, las obligaciones que le corresponden como tal, especialmente la de devolver el depósito, pasan íntegramente a sus herederos, como cualquier obligación contractual patrimonial. Pero si se trata del secreto profesional que el heredero llegó a conocer por haber poseído los documentos u objetos que lo contenían, ¿contrajo dicho heredero, por efecto de la sucesión, la obligación civil de guardarlo?

Nuestra respuesta es negativa. El heredero no es profesionista y aun en el caso de que lo fuere, no conoció el secreto en ejercicio de su profesión, sino por efecto de la herencia. No le alcanza la obligación del secreto profesional como tal. Pero ello no quiere decir que ese heredero tenga derecho a revelar los secretos que lleguen a su conocimiento.

Hemos sostenido antes que el secreto profesional, propiamente dicho, puede tener origen en un contrato, pues nada hay en su naturaleza que se oponga a ello. Pero también sostuvimos que no necesita forzosamente de ese contrato para existir. Puede darse sin que haya convenio alguno. Y es que en la base de todo secreto profesional, existe un deber general de reserva, un secreto simple que existe para todos y que se funda en el deber general que tienen de no dañar a los demás, de no lesionar los bienes que están jurídicamente protegidos.⁴¹ El secreto profesional no hace sino agravar esta obligación, como podrá observarse cuando estudiemos su fundamento ético en el capítulo correspondiente. Y el incumplimiento de tal obligación de secreto simple, que recae sobre toda persona, engendra responsabilidad civil a su cargo por el daño que cause. El heredero que revela un secreto sin carácter profesional para él, pero que tuvo ese carácter para el autor de la sucesión, comete un hecho ilícito si daña con esa revelación, ya que se coloca en el supuesto previsto por el artículo 1910 del Código Civil por causar daño a otro, obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres.

En suma, la obligación de no revelar, que incumbe al heredero, no proviene para él de una supuesta transmisión hereditaria, sino de la obliga-

⁴¹ Este tema lo trataremos en el último capítulo al hablar del secreto natural.

ción general que tiene de no dañar a los demás. El secreto —profesional o no— es una obligación civil que no se transmite por herencia, pues no es de carácter patrimonial sino social. Compete a todo el que vive en sociedad, y por ese solo hecho, aun cuando su exigencia sea mayor en el caso del profesionista, en atención a la importancia de las funciones que realiza o del convenio concertado por él con su cliente.

Una última situación puede presentarse con relación al tema que aquí examinamos. Se da cuando el profesionista ocasiona que pasen a sus herederos los documentos u objetos en que se encuentra el secreto, por no haberlos devuelto en vida oportunamente y sin razón alguna a la persona a quien debió hacerlo. Esta negligencia del profesionista puede haberlo hecho incurrir en responsabilidad civil, que será transmisible a sus herederos por constituir una obligación hereditaria, de acuerdo con lo que expusimos al comenzar a tratar este tema.

VIII. Procede ahora examinar cómo es que si el secreto en general constituye una obligación civil de carácter social, por el deber general que se tiene de no dañar a los demás, puede no obstante tener su origen en un contrato el secreto del profesionista.

Ya hemos dicho que este último se diferencia del primero por su mayor exigencia, o sea por la estrictez con que debe ser tratado. Ello se debe en primer lugar, como ya expresamos, a la importancia de las funciones que realiza el profesionista y a la necesidad que hay de proteger a la sociedad contra todo abuso o falta en ellas cometida. Igualmente se debe al hecho de que, si existe convenio —expreso o tácito— entre el profesionista y el cliente sobre la guarda del secreto, su incumplimiento por parte del primero constituirá una forma de deslealtad o traición que le da una nota de mayor gravedad que la que presenta el incumplimiento de otras obligaciones especiales nacidas de un contrato o el de obligaciones generales de carácter social, cuyo incumplimiento configura el hecho ilícito. Enneccerus ha visto muy bien esto como lo revela el siguiente párrafo suyo:

Es muy discutida la cuestión de si en tales casos se aplican juntamente y hasta qué punto las normas de los delitos y las de los contratos. Algunos, aisladamente, entienden que las disposiciones relativas a los delitos son desplazadas por las disposiciones especiales del derecho de obligaciones. Otros muchos creen que de semejante supuesto de hecho sólo surge una pretensión, cuyo contenido se determinará conforme a los principios de ambos órdenes jurídicos, siempre que una de las normas, en concepto de *lex specialis*, no excluya de antemano la aplicación de la otra (la llamada teoría de la concurrencia de las leyes). En definitiva, se ha impuesto, apoyándose en la sentencia fundamental del Tribunal del Reich de 13 de octubre de 1916, la opinión de que, en principio, se aplican juntamente las normas de los contratos y de los delitos,

naciendo en consecuencia dos pretensiones concurrentes (teoría de la concurrencia de pretensiones). El deber jurídico general, cuyo quebrantamiento constituye el acto ilícito, no puede ser eliminado por la circunstancia de que un contrato fuera lo que primero haya dado la posibilidad de la intervención contraria a derecho en la esfera jurídica de los bienes de otro. El contrato robustece el deber jurídico general, pero no lo suprime.⁴²

Por lo tanto, el convenio puede agravar la obligación de reserva que ya existe de antemano. No la suprime, tan solo la modifica creando una obligación mayor y por ello se explica que en caso de revelación de secreto profesional la responsabilidad sea mayor que cuando se trata del secreto general ordinario.

En cuanto a la posición adoptada por los tribunales de nuestro país, es interesante el criterio que la Suprema Corte de Justicia expresa en la siguiente ejecutoria:

Tratándose de responsabilidad derivada de algún acto ilícito, de dolo o de culpa grave, no puede decirse que tal responsabilidad tenga como base el incumplimiento del contrato, porque esos actos trascienden al contenido y alcance de la convención. Quien intencionalmente causa un daño a otro es responsable de esos actos, independientemente de que exista entre él y la víctima un vínculo contractual. El que incurre en falta grave y causa con ello daños que van más allá del incumplimiento del contrato, como sería la muerte de los pasajeros en el transporte, incurre en responsabilidad extracontractual. Los actos que dan origen a este tipo de responsabilidades, colocan al causante en la condición de un tercero extraño.

Añade la misma ejecutoria:

En consecuencia, la responsabilidad extracontractual, sea por acto ilícito o por el uso de instrumentos peligrosos, es independiente de que haya o no contrato. Una empresa de transporte es responsable del daño que cause con los vehículos con que presta el servicio, tanto respecto de los pasajeros como de los simples transeúntes. Sería contrario a la equidad que dicha responsabilidad estuviera sujeta a normas distintas, sólo por el hecho de que en un caso haya contrato y en otro no... Hay casos en que concurren dos tipos de responsabilidades, la derivada del simple incumplimiento del contrato y la proveniente del uso de instrumentos peligrosos, entonces pueden ejercitarse a la vez dos acciones...⁴³

Este intrincado tema de la acumulación de responsabilidades, contractual y extracontractual, ha sido ampliamente estudiado por Savatier, quien plantea el problema en los siguientes términos:

⁴² *Op. cit.*, t. xxv, cap. 226, núm. II, p. 618.

⁴³ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. LIX, 4ª parte, amparo directo 1443/61. Autobuses de Occidente, S. A., p. 211. Similar tesis está sostenida en los amparos directos 1445/61, 1447/61, 1449/62 y 1451/62.

Una misma persona, a propósito de un hecho único, ¿puede invocar, a la vez, una responsabilidad contractual y una responsabilidad delictual, contra un mismo transgresor? Se trata, en realidad, más de una opción que de una acumulación, pues es cierto que el mismo perjuicio no podría ser dos veces reparado...⁴⁴

En realidad el problema consiste en determinar si el daño causado por el incumplimiento contractual puede distinguirse siempre del daño causado por el hecho ilícito, cuando los dos coexisten juntos, o si, por el contrario, se identifican ambos daños, porque el hecho que los causa es uno solo y constituye a la vez que un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato. En el primer supuesto podrán ejercitarse a la vez las dos acciones por el dañado, como dice la ejecutoria antes transcrita, mientras que en el segundo tendrá que elegir una sola de las dos, para evitar la reparación doble, como ha hecho notar acertadamente Savatier.

Sin embargo, a pesar de que este autor llega al término de sus razonamientos a una conclusión correcta, a nuestro modo de ver, no deja de hacer en aquéllos un plantamiento defectuoso del problema que lo lleva a consideraciones a veces contradictorias sobre el mismo, como puede verse en los siguientes párrafos:

La violación de compromisos contractuales engendra exclusivamente una responsabilidad contractual. Para que una acumulación de responsabilidades sea concebible, se requiere que una falta dañosa diversa se añada a esta violación. Y esto supone a la vez, dos cosas: de una parte que el hecho incriminado haya sido la violación de un deber independiente del contrato, por ejemplo, de una obligación legal exterior, o de un deber moral distinto, tal como el de no mentir; de otra parte, que el daño causado por este acto exista independientemente del contrato, en otros términos, que el acto incriminado haya atentado contra un bien patrimonial o moral perteneciente a la víctima fuera del mismo contrato.

Y más adelante continúa diciendo el referido autor:

En virtud de la segunda idea, ninguna acumulación de responsabilidad se concibe si el daño sufrido por la víctima consiste solamente en la pérdida de las ventajas que le hubiera procurado la ejecución del contrato. Cuando un arrendatario se queja solamente de no gozar de la cosa arrendada, su queja, cualquiera que sea la falta cometida, no tiene otro fundamento que el contrato, y la responsabilidad que invoca no puede ser sino contractual; pero si, a consecuencia de una falta distinta del arrendador, ha sufrido un accidente personal, o si los muebles que tenía en la casa han sido deteriorados, entonces, este perjuicio particular puede ser invocado en una acción delictuosa.⁴⁵

⁴⁴ *Op. cit.*, tomo 1, cap. iv, sección iv, núm. 142, p. 192.

⁴⁵ *Op. cit.*, t. 1, cap. iv, sec. iv, núm. 152, pp. 199 y 200.

Ahora bien, en las anteriores situaciones que presenta Savatier, no puede decirse que exista en realidad acumulación de responsabilidades, pues si los daños pueden distinguirse claramente entre sí, lo mismo que las causas que los producen —incumplimiento contractual y hecho ilícito— la consecuencia forzosa es que son separables tanto aquéllos como éstas, lo cual impide que haya verdadera acumulación. Esta última sólo surge cuando el mismo acto constituye a la vez que un hecho ilícito, una violación al contrato, unificándose en tal caso las consecuencias lesivas de aquél. Así como en materia penal existe la posibilidad del llamado concurso formal, consistente en que una misma conducta puede a la vez constituir dos o más delitos diversos, porque coincide con los tipos que de cada uno de ellos presenta la ley, de igual modo en la materia de responsabilidad civil puede ocurrir que una misma conducta —hecho u omisión— contravenga a la vez una estipulación del contrato y una norma legal imperativa y extracontractual.

El mismo Savatier reconoce esto último en párrafos posteriores a los que ya transcribimos, al decir:

Cuando dos faltas, la una contractual, la otra delictual, coexisten, se necesita todavía que la utilización concurrente de la una o de la otra sea conciliable. Ahora bien, el contrato puede hacer obstáculo a la utilización de la falta delictual. Poco importa que, conforme a una jurisprudencia por otra parte absoluta, las cláusulas de no responsabilidad estén prohibidas en materia delictual, no es menos verdadero que el contrato puede ser construido de tal manera que no deje concebir, en ciertos apartados, el uso de una responsabilidad delictual, porque él la absorbería en la responsabilidad contractual.

Y en principio, creemos que, de un modo general, el simple deber de no dañar a otro, aunque él pueda, en ausencia de todo contrato, fundar una responsabilidad delictual, es recubierto y absorbido por el contrato, siempre que la causa del daño reside exclusivamente en la inejecución de un compromiso contractual. Aun si la inejecución por el arrendador de sus obligaciones, deteriora los muebles del arrendatario, pensamos que la falta cometida es contractual, porque el deber general de no dañar a otro está aquí absorbido, para el arrendador, con respecto al arrendatario, por sus obligaciones contractuales. Pero sería de otro modo, como lo hemos dicho, si el arrendador hubiera violado, además del contrato, determinados deberes impuestos a él por la ley y la moral.⁴⁶

En cuanto a la expresión final del último párrafo, debió haber precisado Savatier. Si la conducta del arrendador que viola “además del contrato, determinados deberes impuestos a él por la ley y la moral”, es una sola, habrá acumulación verdadera; si son diversas las conductas violatorias no existirá esa acumulación. Y es que en realidad el contrato puede redactarse, como lo acaba de decir este autor, poniendo el dedo en la

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 200-201.

llaga del problema, de modo que en sus cláusulas no haga sino reiterar obligaciones o prohibiciones ya consignadas en la ley,⁴⁷ en cuyo caso toda violación a ellas motivará a la vez responsabilidad civil contractual y extracontractual.

La conclusión a que después de todo lo anterior llega Savatier, nos parece correcta si se aplica a los casos de acumulación verdadera, ya que sostiene el derecho del dañado para elegir la acción que ha de ejercitar. Expresa esta conclusión en los siguientes términos:

Quando las condiciones que preceden son cumuladas, la víctima del daño tiene la elección de ejercer la acción contractual o la acción delictual.⁴⁸

De modo que si hay auténtica acumulación, la víctima tiene dos derechos para exigir la reparación del daño y puede optar por cualquiera de ellos, mientras que la ley no le restrinja de modo expreso esa posibilidad. Pero, cuando no hay acumulación verdadera sino simple concurrencia de responsabilidades, sí podrá el afectado exigir la reparación por ambas, ya que son independientes los daños, ejercitando las acciones que corresponden a las dos.

Tal es, a nuestro modo de ver, la solución correcta que en principio debe darse a este problema. La cuestión, sin embargo, permanece discutida como lo revela la opinión contraria de Gabriel Marty, para quien la responsabilidad contractual debe hacerse valer con preferencia a la delictuosa, teniendo esta última sólo una función subsidiaria. Esta idea la expresa como sigue dicho autor:

Queda una cuestión delicada. Entre contratantes, y cuando el contrato reglamenta ya la responsabilidad, ¿puede aplicarse también la responsabilidad delictuosa, si se reúnen sus condiciones? ¿Debe darse al acreedor la elección entre ambas responsabilidades? Este problema es el de la acumulación de las dos responsabilidades y de la opción entre ellas. . .

Y después de examinar las diferencias que a su juicio hay entre ambas responsabilidades, añade lo siguiente:

Una vez dicho lo anterior, ¿qué debe decidirse? ¿Puede acumularse, entre contratantes, la responsabilidad delictuosa con la contractual?

Tal parece que debe contestarse negativamente. En efecto, si se introduce la responsabilidad delictuosa en el contrato, se corre el riesgo de modificar totalmente su equilibrio. . .

⁴⁷ Estas obligaciones o prohibiciones tendrán que ser de aquellas cuyas violación constituye un hecho ilícito extracontractual, no de las que son aplicables supletoria o imperativamente a los contratos, pues en este caso su incumplimiento sólo producirá responsabilidad contractual.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 202.

Por último, dice Marty:

Puede expresarse lo anterior en otra forma: la acción de responsabilidad delictuosa, como la de enriquecimiento sin causa, sólo tiene carácter subsidiario. No debe ella modificar el equilibrio de las instituciones jurídicas y, principalmente, de los contratos. De lo contrario, como se ha dicho, la responsabilidad civil absorbería las reglas del derecho (H. Mazeaud, D. H., 1935, Chr., p. 5).

La jurisprudencia ha estado muy dividida sobre el problema de la acumulación de las responsabilidades. Pero falla en el sentido indicado, cada vez con más frecuencia (negando la acumulación. . .).

Puede considerarse definida en este sentido, por lo menos siempre que haya interés en escoger y que se haya planteado claramente la cuestión. . .

Si esta opinión es exacta, puede concluirse que la responsabilidad delictuosa se aplica siempre que no se trate de un daño derivado de una situación contractual y regida por el contrato.⁴⁹

¿Será debido dar preferencia a la responsabilidad contractual frente a la delictuosa, como sostiene Marty, asignando a esta última solamente una función subsidiaria respecto de aquélla? La razón que invoca este autor es que "si se introduce la responsabilidad delictuosa en el contrato" se corre el riesgo de modificar totalmente su equilibrio. Pero quizá con el mismo derecho se podría dar razón en contrario, argumentando que si se introduce la responsabilidad contractual en la delictuosa, transformando en obligaciones contractuales las que establece la ley con carácter general, fuera de todo convenio, se corre también el riesgo de romper su equilibrio a la responsabilidad civil por hecho ilícitos, responsabilidad esta última que generalmente se funda en razones de orden público.

En realidad sería más fácil resolver el problema, en el caso del secreto profesional, negando a éste la posibilidad de un origen contractual, como lo hacen en su mayor parte los autores modernos, porque así se suprime la acumulación de responsabilidades dejando solamente subsistente la de carácter extracontractual. Pero ello no va de acuerdo con las ideas nuestras que antes hemos expuesto. Buscar la solución fácil resulta cómodo y permite alcanzar ésta con mayor rapidez, pero ello no conduce necesariamente a la verdad, que es el fin a que debe tenderse en toda investigación. Prescindir de la búsqueda de la verdad no es resolver el problema, sino tan sólo eludirlo. Y ello no se justifica por motivos de facilidad para el investigador.

IX. Otro tema de gran interés que se ha suscitado, sobre todo en los últimos tiempos, en torno al secreto profesional y siempre en relación

⁴⁹ *Op. cit.*, vol. 1, t. II, cap. II, núm. 2, pp. 271 y ss.

con el aspecto civil de la obligación es el alcance que ella tiene para los auxiliares del profesionista. La vida moderna ha hecho bastante más complejo que antaño el ejercicio de las profesiones. En el caso particular de los notarios resulta más ostensible esta evolución. ¿Quién puede en la actualidad ejercer profesionalmente sin ser ayudado por auxiliares no profesionales, que por la necesidad de su intervención acaban siendo sabedores de muchos de los secretos confiados al profesionista o percibidos por él. Seguramente son pocos y de escasa importancia los casos que escapan hoy en día a esta necesidad, pues la mayoría de los profesionales requieren un número variable de auxiliares, como secretarios, practicantes, pasantes, escribientes, etcétera. Los empleados de oficina del abogado o del notario comparten en gran medida con su patrón los secretos profesionales de éste. ¿Hasta dónde llega en esta materia la responsabilidad de esos empleados? ¿Hasta dónde la de sus patrones por los actos de ellos?

La inquietud por contestar a estas preguntas se ha revelado en algunos de los trabajos presentados al Quinto Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en 1958 en la Ciudad de Roma. Así, Eduardo Bautista Pondé expresó en aquella ocasión:

El desenvolvimiento de una notaría no está restringido a la función personal y directa del escribano. Cooperan con él, en intenso grado de intimidad, un conjunto de colaboradores partícipes activos de la concreción del acto notarial definitivo a quienes es menester interiorizar de algunos aspectos en ocasiones lindantes con la esencia de lo más reservadamente confiado al escribano. Las más de las veces, aún cuando el notario no exteriorice ni de parcial manera lo tratado en la intimidad de la consulta, la experiencia de años de labor, la repetición de situaciones similares y la agudeza que suele ser corriente en el empleado de escribanía, la compenetra, o le hace intuir con la firmeza de la certidumbre, la faz sustantiva creadora del negocio jurídico. En mayor o menor grado, directa o indirectamente, la verdad es que son depositarios de hechos cuya divulgación puede perturbar socialmente en la medida y dentro de los lineamientos que el secreto profesional es estimado de orden público.

Y más adelante añade:

Es norma que debe entenderse inamovible que todo aquello que esté prohibido revelar al escribano, debe estarle también vedado al empleado de la notaría. Negar este principio sería corroer el basamento del secreto profesional desde que, indirectamente se produciría la develación, burlándose así su contenido de orden público.⁵⁰

Roque V. Pondal, por su parte, matizó en aquella ocasión la importancia del problema, al decir:

⁵⁰ "El secreto en el ejercicio del notariado", en *Revista Internacional del Notariado*, enero-marzo de 1958, núm. 37, p. 94.

Implicitamente, el deber de guardar el secreto profesional para los clientes del notario, se relaciona con las calidades del mismo en el sentido de saber elegir a sus auxiliares de más confianza y sólo depositar en ellos la reserva a la cual están personalmente comprometidos.⁵¹

A Eliseo J. Guardiola preocupó, como consecuencia de lo anterior, la formación moral y técnica de los auxiliares del notario, según lo dejó expresado en estos párrafos:

Aunque los preceptos de la legislación de fondo comprenden a los empleados en términos genéricos y por consiguiente en forma singular a los de escribanía, resulta necesario en primer término, que se organicen sistemas de estudio, de acuerdo con las necesidades y modalidad de cada límite jurisdiccional, con el objeto de que los empleados de escribanía, adquieran títulos idóneos, que los capaciten técnica, profesional y jurídicamente, para el mejor desempeño de sus funciones.

No corresponde en esta oportunidad, nada más que enunciar la conveniencia de que se implanten tales centros de enseñanza profesional, de modo que tanto los programas de estudio y demás detalles de su organización, se emiten en esta ocasión, pero sin desaprovechar la oportunidad, que los mismos, además de la enseñanza teórica práctica, deben contener una materia que trate expresamente sobre el problema ético, del secreto profesional.⁵²

Como consecuencia de estas ponencias y de otras no menos interesantes, el Congreso Internacional del Notariado Latino tomó en aquella ocasión entre sus acuerdos el siguiente: "IV. Los colaboradores del notario están obligados a guardar el mismo secreto".

Al empleado del profesionista lo obliga en nuestro derecho la guarda del secreto. La Ley Federal del Trabajo señala entre las obligaciones del trabajador:

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

y entre los motivos que justifican el despido del mismo trabajador, sin responsabilidad para el patrón se encuentra:

IX. Revelar el trabajador los secretos de fabricación o de dar a conocer asuntos de carácter reservado con perjuicio de la empresa" (artículos 134 y 47, respectivamente).

⁵¹ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, núm. 37, p. 112.

⁵² "El secreto profesional del notario y de sus empleados" en *Revista Internacional del Notariado*, octubre-diciembre de 1957, núm. 36, p. 548.

La responsabilidad penal en que incurre el empleado revelador, no profesionalista, es la que sanciona el artículo 210 del Código Penal, estudiado ya en el anterior capítulo, que se refiere de manera expresa a los secretos conocidos con motivo del "empleo, cargo o puesto". Finalmente, la responsabilidad civil también lo alcanza, como veremos más adelante al estudiar algunos preceptos de nuestro Código Civil.

Hasta aquí estamos en presencia de responsabilidades directas, de carácter personal, respecto de las cuales difícilmente puede haber duda. Pero donde surgen los problemas es al tratar de la responsabilidad que el profesionalista tiene por las faltas de sus empleados. En nuestro derecho ésta se minimiza, pues la responsabilidad penal del empleado no puede afectar al patrón, tanto por la prohibición constitucional del artículo 22, como por la disposición del artículo 10 del Código Penal que establece: "La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley."⁵⁸ En cuanto a la responsabilidad civil, prácticamente la elimina el artículo 71 de la Ley Reglamentaria del Ejercicio Profesional, que expresa:

Los profesionistas serán civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de trabajos profesionales, los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección, siempre que no hubieran dado las instrucciones adecuadas o sus instrucciones hubieren sido la causa del daño.

Disposición criticable ésta, no sólo por el error técnico consistente en hacer que un ordenamiento administrativo salga de su propio ámbito al regular la responsabilidad civil que le es ajena, sino, sobre todo, porque reduce la responsabilidad del profesionalista a la culpa propia, eximiéndolo por completo cuando la culpa es del empleado. Esto parece ir en contra de diversos principios doctrinales y éticos de general aceptación y de racional fundamento que en este delicado problema entran en juego, como veremos en seguida.

Por una parte, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual —o sea la que proviene de los hechos ilícitos— se halla expresamente admitida, en algunos casos, la responsabilidad por hechos ajenos, aunque de manera limitada y restringida casi siempre, ya que tales casos constituyen otras tantas excepciones al principio de la responsabilidad personal, o sea a la regla de que solamente somos responsables

⁵⁸ Según los doctores Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas sería inconstitucional cualquier ley que estableciera excepción alguna al principio de la responsabilidad personal, como lo permite, en su parte última, el artículo 10 del Código Penal, pues la prohibición del artículo 22 constitucional es absoluta.

de la conducta propia, por el dolo o culpa propios, y no de la que observan los demás, puesto que la voluntad de ellos no puede ser controlada por nosotros, en términos generales. Sin embargo, cuando puede existir un principio de ese control, por la influencia que ejercemos sobre los demás o por la dependencia en que se encuentran ellos a nuestro respecto, llega a imputársenos, para efectos civiles, su conducta, haciéndonos responsables de la misma si es ilícita. Tal ocurre a los que ejercen la patria potestad, por los hechos de quienes están sujetos a ella, siempre que estos últimos estén bajo su poder y habiten con los primeros (artículo 1919 del Código Civil). Lo mismo acontece a los directores de colegios o talleres y a los tutores que tienen a menores de edad e incapacitados bajo su vigilancia o cuidado y sometidos a su autoridad (artículos 1920 y 1921 del mismo Código). Por último, la relación de trabajo responsabiliza también, en algunos casos, a los patrones por los hechos de sus empleados o trabajadores, como acontece en los supuestos que prevén los artículos 1923, 1924 y 1925 del Código Civil, que se refieren a los maestros artesanos respecto de sus operarios, a los patrones y dueños de establecimientos mercantiles, respecto de sus obreros y dependientes y a los jefes de casa o dueños de hoteles o casas de hospedaje, respecto de sus sirvientes. También el Código Penal, en su artículo 32, al regular la obligación de reparar el daño causado por delitos, cuando ella es exigible a personas diversas del autor, reconoce en términos casi iguales a los anteriores la responsabilidad civil por conductas ajenas. En cambio, respecto de los profesionistas, ninguno de los dos Códigos contiene disposición expresa alguna, existiendo solamente como única aplicable a ellos, la del transcrito artículo 71 de la ley que reglamenta las profesiones, precepto éste que, como vimos, reduce la responsabilidad del profesionista por faltas de sus empleados, sólo a dos casos: 1º cuando esa falta se debe a omisión del profesionista en las órdenes que debió haber dado y no dio, para que la conducta de su empleado fuera correcta y 2º cuando la falta de este último se debe a la obediencia que prestó a una orden incorrecta del patrón que fue así, por tanto, quien mandó cometer el hecho dañoso.

Si examinamos los diversos casos que acabamos de señalar, en que los Códigos Civil y Penal, responsabilizan —sólo civilmente— por conductas ajenas, podemos hacer algunas observaciones. La primera es que en casi todos esos casos existe una aceptación previa de la obligación, por parte del sujeto responsabilizado, pues con excepción de la patria potestad, cuando es ejercida ella por los abuelos y no por los padres (artículos 412 y 418 del Código Civil), puede decirse que en todos los demás casos, es la voluntad de dicho sujeto, de colocarse en la situación responsabilizante prevista por la ley, la que lo hace quedar obligado. Aun en el caso de excepción que acabamos de señalar, o sea el de los abuelos, podría

sostenerse que no deja de tener intervención la voluntad de ellos como acto condición para dejarlos obligados, ya que, por una parte, quien acepta la paternidad por el hecho voluntario de la generación, acepta con ella las obligaciones inherentes a la patria potestad, no sólo respecto de los hijos, sino también, eventualmente, de los nietos y, por otra parte, debe notarse que los abuelos pueden quedar fácilmente colocados en alguno de los casos en que hay excusa para ejercer la patria potestad, señalados por el artículo 448 del Código Civil.

La segunda observación que procede hacer respecto de los casos de responsabilidad civil por conductas ilícitas ajenas, nos pone en la necesidad de dividir esos casos en dos grupos. El primero lo forman las situaciones de responsabilidad por conductas de menores o incapacitados, debido al ejercicio de la patria potestad, tutela y actividades auxiliares de éstas, como son las que ejercen los directores de colegios y talleres, actividades que la ley no señala en forma limitativa, ya que la palabra "etcétera" contenida en el artículo 1920 del Código Civil, permite extender sus efectos a otras situaciones similares no mencionadas en la ley expresamente, que impliquen vigilancia de menores o incapacitados, tales como las de orfanatos, hospitales psiquiátricos y demás. El segundo grupo lo forman los restantes casos o sea aquéllos en que existe relación de trabajo y el patrón es responsable —sólo en los supuestos limitativamente enumerados en la ley— por los hechos ilícitos del trabajador.

Existe una diferencia importante entre ambos grupos, en cuanto a la determinación del responsable último de daño; en el primer grupo ese responsable es el encargado del menor o incapaz y éste solamente lo es cuando no existe tal encargado o no puede responsabilizársele, atento a lo dispuesto por el artículo 1911 del Código Civil; en el segundo grupo el responsable último es el trabajador, que fue quien realmente causó el daño, ya que el patrón que paga por él, tiene derecho a repetir en su contra, conforme al artículo 1927 del mismo Código. Además, no puede negarse al dañado el derecho de exigir reparación directamente del trabajador, si así le conviniere, atento a lo dispuesto por el artículo 1926 de este Código.

Es indudable que en el segundo grupo es más notoria la intervención de la voluntad. Hay un contrato entre patrón y trabajador y también, por regla general, hay un contrato entre el patrón como empresario con el tercero que sufre el daño, por ser su cliente o consumidor. Es a través de esta doble relación contractual que opera la responsabilidad civil del patrón por los hechos ilícitos de su trabajador. El primero presta una especie de caución por el último, que no queda exento de responsabilidad. El legislador ha considerado esto necesario como una garantía para el tercero, atenta la escasa solvencia en que, por regla general, se

halla el trabajador. Pero esta caución se limita —por eso mismo— a los daños que el trabajador cause en el desempeño de su cargo, no en tareas o actividades ajenas a él, de acuerdo con lo dispuesto por los citados artículos 1923, 1924 y 1925 del Código Civil.

Marty ha hecho ver las dificultades que se presentan algunas veces para determinar si el daño ha sido causado o no en el desempeño del trabajo. Se expresa como sigue este autor:

Es necesario que el empleado haya causado el daño por su culpa en las funciones que el comitente le ha confiado (véase artículo 1834).

¿Cuándo puede decirse que el hecho perjudicial se ha cometido en el ejercicio de las funciones ordenadas por el comitente?

Ninguna dificultad hay si el empleado causó el daño por un acto perteneciente a su función, sea por orden del comitente, sea por su propia iniciativa. Ciertamente resulta comprometida la responsabilidad del comitente.

Tampoco hay dificultad alguna si, a la inversa, el empleado causó el daño por un acto que no tenga ninguna relación con su función.

Ejemplo: después de haber salido del trabajo, un empleado mata a su rival. . .

Pero es mayor la dificultad cuando el empleado causa un daño mediante actos que no constituyen ejercicio de su función, pero con motivo de ésta se le presenta la ocasión o se le brinda el instrumento para cometerlos. Agrúpanse estas hipótesis bajo el título "abuso de función".⁵⁴

Pensamos que, en realidad, todo daño causado por el trabajador, en el desempeño de su cargo, tiene que constituir siempre un abuso de función. De lo contrario tendríamos que reconocer la ilicitud intrínseca de ésta. Pero si tal función es legítima, sólo extralimitándose en el ejercicio de ella se puede causar daño sin derecho.

Es pues de esta extralimitación de la que el patrón queda responsable, ya que normalmente —no siempre— está en posibilidad de evitarla mediante la selección cuidadosa de sus trabajadores y mediante la vigilancia del desempeño que hacen ellos de las actividades que realizan bajo sus órdenes.

Esa responsabilidad debe —en principio— existir para el profesionista, cuando es él quien contrata libremente a sus colaboradores y cuando está en posibilidad de vigilar su actuación. Por eso nos parece criticable la disposición contenida en el artículo 71 de la Ley reglamentaria de las profesiones, a que antes nos hemos referido. No se puede eximir de responsabilidad civil al profesionista por la conducta ilícita de sus colaboradores, tan sólo porque compruebe haberles dado las órdenes requeridas por el trabajo y que ellas fueron atinadas. También debe estar obli-

⁵⁴ *Op. cit.*, t. II, cap. II, núm. III, p. 346.

gado a vigilar el cumplimiento de tales órdenes y a impedir su desobediencia, por los medios que estén a su alcance. No exigirle esto último sería colocar legalmente al profesionista en situación más ventajosa que a los otros patrones a quienes responsabiliza la ley (hoteleros, comerciantes, etcétera), siendo que precisamente el profesionista, por su mayor preparación cultural y técnica y por la importancia de los servicios que presta, debe ser más responsable socialmente que éstos.

Sin embargo, el caso del secreto profesional debe ser considerado separadamente. Si el trabajador o ayudante revelan ¿debe hacerse civilmente responsable al profesionista por los daños que con esa revelación se causen?

En principio creemos que no, pues ya hemos visto lo difícil que es controlar la conducta de una persona en lo tocante a la reserva, sobre todo si se tiene en consideración que el secreto puede ser revelado ilícitamente por el auxiliar, fuera de las horas de trabajo y aun después de haber dejado el empleo o cargo, casos en los cuales ya no está trabajando bajo las órdenes ni vigilancia del profesionista. Sólo recaerá sobre éste responsabilidad civil, en caso de que se le compruebe haber hecho una elección notoriamente desacertada de su colaborador, dados los antecedentes personales del mismo (culpa lata), o bien que la revelación se produjo por falta de custodia de parte del empleado de documentos u objetos, falta que el patrón pudo evitar, y también, con mayor razón, en caso de haber dolo de su parte; pero no en otros supuestos diferentes.

Hasta aquí hemos visto a la responsabilidad del profesionista por hechos ilícitos de sus auxiliares como un caso de responsabilidad civil extracontractual, que es como la ley la contempla, lo mismo que para algunos otros patrones, en los diversos preceptos citados. Pero no debemos olvidar la intervención, que —en diversos grados— puede tener el elemento contractual en esos casos. ¿Volveremos a encontrar también aquí el problema de acumulación de las responsabilidades?

Ya hicimos notar más arriba la presencia de la voluntad del responsable por conductas ajenas, en los diversos casos que la ley enumera, especialmente en los que forman el segundo grupo, o sea aquellos en que, por existir un contrato de trabajo, el patrón queda responsable de los hechos ilícitos de sus empleados. También expresamos antes que en los casos del segundo grupo, la responsabilidad del patrón generalmente surge a través de una doble relación contractual, relación que se da: primero, entre él y su trabajador o empleado y, segundo, entre el mismo patrón —como empresario— y el tercero con quien contrata, como cliente o consumidor suyo, que es normalmente la persona que sufre el daño causado por el trabajador.

A esto último se debe la exigencia de que ese daño, según decíamos,

sea causado en relación con el servicio que el trabajador está obligado a prestar y no en situaciones ajenas a él; servicio del que es beneficiario último el cliente o consumidor del patrón. De otro modo, no podría hacerse responsable a éste de la conducta de los auxiliares que están bajo sus órdenes. Si el hecho lesivo del trabajador no tiene relación alguna con la empresa para la que presta sus servicios, será de responsabilidad suya exclusivamente. De ningún modo podrá alcanzar esa responsabilidad al patrón, pues éste no tiene potestad de mando sobre el trabajador en esas situaciones, ya que su contrato con él no las comprende, ni tampoco tiene —en tal caso— dicho patrón relación contractual alguna con la víctima del hecho ilícito, que lo obligue para con ella.⁵⁵

Podría pensarse en una doble fuente contractual de la responsabilidad del patrón, que existe en todos los casos enumerados por los artículos 1923, 1924 y 1925 del Código Civil (con la sola excepción de los jefes de casa que menciona este último precepto, pues en tal situación, por no haber empresa, no hay relación alguna con el damnificado) y que existe también en el caso del profesionista, que venimos tratando. Parece surgir en todos estos supuestos, como fundamento último de la responsabilidad por la conducta ajena, otra figura jurídica, la promesa por tercero, que la doctrina francesa llama promesa de porte-fort. Borja Soriano la ha explicado diciendo:

Un contratante puede obligarse para con el otro a hacer lo necesario para lograr que un tercero le dé una cosa o ejecute algún hecho a su favor: es lo que los franceses llaman promesa de porte-fort... En tal caso, el primero contrae una obligación de hacer, de ejecutar un hecho propio, sin que pretendan los contratantes que nazca una obligación a cargo del tercero y por lo mismo el contrato es válido.⁵⁶

De lo anterior se desprende que, para dicho autor, es eficaz en nuestro derecho esta promesa y a pesar de no haber precepto alguno que de manera expresa la establezca, hace notar el mismo tratadista, en otra parte de su obra, que el segundo párrafo del artículo 1841 del Código Civil se refiere a ella al regular la validez de la cláusula penal.⁵⁷

Esta promesa por tercero o promesa de porte-fort, que aparentemente constituye una excepción al principio de la responsabilidad personal, no

⁵⁵ No constituye excepción a esta regla la disposición del artículo 1933, según la cual “los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeran de la misma, pues consideramos que este caso ya es de franca responsabilidad objetiva, hasta por el lugar en que se encuentra colocado el precepto.

⁵⁶ *Op. cit.*, tomo I, t. XII, cap. I, núm. 514, p. 333.

⁵⁷ *Op. cit.*, tomo II, t. II, cap. I, núm. 963, p. 104.

es tal en opinión de Planiol, quien formula dicho principio en los siguientes términos:

El hecho que es objeto de la obligación debe ser personal del deudor. ¿Por qué es así? Esto es el efecto de un estado natural, que la ley se limita a reconocer: la independencia respectiva de unos particulares respecto a los otros. Se trata de hacer nacer una obligación a cargo de una persona por efecto de un consentimiento dado en una convención: es muy natural que este consentimiento sea, como lo dice el artículo 1108, el de la parte que se obliga. Nadie puede quedar obligado por contrato, sin haberlo querido, salvo los dementes, los menores cuyo consentimiento es suplido por el de su representante legal. He aquí porque la persona que promete alguna cosa no puede prometer sino su hecho personal; ella debe como decían los romanos, prometer de sí.⁵⁸

Más adelante expone Planiol por qué la promesa de porte-fort no es una excepción a la regla antes expuesta, diciendo que la expresión de la ley

sin embargo, se puede prometer por un tercero prometiendo el hecho de éste. . . , es inexacta y añade este autor: "el que promete por otro de ningún modo promete el hecho de otro; él promete su propio hecho y se compromete personalmente sin comprometer a otro; aquí hay una aplicación pura y simple de la regla y no una excepción".

Y más arriba ha explicado ya el mismo autor por qué es así:

El que promete se obliga a hacer todo lo que se necesita para obtener la firma prometida; su obligación tiene pues un objeto que le es personal: son los esfuerzos, los trámites, los sacrificios de dinero que él deberá hacer para determinar a la persona indicada a dar su consentimiento. Él está pues vinculado por una obligación de hacer; si tiene éxito en obtener el consentimiento del otro, él es liberado si no tiene ese éxito, él falta a su obligación y debe pagar los daños y perjuicios.⁵⁹

Esta solución que da Planiol al problema de la promesa de porte-fort nos parece inexacta. En efecto, no es del todo cierto que quien promete a otro la prestación de un tercero, se obliga solamente a realizar un hecho personal suyo, consistente en desplegar toda la actividad necesaria para que el tercero haga esa prestación. Si así fuera, existirían dos consecuencias, extrañas a la promesa de porte-fort: a) Si el que prometió la prestación del tercero realiza todas las gestiones que están a su alcance y a pesar de eso no obtiene esa prestación, habrá quedado liberado, comprobando que la falta de éxito se debió a causas ajenas a su voluntad

⁵⁸ *Op. cit.*, tomo II, tercera parte, cap. III, núm. 1017, p. 340.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 341.

y b) Si el tercero cuya prestación ha sido prometida, la realiza espontáneamente, aunque no haya quedado obligado él en lo personal, sin haber mediado actividad o gestión alguna del que hizo la promesa, este último, por su negligencia, no habrá cumplido con su obligación y sin embargo habrá quedado liberado.

Parece ser contrario todo esto a la promesa de porte-fort, cuya esencia consiste en que el tercero no obligado a realizar una conducta determinada, libera, realizándola, al obligado, sin representación suya e independientemente de las gestiones que este último realice o no para obtener esa prestación del tercero. La falta de esta prestación sólo puede producir una obligación de indemnizar en todo caso, a cargo del que hizo la promesa.

Resulta sugestiva la idea de explicar los casos a que antes nos hemos referido, en que el patrón queda obligado por la conducta —positiva o negativa— de sus trabajadores o empleados, mediante una promesa de porte-fort hecha por él, al cliente o consumidor suyo con quien contrata. ¿No puede decirse que el patrón ha prometido en tales casos una prestación de quienes están a su servicio, y que cuando éstos no la cumplen queda obligado él a pagar daños y perjuicios a quien se la prometió? Nos inclinamos, sin embargo, a considerar que no es así, por lo menos en el estado actual de nuestro derecho, si se toman en cuenta las siguientes circunstancias.

En primer lugar, los casos en que el patrón queda obligado por hechos lesivos de sus trabajadores, auxiliares o empleados, están comprendidos en nuestro Código Civil dentro del capítulo de responsabilidad extracontractual, no de responsabilidad contractual. Tienen su origen en hechos ilícitos.

En segundo lugar debe hacerse notar que la doble contratación, a que antes nos hemos referido como explicación posible de la responsabilidad del patrón, no existe en todos los casos en que surge esta última, pues, como ya lo hicimos notar, ella falta cuando menos en uno de los supuestos previstos en la ley, que es el de los jefes de casa, responsables por los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, de acuerdo con el artículo 1925 del Código Civil. Aquí la persona que los sufre no está vinculada por ningún contrato con el patrón que deviene responsable. ¿En dónde situar aquí la promesa de porte-fort?

En tercer lugar, cuando se da esta promesa no tiene el beneficiario de ella acción alguna contra el tercero cuya prestación le fue prometida. Este último no queda obligado mientras no acepte. En cambio, en los casos de responsabilidad civil del patrón por hechos ilícitos de quienes están a su servicio, sí tiene la víctima acción directa contra estos últi-

mos, independientemente de toda aceptación de ellos, de acuerdo con el artículo 1926 del Código Civil.

¿Podría decirse que en tales casos la aceptación fue dada de antemano por el tercero, o sea el trabajador, mediante el contrato que tiene celebrado con su patrón, por haberse obligado en dicho contrato a no causar el daño o perjuicio? Pensamos que esto desnaturalizaría la promesa de porte-fort, pues es característica de ella el prometer una prestación ajena, cuya aceptación por el tercero es incierta al momento de hacerse la promesa.

Finalmente, también puede señalarse como otra diferencia más, que la responsabilidad civil puesta por la ley a cargo del patrón por hechos ilícitos de sus empleados, da derecho al primero a repetir contra éstos lo que haya tenido que pagar por concepto de indemnización, de acuerdo con el artículo 1927 del Código Civil, en tanto que en la promesa de porte-fort ningún derecho tiene el que la hace, para repetir lo que tuviere que pagar por daños y perjuicios, contra el tercero cuya prestación prometió, toda vez que este último no pudo quedar obligado, al no aceptar ni cumplir dicha promesa.

Sin embargo, no puede negarse la notoria semejanza que existe entre ambas situaciones: la promesa de porte-fort y la responsabilidad civil del patrón por los hechos ilícitos que cometen quien están a su servicio, en el desempeño de éste. Además, la primera puede intervenir en estos últimos casos para regular convencionalmente esa responsabilidad civil, modificando en cierto modo el alcance que la ley le da. Pero esa modificación creemos que sólo puede ser en el sentido de aumentar la responsabilidad del patrón; nunca para disminuirla, bajando de la establecida por la ley. Y la razón es que la responsabilidad por hechos ilícitos es siempre de orden público y, por lo mismo, no puede, en principio, ser eliminada por convenio.

Savatier ha sostenido a este respecto algunas distinciones que en nuestro derecho nos parecen inaceptables. En primer lugar, afirma que desde que la responsabilidad delictual "es objeto de una cláusula de no responsabilidad, deviene ella, en una cierta medida, contractual"; tesis ésta inadmisibles, ya que entraña una evidente petición de principio; equivale a sostener que cualquier responsabilidad delictual puede hacerse contractual, cuando ya lo es por haber sido objeto de convenio.

En cuanto a la distinción que hace este mismo autor, párrafos más adelante, al decir que

"si la falta viola un deber legal determinado o un deber moral definido, la víctima no puede de antemano renunciar válidamente a la reparación", en tanto que "si la falta viola simplemente el deber general de no dañar a otro,

la víctima puede, en general, renunciar de antemano a una reparación, puesto que ella habría podido también de antemano consentir en el acto dañoso y en el daño".⁶⁰

La estimamos también incorrecta, ya que violar el deber general de no dañar a otro —cuando se carece de derecho para hacerlo— es tan ilícito como violar un deber legal determinado o un deber moral definido.

El derecho para disponer de los bienes propios no faculta para consentir de antemano en su lesión, cuando ella reviste carácter ilícito, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2950, Fracciones I y II, de nuestro Código Civil. Esta disposición se refiere a delito, dolo o culpa futuros, declarando nula toda transacción sobre ellos. La víctima puede válidamente renunciar a su derecho para ser indemnizada de los daños que se le hubieren causado por hechos ilícitos ya consumados, pero nunca al que pudiere llegar a tener por hechos futuros. Esto último equivaldría a legitimar la ilicitud mediante un convenio, lo que es notoriamente contrario al orden público y a la moral.

En conclusión, podemos terminar este capítulo sosteniendo que el profesionista no contrae responsabilidad civil por los hechos ilícitos de sus empleados u otros colaboradores que causaren daño al cliente, particularmente por la revelación de secretos, que es el tema que aquí nos ocupa. El artículo 71 de la Ley Reglamentaria del Ejercicio Profesional, únicamente pone a su cargo las faltas de los empleados o auxiliares debidas a omisión de órdenes del profesionista o a órdenes erróneas que causaren el daño, con lo cual queda éste responsable propiamente de hechos suyos y no de sus colaboradores. Pero en cambio, podrá responsabilizársele civilmente por hechos u omisiones de estos últimos, mediante una promesa de porte-*fort* hecha al cliente prometiéndole la discreción de aquéllos respecto de los secretos conocidos o confiados, la cual será válida. Pero ella tendrá que ser expresa; no podrá ser tácita ni quedar sobreentendida, si se quiere que tenga eficacia para responsabilizar al profesionista por conductas ajenas, de las que las leyes no le hacen responsable.

⁶⁰ *Op. cit.*, tomo II, cap. III, sec. III, núm. 664, pp. 243 y 244.

Capítulo Cuarto: La regulación administrativa	132
I. Las profesiones al servicio de la sociedad. Forma de intervención del Estado en su ejercicio	132
II. La reglamentación de las profesiones y su finalidad. Opiniones de legisladores, juristas y filósofos	136
III. Concepto general de la profesión y de su ejercicio	140
IV. El secreto en la Ley de Profesiones	146
V. La reglamentación profesional como función de policía del Estado	147
VI. Concepto del poder de policía y del orden público	148
VII. El problema de la distinción entre delitos y contravenciones	158

CAPÍTULO CUARTO

LA REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO: I. *Las profesiones al servicio de la sociedad. Forma de intervención del Estado en su ejercicio.* II. *La reglamentación de las profesiones y su finalidad. Opiniones de legisladores, juristas y filósofos.* III. *Concepto general de la profesión y de su ejercicio.* IV. *El secreto en la Ley de Profesiones.* V. *La reglamentación profesional como función de policía del Estado.* VI. *Concepto del poder de policía y del orden público.* VII. *El problema de la distinción entre delitos y contravenciones.*

I. En los capítulos anteriores nos hemos ocupado de exponer nuestro concepto del secreto profesional en general y tras de ello, la forma como el Estado ha procedido a regularlo, ya sea tutelándolo penalmente o bien considerándolo en su aspecto de obligación entre particulares, esto es, de relación privada susceptible de incumplimiento, cuyas consecuencias se producen en el campo del derecho civil.

Pero la importancia social que reviste, sobre todo hoy en día, el ejercicio de las profesiones y la creciente complejidad del derecho positivo moderno, en todos los países, han conducido de modo inevitable a que el Estado regule ese ejercicio también desde el punto de vista administrativo, esto es, considerándolo no ya como una mera relación entre particulares, sino como el ejercicio de una función que interesa por sí misma a la sociedad, función de cuyo correcto desempeño dependen la paz y la seguridad colectivas, la satisfacción de toda una serie de necesidades sociales —ya sea en cuanto a salud, habitación, alimentación, libertad o a otros bienes socialmente valiosos se refiere— y, en suma, la realización de diversas actividades ante las que el Estado no puede permanecer indiferente y en las que tiene que intervenir mediante normas no sólo de índole civil o carácter punitivo, sino también con preceptos de derecho público, propios de un concepto moderno del Estado y de sus atribuciones.

El contenido del derecho administrativo está normalmente determinado —para algunos autores como Fraga— por el concepto de atribuciones del Estado; para otros, por la noción de servicio público.

Cualquiera que sea la posición que a este respecto se adopte, una cosa

es, desde luego, evidente: la primacía de un interés de carácter general, colectivo, que demanda o requiere para su protección la intervención del Estado. Determinar cuándo adquiere carácter general un interés y qué medidas deben ser empleadas para protegerlo, constituyen problemas cuyas soluciones están más allá del Derecho. Dependen —en última instancia— del concepto filosófico-político que se tenga del Estado, de las atribuciones del mismo y de las condiciones requeridas para que pueda decirse que el servicio destinado a un número ilimitado de personas ha adquirido el carácter de servicio público, en el sentido en que jurídicamente se entiende esta expresión, para justificar la intervención directa o por lo menos indirecta del Estado.

Pero, en todo, caso esa intervención parece tener dos características: la primera, es que se realiza con medidas jurídicas de carácter muy diferente al que tienen las del derecho privado, de eficacia ejecutiva muy superior y en las que el interés particular de cada sujeto queda pospuesto o relegado a segundo término, cuando no francamente sacrificado al interés general. La segunda característica, es que se realiza con total independencia de los efectos civiles que pudieran haberse producido en cada situación. Así, por ejemplo, en el caso concreto que estamos estudiando —o sea el de la obligación de reserva por quienes ejercen una profesión y las consecuencias de su incumplimiento— la intervención del Estado habrá de realizarse independientemente de que el profesionista haya contraído o no responsabilidad civil y también independientemente de la magnitud de los daños o perjuicios causados.

Desde que el ejercicio de algunas profesiones, entre ellas la abogacía, ha interesado de manera intensa a la colectividad, el Estado, respondiendo al actual concepto que se tiene del mismo, ha intervenido en mayor o menor grado en ese ejercicio, en la mayoría de los países occidentales. No es que el contrato de prestación de servicios profesionales, que rige las relaciones entre profesionista y cliente haya dejado de existir o haya perdido su carácter civil. Tampoco es exacto que ese servicio, el servicio profesional, tienda a quedar o deba quedar a cargo del Estado, como algunos otros servicios que han sufrido ese cambio. Lo que ocurre, más bien, es que a la clásica relación civil entre profesionista y cliente se ha yuxtapuesto una nueva relación entre el profesionista servidor y el Estado. El doctor Juan P. Ramos, antes citado, expresa en la obra a que ya nos hemos referido, los siguientes conceptos acerca del secreto profesional del médico, conceptos que, por su generalidad, resultan aplicables a cualquier otra profesión, inclusive la del abogado: “no vemos relación entre médico y enfermo que quiere el secreto, sino entre profesión que exige por sí misma la existencia del secreto y médico que conoce algo.

porque se lo dice el enfermo, porque lo ve o porque lo comprueba al actuar como médico"¹

En otros términos, la idea que priva en la actualidad es la de que el cliente no es el titular del derecho al silencio profesional, o por lo menos no es el único titular de ese derecho.

El profesionista que ejerce, sirve, sí, a su cliente, es verdad, pero también sirve a la colectividad en sus actos de ejercicio profesional. Por ello ésta se encuentra tan interesada como aquél en ese ejercicio, hasta el punto de que, cuando no se realiza correctamente, puede hablarse de la existencia de un daño público que se causa además del daño privado o aún sin haberse causado este último.

Gabino Fraga, siguiendo en este punto a Bonnard, clasifica en tres categorías básicas las atribuciones del Estado que le hacen intervenir en la acción de los particulares; a) las que reglamentan la actividad privada, b) las que fomentan, limitan o vigilan esa actividad y c) las que hacen actuar al Estado sustituyendo al particular o por lo menos concurriendo con él en la satisfacción de una necesidad colectiva.²

De estas tres clases de atribuciones, que, como puede observarse, implican grados crecientes de la intervención estatal y que van desde la simple reglamentación de la actividad particular hasta su total exclusión del ejercicio de ciertas actividades que el Estado reivindica para sí, estimamos —ésta es conclusión nuestra y no de Fraga— que la intervención del Estado en el ejercicio de las profesiones, mediante la ley que ahora rige en México y de la cual nos vamos a ocupar más adelante, corresponde a atribuciones de la segunda categoría, esto es, a las que implican fomento, limitación y vigilancia de la actividad privada. En efecto, colocarla en la primera, o sea en las de simple reglamentación —grado mínimo de intervención del Estado— sería debilitar esa intervención hasta el punto quizá de dejar la situación reglamentada a poca distancia de las situaciones civiles, esto es de las de carácter privado que entrañan solamente relaciones entre particulares y de las que antes nos hemos ocupado, a propósito del tema objeto de este trabajo o sea el secreto profesional.

Fraga mismo parece prestarse a esta interpretación que a sus ideas estamos dando, al decir que las atribuciones del Estado de la primera clase, o sean las que reglamentan la actividad privada, se deben a que "los intereses individuales necesitan ser coordinados a fin de mantener el or-

¹ *Curso de derecho penal*, t. v, p. 318.

² *Derecho administrativo*, México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía., segunda edición, 1939, t. 1, cap. 1, p. 8.

den jurídico”³ y a continuación expresa que el Estado “para conseguir este propósito limita la acción de los particulares, declarando los casos en que es ilícita o ineficaz; suple la voluntad de los individuos en las relaciones jurídicas en que no ha sido expresada. . .”. Estas últimas notas, comentamos nosotros, son típicas ya del derecho privado y revelan la proximidad que guarda con éste la primera forma de intervención estatal a que nos estamos refiriendo.

En conclusión, considerar la intervención del Estado en el ejercicio profesional dentro de las atribuciones de la primera categoría, o sea de las de mera reglamentación de la actividad privada, nos parece inadmisibile. Casi no habría diferencia entre esta intervención que es de derecho público y las que tiene el Estado en el derecho privado. Equivaldría a poco menos que considerar la ley que reglamenta las profesiones, como un apéndice del Código Civil.

Pero asumir la actitud opuesta, o sea colocar la intervención del Estado en el ejercicio profesional dentro de las atribuciones de la tercera categoría, nos parece extremo igualmente inadmisibile. El servicio que los profesionistas prestan a la colectividad y en el que ésta se encuentra interesada, está a cargo de particulares. De ninguna manera debe admitirse ni puede desearse —hablamos de la realidad mexicana— la sustitución de aquéllos por el Estado. Ni siquiera la concurrencia de ambos, salvo, claro está, algunos casos excepcionales de limitada aplicación, como sería, por ejemplo, la defensoría de oficio, tratándose de la profesión de abogado y, en relación a otras, podría citarse el caso de los servicios médicos prestados gratuitamente por el Estado o por instituciones descentralizadas. Pero —en principio— es la iniciativa privada, a la acción de los particulares, a la que corresponde prestar el servicio profesional, bien que bajo la vigilancia del Estado. Pretender llevar más adelante la intervención de éste hasta poner a su cargo ese servicio por ser de interés colectivo, no solamente iría contra el espíritu de nuestra actual ley reglamentaria de las profesiones, sino que chocaría con los mismos preceptos constitucionales en que dicha ley se funda. Además, el carácter típicamente técnico y científico del servicio profesional lo hace inadecuado para su prestación por el Estado. En ninguna materia más que en ésta se impone la libertad, desde luego no absoluta, de la iniciativa individual, de la emulación personal entre particulares, por constituir ellas el único ambiente en que puede desarrollarse el genio y en que pueden tener suficiente expresión las facultades creadoras del profesionista, necesarias no solamente para la prestación del servicio en sí mismo, sino también para el progreso científico que a dicha prestación debe ir aparejado.

³ *Op. cit.*, p. 9.

De manera que, no pudiéndose incluir en la primera ni en la tercera categoría de atribuciones del Estado, señaladas antes, la intervención de éste en el ejercicio profesional, optamos por el término medio de considerarla dentro de la segunda clase de atribuciones, esto es, dentro de las que buscan el fomento, la limitación y vigilancia de la actividad privada. Ello implica no solamente excluir la absorción de esta actividad por parte del poder público —extremo estatista— sino también impedir que se debilite su intervención —extremo individualista— hasta el punto de reducirla a mera reglamentación de actos de los particulares, en forma semejante a como lo hace el derecho privado. Parece conducir a esta conclusión nuestra la opinión del mismo maestro Fraga, cuyas palabras citamos una vez más:

La intervención del Estado realizando esta categoría de atribuciones (se refiere a la segunda) tiene el propósito también de mantener el orden jurídico; pero a diferencia de las que forman la primera categoría cuyo propósito es el de coordinación de los intereses individuales entre sí, las de ésta tienden a coordinar esos intereses individuales con el interés público.⁴

Ningún ejemplo mejor, añadimos ahora nosotros, de ese intento de coordinación entre intereses individuales e interés público, que la intervención del Estado mediante disposiciones y actos administrativos en el problema que nos ocupa, el del secreto profesional, típico caso de convergencia de ambos intereses en la común búsqueda de una conducta discreta por parte del profesionista.

II. La intervención del Estado dentro de la esfera administrativa, para regular el ejercicio de las profesiones, se ha realizado en el Distrito Federal mediante la llamada “Ley Reglamentaria de los Artículos Cuarto y Quinto Constitucionales, relativos al ejercicio de las profesiones en el distrito y territorios federales”, de fecha de 30 de diciembre de 1944, ley a la que por brevedad se designa como “Ley de Profesiones” y que es la denominación que habremos de emplear al referirnos a ella en el presente trabajo. El interés social en el ejercicio de las profesiones como fundamental motivo para la promulgación de esta ley y el deseo de protección a los particulares contra la clase profesional, se ponen de manifiesto en las discusiones que dentro de la Cámara de Diputados, en la XXXIX legislatura, se sostuvieron por algunos miembros de ésta sobre el anteproyecto de ley.

Son interesantes a este respecto los conceptos expresados por el entonces diputado licenciado Manuel Moreno Sánchez, al objetar ese anteproyecto en los siguientes términos:

⁴ *Op. cit.*, p. 10.

Una tercera objeción tengo que hacer. Se enumeran profesiones que en mi concepto no deben figurar en esta reglamentación. En efecto, ¿qué nos decía ayer el licenciado Serra Rojas que era la filosofía del proyecto? Nos decía: "hemos elaborado el proyecto, no con la mira de proteger a los profesionistas, sino con la mira de proteger a la sociedad". Esto quiere decir que solamente deben figurar en la ley aquellas profesiones que a la sociedad le interesa que figuren, exclusivamente. Aunque haya otras muchas muy nobles, llenas de perfección, de conocimientos supremos, no podemos aspirar a que figuren aquí, porque a la sociedad no le interesa que figuren en esta reglamentación.

¿Y cuál es el interés social? El interés social consiste en satisfacer las necesidades humanas existentes; que no reciban lesiones los grupos o los individuos por las actividades de una persona; el interés es el de que ciertas necesidades generales que tiene la colectividad, sean satisfechas mediante una reglamentación adecuada. Todo lo que no corresponda a un interés social no tiene razón de figurar en esta ley;...⁵

Más adelante, en otra intervención que tuvo el mismo diputado para sostener que eran solamente las profesiones técnico-científicas las que debían reglamentarse en la ley, por ser las que se aplican a satisfacer necesidades sociales y no al estudio de la ciencia pura, sostuvo lo siguiente:

Señores diputados: suplico a ustedes no pierdan de vista nunca, al momento de votar, cuál es la razón que yo he expuesto. Por lo que se refiere al cambio de la denominación de las profesiones tal como aquí se incluyen, yo he querido evitar la confusión entre la ciencia que se aplica y la actividad económica que es el trabajo de un hombre que aplica esa ciencia y que por medio de esta aplicación, subsiste dentro de la sociedad. No es exacto que estudiar los peces sea una ocupación de las que nosotros vamos a reglamentar, efectivamente es una ocupación estudiar los átomos; pero a la sociedad no le interesa desde el punto de vista social, reglamentar la actividad de quienes estudian las estrellas o de quienes estudian los átomos. Sólo quiere la sociedad que se reglamenten las ocupaciones que tengan importancia inmediata social, de tal manera que al actuar el profesionista pueda dañarla, pueda fraudulentamente perjudicarla, pueda en suma, evitar que se satisfagan las necesidades sociales.⁶

Por su parte el diputado licenciado Andrés Serra Rojas, uno de los autores del anteproyecto discutido, había sostenido antes en ese mismo debate:

Es necesario que nosotros estudiemos estos problemas con plena conciencia, con una total responsabilidad, con la visión puesta en los que forman la gran masa del pueblo, en esa gente humilde y desamparada que fuera de los recintos de esta Cámara sufre y que padece las más graves aflicciones por el ejercicio indebido de profesionistas incapacitados. A ellos es justamente a quienes vamos a llevar los beneficios de nuestra reglamentación; a ellos es justamente a quienes vamos a proveer de elementos capacitados y técnicos; a ellos es a quienes

⁵ *Diario de los Debates*, correspondiente al día 17 de diciembre de 1943, p. 8.

⁶ *Ibid.*, p. 14.

vamos a dar todos los derechos que aseguren su vida y que una ley puede reconocer con toda amplitud.⁷

En las anteriores ideas se pone de manifiesto lo que sobre el carácter proteccionista y eminentemente social de la reglamentación de las profesiones expusimos en el capítulo primero. El propósito de defender al cliente, que forma la clase débil dentro de la relación contractual, contra el posible abuso del profesionista, que constituye la clase fuerte, por ser la que está dotada de conocimientos y en posesión de secretos, es lo que motiva la intervención del Estado para impartir esa protección y, en último término, para mantener con ella la justicia y la paz sociales. De modo semejante a como ocurre en la relación laboral, en que la clase trabajadora necesita la protección que el Estado le da contra el poder del capital, así en la relación profesional esa misma intervención del poder público llega a hacerse necesaria para equilibrar con su peso la relación contractual, desnivelada por la desigualdad de poder entre las partes contratantes.

La función social que los profesionistas desempeñan en el ejercicio de su actividad, también es reconocida por quienes estudian el problema de las profesiones desde el punto de vista filosófico-social. Así, por ejemplo, el Reverendo Padre Antonio Peinador Navarro C. M. F., al preguntarse: ¿Qué es la profesión?, contesta expresando estas interesantes ideas:

En un sentido impropio, la profesión es una ocupación del hombre con fin concreto. Diríamos que objetivamente es aquella realidad material o espiritual que absorbe parte de la actividad del hombre, dando lugar a un quehacer específico. Formalmente es el ejercicio de alguna de las facultades del hombre sobre algo definido y concreto por fines no comunes, sino especiales. Este concepto de la profesión es genérico, porque se reduce al de ocupación o quehacer humano habitual. Es claro, con todo, que la profesión no es sólo eso; que no todas las ocupaciones humanas y habituales son verdaderas profesiones.

Buscando ya los elementos esenciales y característicos de la profesión, podemos definirla como la aplicación ordenada y racional de parte de la actividad del hombre al conseguimiento de cualquiera de los fines inmediatos y fundamentales de la vida humana. Incluimos en la definición formal de profesión lo de ordenada y racional, porque la profesión mira a un fin determinado de los fundamentales en el hombre, para conocerlo en todo lo que él entraña y conocer, como consecuencia, cuanto pueda ser medio para lograrlo u obstáculo para impedirlo: sin verdades o principios que iluminen todo lo que es la exigencia humana de ese fin no se podría dar con la razón formal de él; y sin el esfuerzo de la razón, obrando sobre aquellas verdades, no se llegará al descubrimiento de cuanto conduce a él o de él aparta.

No alcanza, de consiguiente, la categoría de verdadera profesión el mero ejercicio de una actividad, aún espiritual o liberal, con miras sólo económicas.

⁷ *Ibid.*, 16. de diciembre de 1943, p. 16.

Quien por afición pasa su vida ocupado en menesteres que le reportan ventaja y utilidad, en todo rigor, no es un profesional si el servir a los demás no entra en sus cálculos, y, por tanto, no ordena a ese alto fin sus esfuerzos ni acomoda a sus exigencias las normas particulares que presiden su trabajo; falta el orden racional que dirija el empleo de las aptitudes manuales o intelectivas por el cauce de un servicio común, intentado y valorado suficientemente.⁸

Y más adelante añade el destacado moralista:

¿Y es verdad que la profesión es algo más que un convenio mutuo entre dos o entre pocos que se necesitan y que llegan a entenderse para completarse en sus justas apetencias? La profesión, ¿sirve al individuo, pero beneficia a la comunidad como tal, por cuanto el servicio profesional es servicio a la comunidad o, si se quiere, contribución directa al fin social? Vamos a demostrar que sí; que la profesión esencialmente penetra en el constitutivo formal de la sociedad, para no limitarse a una ayuda privada, sino para convertirse en necesidad para el bien común.

Demos por descontado que la paz o el tranquilo disfrute de todo aquello que nos corresponde por naturaleza, y aún de todo aquéllo a que podemos aspirar, supuesta nuestra condición de hijos de Dios, hechos por la gracia partícipes de la Divinidad, es el fin último de la sociedad. Pues si demostramos que la profesión, entendida ya como aplicación ordenada y racional de parte de la actividad del hombre al conseguimiento de cualquiera de los fines inmediatos de la vida, es imprescindible a la sociedad, y precisamente para que ésta pueda cumplir con su destino, habremos demostrado que la profesión penetra en el constitutivo esencial de la sociedad, o sea, que le corresponde, por su misma razón de ser, una función social.⁹

Por su parte, Rodolfo Von Ihering, con la profundidad que le es característica, aborda el tema de la profesión en los siguientes términos:

La profesión es un cargo al servicio de la sociedad. La vocación es una determinada forma de actividad, mediante la cual el individuo se pone de un modo estable a disposición de la sociedad, y ocupa su cargo de servicio social. La palabra vocación, así entendida, está tomada en el sentido social u objetivo, diferente de su expresión subjetiva, que significa la disposición individual, la voz interna que llama (vocare) a cumplir tal tarea con preferencia a otra cualquiera. Si a la vocación en la intención del sujeto se une el fin de vivir, se convierte la primera en una profesión. El individuo vive para su profesión, y vive. . . Sólo el que vive para el trabajo tiene derecho a vivir de él.¹⁰

El optimismo de Ihering con respecto a la mecánica social le hace ver, por efecto de esta función que las profesiones realizan en la sociedad, lo

⁸ *Tratado de moral profesional*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1962, cap. I, núms. 2 y 3, p. 2.

⁹ *Ibid.*, pp. 4-5.

¹⁰ El fin en el derecho, Buenos Aires, Edición Castellana de Bibliográfica Omeba, 1960, cap. VII, núms. 75 y 76, pp. 74 y 75.

que él llama "correlación del número de profesiones con el de necesidades sociales", fenómeno éste que describe en un hermoso párrafo:

Todo esto coloca en plena luz la suprema importancia de la profesión desde el punto de vista social. Cada profesión contiene la organización del género de actividad social que representa: asegura, por sí misma, la satisfacción regulada y constante de las necesidades sociales. El comercio jurídico ha cumplido uno de sus fines cuando ha creado, para este efecto, una profesión especial. Su desarrollo se mide por la perfección con que ha terminado esta organización. Una determinada rama profesional hace falta en el sistema de las relaciones, en una época dada; es que la necesidad de su existencia no se había sentido aún hasta el punto de hacerla surgir en su forma necesaria. En un país en que hay más destilerías de alcohol que bibliotecas o escuelas para mujeres, es evidente que la población siente con más fuerza la necesidad de absorber alcohol que la de velar por la alimentación intelectual o por la educación de la mujer. Hay exacta concordancia entre la estadística de una rama profesional y la intensidad de la necesidad de su existencia. El ejercicio de una profesión llega a ser imposible allí donde no es deseada; surge por sí misma desde que es querida. Ocurre con esto como con el despertar de la naturaleza cuando llega la primavera. Durante el tiempo que el calor requerido permanece ausente, el árbol no brota; brota, es que el calor ha comenzado. Si el comercio jurídico está bien organizado, el sistema de las ramas profesionales debe responder exactamente a las diversas necesidades sociales.¹¹

Finalmente, Ihering reconoce implícitamente, es interesante observarlo, la necesidad de la intervención estatal en el ejercicio de las profesiones, bien que para ello se funda menos en la necesidad de proteger al cliente, que en la de defender la justicia de la retribución debida al profesionista, contra el que pretende obtenerla sin tener este carácter. Así se expresa al respecto:

Con las corporaciones han desaparecido también las penas señaladas a los que rebajaban el oficio; pero el principio que las dictó subsiste siempre, y yo creo que una sana política social debería constantemente cuidar de impedir la concurrencia de aquellos que no pertenecen al oficio. En cada oficio la concurrencia se regula por sí misma; la que viene del exterior hace de la profesión una carrera a campo traviesa; el que no ha sabido colocarse en la línea de partida, se arroja al campo en el primer recodo y aprovecha este avance para robar el salario de los que se han puesto en línea y hecho toda la carrera.¹²

III. Los anteriores conceptos, que, como se ha podido ver, enfocan el problema de las profesiones desde un punto de vista predominantemente sociológico y moral, resultan no obstante de utilidad para la elaboración de un concepto jurídico de la profesión, que es el que aquí nos interesa; es decir, pueden ser una ayuda al determinar lo que para el derecho sig-

¹¹ *Ibid.*, p. 77.

¹² *Ibid.*, p. 81.

nifica una profesión y también para reglamentar el ejercicio de ella. Nuestra Ley de Profesiones se abstiene de dar una definición del término, limitándose a hacer —originariamente en su artículo 2º y después en el 2º transitorio del Decreto que la reformó (31 de diciembre de 1973)— una enumeración de las profesiones que reglamenta, entre las cuales se encuentran las de Licenciado en Derecho, Notario,¹³ Licenciado en Economía, Médico, Ingeniero, Químico, etcétera. Hay que acudir —por tanto— a diversas disposiciones de esta ley para que, tomadas en conjunto y dentro del contexto general de ella, puedan llevarnos a determinar lo que se entiende por profesión para los efectos de nuestro derecho positivo.

Este punto reviste especial importancia, no sólo en lo que se refiere a la interpretación de dicha Ley de Profesiones, sino también para otras leyes. Debe recordarse aquí que en el capítulo segundo, al estudiar el tipo delictuoso de revelación de secretos, nos abstuvimos de definir el concepto de servicio profesional que figura como elemento de ese tipo, remitiendo para ello al presente capítulo, por considerar que la determinación de los conceptos de “profesión” y “servicio profesional” no corresponde a la regulación punitiva, sino a la administrativa de los mismos.

El artículo primero de la referida Ley de Profesiones —ley de carácter administrativo de que nos venimos ocupando aquí, define el título profesional, haciéndolo en los siguientes términos:

Título profesional es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta Ley y otras disposiciones aplicables.

El artículo 23 de la misma ley señala en su fracción VII, entre las facultades y obligaciones de la Dirección General de Profesiones:

Cancelar el registro de los títulos de los profesionistas condenados judicialmente a inhabilitación en el ejercicio, y publicar dicha cancelación.

Más adelante, el artículo 33 expresa que

el profesionista está obligado a poner todos sus conocimientos científicos y re-

¹³ La inclusión de la actividad del notario dentro de las profesiones, considerando la función notarial como profesión autónoma y no solamente como una forma de ejercicio de la abogacía, fue objeto de debate entre los señores licenciados Moreno Sánchez y Serra Rojas al discutirse el anteproyecto de ley en la Cámara de Diputados. Nos ocuparemos de ello en el capítulo octavo al estudiar el secreto del notario.

cursos técnicos al servicio de su cliente, así como al desempeño del trabajo convenido.

Pero el precepto que más luces arroja sobre este punto es el artículo 24 que define el ejercicio profesional en los siguientes términos:

Se entiende por ejercicio profesional, para los efectos de esta ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato.¹⁴

Al referirse este precepto a "servicio propio de cada profesión", debe entenderse que alude a las que han sido enumeradas en el artículo correspondiente de la Ley.

Estamos empleando el procedimiento que Sebastián Soler llama interpretación sistemática de la ley, consistente en que "debe tomarse en cuenta la totalidad del organismo jurídico" para determinar el sentido de una disposición, sin considerar aisladamente a ésta. Dicho autor sostiene, por otra parte, que "para interpretar correctamente la ley, el examen o interpretación gramatical debe preceder a los demás medios interpretativos". Pero se cuida de advertir más adelante que "para la interpretación gramatical vale también el principio sistemático, es decir, de correlación con todo el texto de la ley. Así, las palabras han de entenderse en su sentido técnico, es decir, en el sentido que surge de las disposiciones que las empleen, salvo que esto lleve a contradicción".¹⁵

Acudiendo ahora a la definición gramatical que da el *Diccionario Manual de la Real Academia Española*, encontramos que define el vocablo *Profesión*, en la acepción que nos interesa, como "empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente". Esta definición se complementa con la del término *Profesionalismo*, que el mismo Dic-

¹⁴ Esta última expresión del artículo 24 es notoriamente inexacta y, por lo mismo, criticable, puesto que lo que determina la índole profesional de un servicio es su naturaleza, no las circunstancias en que se presta. Si la prestación se hace en "los casos graves con propósito de auxilio inmediato", como dice el precepto, aludiendo sin duda a situaciones que se dan sobre todo en la profesión médica, quiere decir que la prestación del servicio sin el título correspondiente, se justificará en razón del estado de necesidad, pero no que deje de ser profesional dicho servicio.

¹⁵ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editorial Argentina, 1951, t. 1, cap. 14, núm. v, pp. 150-151.

cionario da, como "cultivo o utilización de ciertas disciplinas, artes o deportes, como medio de lucro".

Finalmente, el mismo Sebastián Soler, al estudiar el delito de violación secretos, expresa su definición propia de las profesiones, como "toda clase de actividades que suponen un título o autorización especiales, ejercidas como medio lucrativo de vida, y reconocidas jurídicamente como legítimas".¹⁶

IV. ¿Podemos, con los elementos antes apuntados, intentar dar un concepto de la profesión, aplicable a las disposiciones de nuestro derecho positivo y particularmente a las que regulan el secreto profesional, tema del presente estudio? Creemos que sí. Ante todo debemos analizar, distinguiendo los diversos elementos que componen una profesión. El primero de ellos consiste en que es una actividad social humana. Es este el género próximo. La diferencia específica la darán los otros elementos. Toda profesión es actividad del hombre desplegada en sociedad, esto es, dentro de la vida de relación de un hombre con otros.

La segunda nota distintiva o elemento constitutivo de la profesión es que la actividad que en ella se ejerce consiste en la prestación de un servicio por un hombre a otro. Esta prestación contiene a su vez las otras dos notas características. Por una parte, va dirigida a la satisfacción de determinadas necesidades en el servido y, por otra, se realiza mediante la posesión y aplicación de ciertos conocimientos de parte del servidor. Estos conocimientos tienen como materia alguna ciencia o arte, y su utilización práctica, en el caso concreto del servicio, es la que les da un carácter técnico. De allí el empeño que durante la discusión en la Cámara, del anteproyecto de Ley de Profesiones, tuvo el diputado Moreno Sánchez, según hemos visto antes, para que se diera el calificativo de técnico-científicas a las profesiones que se iban a reglamentar en dicha ley.

Por tanto, la simple posesión de un conocimiento científico o artístico de parte de alguien, no constituye por sí sola una profesión. Se requiere su aplicación práctica en servicio de otro. En cuanto a las necesidades de éste —que con dicho servicio se pretende satisfacer— son de diferentes clases, pero tienden siempre a la obtención o protección de determinados bienes patrimoniales, biológicos, culturales, etcétera, finalidad que solamente se puede alcanzar por quien posee los conocimientos antes indicados y debe hacer, además, aplicación práctica de ellos. Tal es el profesionista.

Otra nota más, distintiva de la profesión, es que ordinariamente la prestación del servicio satisfactor es remunerada. Por eso dice Ihering

¹⁶ *Op. cit.*, t. IV, cap. 107, núm. VIII, p. 131.

que el ejercicio de la profesión está dentro del comercio jurídico, pues a la vez que se busca con él la satisfacción de necesidades del servido, también se busca satisfacer en el servidor la que tiene éste de obtener los medios económicos que le permitan vivir. Sin embargo, el hecho de que excepcionalmente falte esta última nota, no quita su carácter profesional al servicio. Si en alguno o más casos concretos actúa gratuitamente el servidor o si éste no vive exclusivamente con los ingresos que su actividad profesional le produce, no por ello pierde este carácter dicha actividad. Y el profesionista continúa en tales casos con las mismas obligaciones legales y morales que lo afectan cuando su servicio es remunerado y constituye su único medio de vida.

Esta inserción de la actividad profesional dentro del comercio jurídico es lo que le da un carácter eminentemente social, pues las necesidades que con ella se busca satisfacer, tanto en el servido como en el servidor, se refieren a bienes que interesan a la sociedad y que, como consecuencia, se encuentran jurídicamente tutelados. Tal es el caso de la vida y de la integridad psicofísica, la libertad, la reputación o el honor, los bienes patrimoniales y particularmente la retribución del trabajo. Por esto es que la sociedad no puede permanecer extraña a esa relación entre dos individuos, miembros de ella, que constituye el ejercicio de una profesión, y es por tal razón que interviene en la misma para reglamentarla no solamente como relación privada, esto es, reconociendo la validez del contrato y dictando disposiciones para su cumplimiento, sino también como institución de orden público que cae dentro del ámbito del derecho administrativo.

No podemos señalar la posesión del título como otra nota característica de la profesión. El título es solamente un medio probatorio, el único que la ley admite, ciertamente, de que se tienen los conocimientos necesarios para poder prestar el servicio. Esto se desprende de la definición que da el artículo primero de la Ley de Profesiones. En principio el título es insustituible como medio de prueba. Pero, como se pueden poseer los conocimientos y hacer aplicación práctica de ellos, sin tener título con qué comprobar esa posesión, no por esto deja de ser ejercicio profesional tal actividad. La falta del medio probatorio no puede cambiar su naturaleza. Lo adjetivo no puede modificar lo sustantivo. Dicho ejercicio será ilegal, en este caso, por no ajustarse a las disposiciones que lo rigen, pero no dejará de ser ejercicio profesional en sí mismo. Si así no fuere, ¿cómo podría ser antijurídica la conducta de quien ejerce sin título, si ella no coincide con la que la ley prohíbe ejercer cuando se carece de éste, por considerarla actividad profesional?

En suma, lo típico de la profesión es su carácter científico y a la vez técnico. Científico, porque requiere en quien la ejerce la posesión de un

mínimo de conocimientos; y técnico, porque lleva a la aplicación concreta de ellos en casos particulares. Al expresar nuestro Código Penal en el artículo 211, comentado en el capítulo segundo, que es punible la revelación hecha por personas “que prestan servicios profesionales o técnicos”, no quiere decir que dichos servicios profesionales no sean también técnicos, sino más bien expresa que hay otros servicios técnicos que no son profesionales, estrictamente hablando, los que asimismo quedan comprendidos dentro del tipo delictuoso. Tal es el caso de los servicios que prestan los artesanos como carpinteros, herreros, etcétera, actividades éstas que entre nosotros son designadas como oficios, y las de mecánicos, manipuladores de algunas máquinas, conductores de vehículos, mecanógrafos y otros más, igualmente obligados a la guarda de secretos, que aunque también penalmente tutelados, no son secretos profesionales, sino exclusivamente técnicos.

Lo que distingue fundamentalmente de estas últimas actividades a la del profesionista, es que en ella predomina el aspecto intelectual, la complejidad y variedad de conocimientos, en tanto que en las otras actividades —o sea las no profesionales— predomina el aspecto práctico y material. Para la primera, que la ley considera de mayor trascendencia social, dado que la incompetencia del profesionista es, por regla general más peligrosa para la sociedad, que la de los que ejercen oficios no profesionales, es para la que exige el título como condición de su legítimo ejercicio. Pero el título, como hemos expresado antes, es simplemente declarativo y no constitutivo de la profesión. Esta existe sin aquél, que solamente es un medio probatorio de ella. Sin embargo, la distinción entre actividades profesionales y no profesionales no forma categorías cerradas y fijas, sino abiertas y fluctuantes. Puede en un momento dado pasar a ser profesión y, por lo mismo, requerir título para su ejercicio, cualquier actividad que antes no lo era y también puede producirse el fenómeno inverso. Todo ello es motivado por circunstancias históricas y causas prejurídicas que el legislador debe tomar en cuenta, según las necesidades sociales de cada época. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, o sea tomando en cuenta el derecho vigente, debemos considerar como profesiones tan sólo las que enumera el artículo segundo de la Ley (ahora el artículo 2º transitorio del Decreto que la reformó), a que antes nos hemos referido, tanto para los efectos jurídico-penales —especialmente tratándose de la revelación de secretos— como para la aplicación de la misma Ley de Profesiones y de cualquier otro ordenamiento que se refiera a éstas. No hay más secreto profesional que el que corresponde a dichas profesiones, pues el que se conozca en ejercicio de otras actividades diversas, ya no puede ser profesional, lo cual no

quiere decir que no produzca efectos jurídicos su revelación, sino que éstos ya no interesan al presente trabajo.

El ejercicio profesional requiere en nuestro sistema jurídico no sólo la posesión del título correspondiente, sino también el registro de éste en la Dirección General de Profesiones, el que a su vez queda comprobado con la cédula que dicha oficina pública expide. En otros países se exige además, como requisito para ejercer, la pertenencia del profesionista a alguna asociación profesional reconocida por el Estado. Es el sistema de colegiación obligatoria.

Todas estas medidas tienen como finalidad controlar la idoneidad del profesionista, es decir su posesión de conocimientos y, en algunos casos, su moralidad en la práctica. Pero la inobservancia de tales medidas, repetimos, no quita el carácter profesional al servicio que sin ellas se presta. Una consecuencia importante dimana de esto, a nuestro modo de ver. Es que quien desempeña ilegalmente una profesión por carecer de título o en su caso de alguna autorización que lo supla, no por eso deja de estar sujeto a las demás obligaciones legales que recaen sobre el profesionista titulado, tales como la de reserva, por ejemplo. Si el ejercitante que carece de título, revela un secreto profesional, será pasible de sanciones no solamente por lo primero, sino también por lo segundo. De otra manera se tendría que sostener algo inaceptable; que el incumplimiento de una obligación legal releva del cumplimiento de otras. Y así el infractor, en lugar de castigo, recibiría como premio una liberación ventajosa para él.

IV. La obligación de reserva se encuentra establecida en la Ley de Profesiones por el artículo 36, redactado en los siguientes términos:

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

Este artículo presenta la ventaja de que se refiere a todas las profesiones y, por lo mismo, les es aplicable, a diferencia del que existe en materia civil, que fue objeto de comentario en el anterior capítulo, y que solamente alude a los abogados y procuradores. También contiene una disposición más amplia que la de este último, porque comprende todas las revelaciones de secretos, hechas a cualquier persona que fuere, y no como el precepto civil, que solamente se refiere a las que se hacen por el abogado o procurador a la parte contraria de la que patrocinan o representan, pero no a terceros. En cambio, es deficiente el artículo de la Ley de Profesiones en lo que se refiere a la delimitación del secreto

profesional, ya que establece como única excepción para éste, el caso de "los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas". En tal sentido es muy superior la redacción del artículo 211 del Código Penal, que señala como límite del secreto la justa causa para revelar, concepto este último mucho más amplio, que estudiaremos detenidamente en los capítulos quinto y sexto, pues el caso de los informes que por obligación legal deben darse, constituye tan sólo uno de los que implican justa causa para hacer la revelación, pero no comprende a todos, como oportunamente veremos.

El aspecto más criticable del artículo 36 de la Ley de Profesiones es su falta de sanción para el caso de incumplimiento, ya que no se encuentra en él ni en alguna otra parte de la misma ley, dicha sanción. Habrá que acudir, por tanto, a la aplicación supletoria del artículo 96 del Reglamento de la misma Ley de Profesiones, que dispone al efecto:

Las demás infracciones a la ley que no tengan señalada pena especial y las que se cometan a este reglamento, a los reglamentos de ejercicio de cada profesión y a los que delimiten el campo de acción de cada profesión, serán sancionadas con multa de diez a diez mil pesos que será impuesta por la Dirección General de Profesiones, sin perjuicio de las penas que fijen otras leyes.

No deja de ser lamentable que para aplicar una sanción, aún cuando sea de carácter administrativo, haya que acudir a un reglamento para suplir a la ley, cuando es en ésta en donde se encuentra establecida la obligación de reserva a cargo del profesionista.

V. Las disposiciones anteriores, así como todas las que rigen el ejercicio profesional en la ley que examinamos, constituyen indudablemente restricciones a la actividad personal y particularmente a la libertad de trabajo. Corresponden ellas, como expresamos al comienzo de este capítulo, a la segunda categoría de atribuciones del Estado para intervenir en la actividad de los particulares, o sea a las que la fomentan, limitan o vigilan. Pero el fundamento último de tales disposiciones limitativas se encuentra en el llamado poder de policía. La reglamentación de las profesiones es función de policía por parte del Estado, que se ejerce sobre las mismas, al igual que sobre otras actividades realizadas en sociedad, con el fin de proteger a ésta. Según la expresión de Villegas Basavilbaso,

La limitación de los derechos individuales para el mantenimiento del objeto específico de la policía —seguridad, moralidad y salubridad públicas y economía pública— en cuanto pueda afectar directamente a la primera y que en el derecho positivo se traduce en leyes, reglamentos, ordenanzas, órdenes y prohibiciones, comprende necesariamente para su cumplimiento, en caso de violación, la facultad de imponer penas.¹⁷

¹⁷ *Derecho administrativo*, t. v, cap. v, p. 233.

De esta última facultad nos ocuparemos más adelante. Por ahora interesa determinar primero el concepto de poder de policía en general, para examinar después su aplicación concreta a las profesiones, ya que dicho poder determina la naturaleza y caracteres de la reglamentación administrativa de ellas, que en el presente capítulo estudiamos.

VI. Es este un concepto de no fácil determinación y sobre el cual abundan las definiciones expresadas por los autores de derecho administrativo. Rafael Bielsa intenta precisarlo en los siguientes párrafos:

Nº 638. Concepto sobre el poder de policía. Policía significa, en su acepción más amplia, ejercicio de poder público sobre hombres y cosas. En el dominio más restringido del derecho administrativo, el concepto de policía designa el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar, mediante limitaciones impuestas a la actividad personal (individual o colectiva), el orden público y garantizar la integridad física, y aún moral de las personas.

Y más adelante añade este jurista:

La idea de orden público (su protección inmediata) domina en Francia, por ejemplo, y ella se ve claramente en las definiciones de los autores, según los cuales la policía consiste en reglamentar y aplicar las medidas necesarias para proteger la seguridad, salubridad y moralidad (esto último en forma muy atenuada o vaga) de los habitantes dentro de la nación. La policía se resuelve, pues, en la acción administrativa necesaria para el mantenimiento del orden público en el sentido de sus manifestaciones exteriores, o sea, de los hechos concretos, más que de las reglas de derecho, pues el concepto de orden público referido a los límites de la actividad personal pública de los individuos es distinto del concepto de orden público, tal como se lo determina en el derecho privado. Y es así, por ejemplo, cuando limita la libertad de contratar (artículo 1197 del Código Civil), especialmente en ciertas esferas (trabajo, servicios públicos, etcétera). En este sentido el orden público del derecho civil es distinto del orden público para la policía administrativa. Las transgresiones de normas de orden público obligatorias en el derecho privado dan origen a recursos judiciales (de nulidad de actos, etcétera), al paso que en el otro sentido, originan decisiones administrativas (prohibiciones, multas, etcétera) y el empleo directo de la fuerza (coacción administrativa por la policía).¹⁸

Según aparece de estas interesantes ideas, el concepto de poder de policía, como atribución del Estado, se halla en estrecha vinculación con el concepto de orden público, también difícil de precisar. En principio, creemos, la noción de policía implica la idea de vigilancia, cuidado o protección de determinados bienes. La misma expresión de estado-poli-

¹⁸ *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Librería de J. Lajouan y Cía., 3ª edición, 1939, t. III, cap. I, pp. 77 y 79.

cía, que se ha aplicado a algunas formas de ejercicio del poder público, sirve para confirmar esta idea. Tutelar o proteger determinados bienes, para evitar que sean dañados, es, pues, función de policía. Pero sobre esto surgen diversas interrogantes que al ser contestadas por los juristas han conducido a una gran confusión de ideas.

En primer lugar, cabe inquirir: ¿Qué bienes son los que deben protegerse mediante la actividad de policía? ¿Son acaso todos los que a la colectividad o a los particulares interesan, directa o indirectamente? En tal caso la función de policía se confundiría con la de todo el derecho positivo; legislación de policía sería igual a ordenamiento jurídico en su integridad.

Si respecto a la determinación de los bienes objeto de protección policiaca se presenta dificultad, no es menor ésta cuando surge la pregunta sobre cuáles son los medios con que habrá de impartirse esa protección. ¿Son ellos de carácter puramente administrativo y —por lo mismo— ajenos a toda intervención judicial? Aun cuando así fuera, no podría excluirse una actividad legislativa previa que configurara ese poder de policía como atribución del Estado, y para configurarlo ¿en qué bases prejudiciales se habría de fundar para determinar su alcance y precisar sus características? Si la actividad de policía es fundamentalmente función administrativa ¿cómo diferenciarla de otras actividades del Estado, también administrativas, para que resulte con tipicidad propia y no se confunda con ellas?

Veamos si la noción de orden público conduce a una solución satisfactoria de estos problemas. Ella existe en todas las ramas del derecho, inclusive en el privado y su contenido, cualquiera que sea éste, rebasa los límites del derecho administrativo en que la función de policía se ejerce. Bielsa ha visto muy bien esto y por ello se apresura a decir, en los párrafos ya citados, que “el orden público del derecho civil es distinto del orden público para la policía administrativa”. La razón de esta distinción la expresa en seguida, según lo hicimos ver con esa cita, diciendo que “las transgresiones de normas de orden público obligatorias en el derecho privado dan origen a recursos judiciales (de nulidad de actos, etcétera), al paso que en el otro sentido originan decisiones administrativas (prohibiciones, multas, etcétera) y el empleo directo de la fuerza (coacción administrativa por la policía)”.

Esta distinción entre los dos conceptos de orden público que cree Bielsa encontrar, nos parece objetable por dos razones. La primera, es que ella se atiene a caracteres meramente externos, como son los efectos producidos por la transgresión, que tan sólo serían consecuencia de la naturaleza del orden público transgredido, pero nada nos dice acerca de esta última. La segunda razón es que, aun ateniéndose a esas caracterís-

ticas externas, no es del todo exacta la diferencia entre ellas que señala dicho jurista, ni podría servir para fundar la distinción que él pretende establecer. La nulidad de los actos, que señala como consecuencia propia de la violación a las normas de orden público en derecho privado, así como el recurso a procedimientos judiciales para obtenerla, no son extraños al derecho administrativo, en el que también existen y pueden producirse, sobre todo en los sistemas jurídicos modernos en que se ha implantado ya el procedimiento contencioso-administrativo, ante tribunales de organización y funcionamiento similares a los de carácter judicial. En sentido inverso, las consecuencias que Bielsa señala para las transgresiones al orden público administrativo, como son el empleo directo de la fuerza, la imposición de multas y la coacción policíaca, tampoco son desconocidas del derecho privado, ya que el cumplimiento de las obligaciones dentro de éste, cuando no se produce voluntariamente, da lugar a la ejecución forzada y, en algunos casos, al empleo de medidas de apremio que también son coactivas e implican el ejercicio de la fuerza pública.

No es, pues, admisible la existencia de esas dos clases de orden público, productoras de consecuencias diferentes. Lo que el derecho entiende por orden público, y cuya observancia exige, sobreponiéndola al cumplimiento de obligaciones que no pertenezcan a dicho orden, es un concepto único, incapaz de desdoblamientos, cualquiera que sea la rama del derecho en que se presente, porque corresponde a los intereses de mayor importancia para la sociedad, cuya preferencia se impone en todo caso y cuya protección y guarda son exigidas por el derecho en forma más rigurosa que para los intereses puramente privados.

El orden público, en sentido amplio, está constituido por el conjunto de instituciones jurídicas que resultan de primordial importancia para la existencia del Estado. Son reglas de derecho indispensables para el mantenimiento o subsistencia de una colectividad políticamente organizada, de manera que el quebrantamiento de ellas produciría la destrucción de la organización político-social que protegen o, por lo menos, su transformación en otra organización diferente, en otra organización de tipo diverso de la que se quiere y se busca mantener por las fuerzas políticas y sociales dominantes en un momento determinado, porque se estima como la más valiosa, de acuerdo con la ideología que sustenta dichas fuerzas.¹⁹

¹⁹ Estamos de acuerdo en este punto con la opinión que expresa Fernando Figueroa en los siguientes términos: "Indudablemente que la noción de orden público es fundamental porque garantiza la integridad de ciertas reglas básicas e inalterables para la vida de la sociedad; las materias reguladas por el orden son aquellas que tienen una gran importancia social y en las cuales hay que imponer el estricto acatamiento, así por ejemplo se respeta la legalidad, la fiscalidad, las libertades; sin la existencia de los cuales se tergiversaría la

De allí que el orden público se anteponga a la parte restante del derecho positivo, gozando de cierta prioridad sobre la misma. Así se dice que cierta norma jurídica es de orden público, cuando se quiere invocar su superioridad sobre otras. Por eso es que el concepto de orden público no solamente se da en el derecho público, propiamente dicho, sino también en el derecho privado —en el que hay instituciones de primordial importancia para la existencia del Estado— y por eso también es que ha conducido en épocas recientes a poner en crisis la tradicional distinción entre ambas ramas del derecho, tenidas antes como fundamentales, haciendo notoria la existencia de instituciones de orden público, como son las del derecho social o del trabajo, que parecen formar una tercera rama, irreductible a las otras dos.²⁰

Concebido de esta manera tan amplia el orden público, se comprende que tenga manifestaciones tan disímolas como son las que presenta en la vida jurídica. Lo mismo se recurre a él para limitar en su nombre la autonomía de la voluntad o para justificar la imposibilidad de suspender o modificar un procedimiento, que para proteger la paz y el orden en la vía pública. Lo mismo se defienden valores materiales como la vida y la integridad física de los individuos, que valores espirituales como la moralidad social. En la protección de los primeros se toma en cuenta tanto la amenaza que sufren esos valores materiales, proveniente de causas humanas, como son las conductas antisociales, como de causas extrahumanas como son las que atacan a la salud. Por ello se acude a medidas de seguridad pública tanto como a disposiciones sanitarias. Finalmente, también para defender el orden público de un país en las relaciones privadas internacionales, se impide que produzcan efectos algunos actos jurídicos celebrados en otro país de acuerdo con disposiciones fundadas en un concepto del orden público diverso o contrario del que prevalece en el primero.

organización social" (*La noción del orden público en derecho administrativo*, México, 1965, Ensayo de síntesis, cap. 1, núm. 2, p. 155).

²⁰ Nos parecen acertados los siguientes conceptos que expresa Trinidad García al tratar la renunciabilidad de los derechos: "Ha quedado dicho que no son renunciables los beneficios legales establecidos en virtud de exigencias colectivas o para observar preceptos morales. En términos más breves, no son renunciables los beneficios creados por las leyes de *orden o interés público*. Son leyes de este carácter las que se establecen en un interés general, por contener preceptos necesarios para la protección de la integridad y del bien sociales. En este concepto, la noción de orden o interés público es más amplia que la de derecho público; no solamente este derecho es de orden público; existen además normas jurídicas privadas que corresponden al mismo orden, dada su trascendencia social". Dentro de las leyes de orden público considera incluidas este autor a las de derecho público, las concernientes al régimen de las personas y de la familia, a la moral y buenas costumbres, a la propiedad raíz y a los actos que requieren solemnidad especial (*Introducción al estudio del derecho*, México, Editor Manuel de Jesús Nuca-mendi, 1935, cap. viii, núm. 82, p. 84).

Esto último nos pone en presencia de otra nota característica del orden público, es su relatividad, su contenido en muchos aspectos cambiante y diverso en el tiempo y en el espacio. Es un concepto permanente pero de contenido variable por lo menos parcialmente, que depende, como expresábamos antes, de la ideología filosófico-social que domine en cada colectividad y en cada época. Compárese por ejemplo, a este respecto, la organización de la familia romana con la de la familia actual; la de la familia musulmana con la organización de la de tipo cristiano occidental. El orden público es, en última instancia, una superestructura de conceptos metajurídicos, aunque su implantación y realización se persigan mediante el derecho.²¹

Dice Jules Valery, quien fue catedrático de la Facultad de Derecho de Montpellier, que la expresión "orden público" fue tomada en préstamo por los internacionalistas a varios pasajes del Código de Napoleón y que en realidad expresa esta idea:

que al lado de las leyes de "orden privado", es decir de las leyes que tienen únicamente por objeto los intereses particulares de los individuos, hay otras cuyo fin es mantener en el Estado la organización que él se ha dado, organización que él considera como necesaria sea para la salvaguarda de su integridad, sea para la protección de los intereses generales de los ciudadanos.²²

Y más adelante aclara estas ideas dicho internacionalista, con los siguientes conceptos:

Ante todo se necesita tener en cuenta el fin que el legislador se ha propuesto al hacer la ley. La ley interesará al Orden Público siempre que la regla que ella dicta tenga por objeto: 1º La "cosa pública" para emplear el lenguaje del Código Penal, es decir la seguridad interior y exterior del Estado, el mantenimiento de la forma actual de Gobierno, la tranquilidad del país, su organización administrativa, fiscal y judicial, el régimen económico que él se ha dado; 2º Las "buenas costumbres", es decir los principios de moral que son tradicionales en Francia y en los que nuestra legislación se inspira; 3º Los derechos de que están investidos los particulares por la Constitución y que corresponden a lo que se llama comúnmente libertades necesarias porque su respeto es indispensable a la existencia del Estado mismo, como por ejemplo,

²¹ Fernando Figueroa dice a este respecto: "El orden público es una noción mutable porque su función está acorde con el clima social de la colectividad que refleja, y del plan de organización de la sociedad que lo hace respetar. El orden público depende en una gran medida de la opinión pública que prevalece en un momento dado en un país. Está directamente anclado sobre la realidad sociológica, asegura el respeto de los fundamentos de la sociedad y de los principios comunes a todos los miembros. Barthelemy afirma que el primer deseo, el principal deber y la inspiración más profunda de los pueblos, es el orden" (*op. cit.*, ensayo de conclusiones, cap. II, p. 178). Por nuestra cuenta añadimos: el realizado en la justicia, que es el valor supremo del derecho.

²² *Manuel de droit international privé*, París, Fentemoing et Cie. Editeurs, 1914, t. IV, cap. III, núm. 419, p. 568.

el derecho de cada individuo a la protección de su vida, de su salud física y moral, de sus bienes; el derecho a la libertad de pensar, a la libertad de trabajo, de comercio y de industria, al libre ejercicio de los cultos, a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, etcétera.²³

Por último, al distinguir más adelante Valery las leyes de orden público personal o nacional de las leyes de orden público territorial, menciona entre las primeras a las relativas a la organización de la familia, “pues, estando compuesto el Estado del conjunto de las familias francesas, afectar su composición sería afectar a su constitución...” y también las leyes que determinan los deberes de los ciudadanos con su país. Entre las segundas menciona a las leyes de policía, a las relativas a la organización territorial, incluyendo las que corresponden a servidumbres de utilidad pública, derechos sobre inmuebles, formalidades relativas a la publicidad de estos derechos, etcétera”.²⁴

Siendo así, de tan variada naturaleza los bienes que interesan al orden público, se comprende cómo pueden ser objeto de lesiones de diversa índole. Son susceptibles de recibir daño proveniente tanto de actos que producen efectos puramente jurídicos, como de hechos que producen efectos materiales, cuya relevancia jurídica consiste en su ilicitud, esto es, en su oposición a la norma de orden público. Así este último puede sufrir perturbaciones tanto de derecho como de hecho. Y es entonces cuando cobra posibilidad esa distinción apuntada por Bielsa, a que antes nos hemos referido y que criticamos porque la vincula al derecho privado y al derecho administrativo como si ambos tuvieran conceptos diversos del orden público, lo que a nuestro modo de ver es inexacto. Contra las perturbaciones de derecho sufridas por el orden público, se da como defensa del mismo la nulidad de los actos que las producen, pero sin que dicha nulidad sea una consecuencia peculiar del derecho privado como quiere aquel autor, ya que también se da dentro del derecho público, según lo hicimos notar antes. En cambio, contra las perturbaciones de hecho se requiere, para defender el orden público, el empleo de medios coactivos materiales, actividad ésta que tampoco es, como quiere el mismo Bielsa, exclusiva del derecho administrativo, dado que se llega a emplear en el caso de incumplimiento a obligaciones de derecho privado, como antes expresamos.²⁵

²³ *Ibid.*, p. 572.

²⁴ *Ibid.*, pp. 577 y 579.

²⁵ La Suprema Corte de Justicia ha expresado lo siguiente en una ejecutoria: “...las leyes de orden público son aquellas que interesan a toda la colectividad en el orden superior, esto es, las que se refieren a su conservación, etcétera, y por tanto no son aplicables al caso de un cobro de recargos, los artículos 6º y 8º del Código Civil” (*Semanario Judicial*, t. LXV, p. 1205). El mismo alto tribunal se expresó como sigue en otra sentencia: “El orden pú-

Así, cuando nuestro Código Civil limita la autonomía de la voluntad al disponer que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordena lo contrario (artículo 8º); que la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley (artículo 2225); que la condición física o legalmente imposible de dar o de hacer, impuesta al heredero o legatario, anula su institución (artículo 1347); que es nula la institución hecha bajo la condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona (artículo 1349); que la renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula (artículo 1493); busca en todos esos casos el Código proteger el orden público contra el quebrantamiento que pudiera sufrir por causas de derecho. La violación se realiza en tales casos dentro del campo de la contratación o de la testamentifacción, que son actividades jurídicas, y la manera de atacarla para defender el orden público, es con medidas también jurídicas, como son las que tienden a invalidar el acto violatorio decretando su nulidad, impidiendo que produzca efectos para el futuro y, en ocasiones, cuando ello es posible sin causar mayores daños, destruyendo también los que produjo en el pasado. La finalidad de todas estas medidas de derecho es restablecer el orden público quebrantado por actos productores de efectos jurídicos. Y esta manera de defenderlo no es ajena al derecho público, como antes lo hemos hecho notar. En materia procesal, nuestro Código de Procedimientos Civiles, al disponer que para la tramitación y resolución de los asuntos ante los tribunales ordinarios se estará a lo dispuesto por este Código, sin que por convenio de los interesados puedan renunciarse los recursos ni el derecho de recusación, ni alterarse, modificarse o renunciarse las normas del procedimiento (artículo 55) y que las actuaciones serán nulas cuando les falte alguna de las formalidades esenciales, de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes, y cuando la ley expresamente lo determine, pero no podrá ser invocada esa nulidad por la parte que dio lugar a ella (artículo 74), está empleando dicho Código la misma medida defensiva para el orden público. Hasta en el mismo derecho constitucional se puede dar ella, como lo demuestran los casos en que la fracción VIII del artículo 27 de nuestra Constitución Federal establece

blico que tienen en cuenta la ley y la jurisprudencia, para establecer una norma sobre las nulidades radicales, no puede estar constituido por una suma de intereses meramente privados; para que el orden público esté interesado, es preciso que los intereses de que se trate, sean de tal manera importantes, que, no obstante el ningún perjuicio y aun la aquiescencia del interesado, el acto prohibido pueda causar un daño a la colectividad, al Estado o a la Nación" (*Semanario Judicial*, t. xxxvii, p. 1835).

la nulidad para algunas enajenaciones de tierras, aguas y montes, concesiones o composiciones, diligencias de apeo y deslinde, así como transacciones y remates.

Muy diversa es la situación cuando el orden público sufre perturbaciones de hecho. Aquí la causa no se encuentra en actividades que produzcan sólo efectos jurídicos destructibles mediante su anulación, sino en hechos que producen efectos materiales, alterando de algún modo el mundo exterior. Por eso contra ellos, a diferencia de lo que ocurre con los anteriores, no basta decretar su invalidez en el terreno del derecho. La prevención o destrucción de sus efectos perturbadores del orden público tiene que llevarse a cabo mediante el empleo de la fuerza por parte del Estado, la coacción de hecho que tienda a impedir la perturbación o a destruirla si ya se consumó. Es aquí donde tiene lugar el ejercicio del poder de policía.²⁶

Expresa Bielsa que

En el ejercicio de este poder la Constitución restringe la libertad individual hasta donde es necesario para conservar el orden público, a fin de mantenerlo o restablecerlo, si fuera alterado...". Y más adelante añade el mismo autor: "bajo el concepto genérico de orden público comprende las reglas establecidas para garantizar la seguridad de las personas y de los bienes, y la integridad física y moral de todos los habitantes."²⁷

Lo primero es jurídicamente exacto, pues todas las medidas protectoras del orden público, ya fueren de hecho o derecho, son de alguna manera restrictivas de la libertad. Respecto a lo segundo, nos parece aceptable únicamente para los casos en que el orden público es objeto de perturbaciones de hecho, no de derecho y, por lo mismo, protegido por el poder de policía. Porque según el concepto que de este poder tiene la generalidad de los autores, lleva como finalidad proteger la seguridad, salubridad y moralidad públicas cuando se ven atacadas por causas materiales, tangibles, ya sea que provengan éstas de la conducta del hombre o de eventos naturales (terremotos, inundaciones, epidemias, etcétera).

Por ello es que el poder de policía se ejerce, según expresa el mismo Bielsa

²⁶ A este respecto dijo la Suprema Corte de Justicia en una sentencia: "Los Reglamentos de Policía abarcan todas aquellas disposiciones dictadas con el objeto de que las autoridades administrativas vigilen la conducta de los particulares, a fin de que ésta se ajuste a los normas legales de orden público y de obediencia obligatoria previniendo, en tal forma, la alteración de dicho orden;..." (*Semanario Judicial*, vol. cvii, 3ª parte, p. 35).

²⁷ *Op. cit.*, p. 84.

en la forma y por los medios siguientes: *a)* Por reglamentaciones, prohibiciones y órdenes; *b)* Por la concesión de permisos o autorizaciones; *c)* Por la coerción, esto es, aplicación de penas y uso de la fuerza pública.

Según la forma y el tiempo en que la actividad de la policía se ejerce, ésta puede ser de observación, de prevención y de represión.²⁸

La primera forma es la que realmente comporta las restricciones a la libertad, individual, necesarias para proteger el orden público. Las otras dos no son sino consecuencias de ella. Ahora bien, es a través de esta triple actividad que el Estado interviene en el ejercicio de las profesiones, que es el que aquí nos interesa examinar. La Ley que rige dicho ejercicio en el Distrito Federal y a la que antes nos hemos referido, es, pues, una ley de policía y su aplicación constituye, por parte del Estado, ejercicio del poder de policía sobre determinadas actividades o trabajo humano que es de interés social y, por lo mismo, necesario para beneficiar y a la vez capaz de dañar al orden público, si se ejerce en determinadas formas lesivas para éste.

Las reglamentaciones, prohibiciones y órdenes que constituyen —según Bielsa— el primer medio o forma de ejercer el poder de policía, son, por tanto, el punto de partida de la intervención del Estado para proteger el orden público contra perturbaciones de hecho. Este autor las define en los siguientes términos:

Ahora bien; reglamentar el uso de la libertad personal no comporta necesariamente restringir esta libertad en forma que la desnaturalice. La restricción difiere de la reglamentación por su significado, que es específico, en cierto modo, respecto de aquélla; por eso es necesario señalar la distinción. La reglamentación se diferencia de la restricción, en que ella “señala el límite más allá del cual no puedan ser ejercidos los derechos”, u obliga por disposiciones positivas sin las cuales no sería posible la existencia del estatuto; al paso que la prohibición consiste en vedar o en “oponerse a hechos que por sí solos no lesionan a nadie, pero cuya realización pueda causar un daño”.²⁹

No nos parece exacta esta diferenciación entre reglamentar y prohibir o, por lo menos, creemos que no está expresada con suficiente claridad. Para establecerla correctamente pensamos que deben distinguirse dos clases de actividades del hombre: las que son en sí mismas lícitas, pero cuyo ejercicio se limita o condiciona de algún modo por la ley, en atención a determinadas razones de seguridad, salubridad o moralidad públicas, y aquellas otras que son en sí mismas ilícitas porque atentan necesariamente contra alguno de estos bienes. Al regularse el ejercicio de las primeras, decimos que se las reglamenta, es decir, que a la vez que se asegura

²⁸ *Ibid.*, p. 89.

²⁹ *Ibid.*, p. 92.

la libertad de su ejercicio dentro de determinada área legal, se delimita también esta última mediante restricciones. La prohibición —o en su caso la orden, que no es sino la forma positiva de aquélla, que es negativa— se ejerce pues en dos sentidos diferentes: primero, contra las acciones lícitas cuando se llevan a cabo fuera de los límites o sin cumplir las condiciones fijadas por la ley; y segundo, contra las acciones que son de suyo ilícitas y, por lo mismo, incapaces de libertad.

Este doble sentido de las prohibiciones tiene una consecuencia importante. En el primer caso, la prohibición puede cesar cuando se cumple la condición que para el ejercicio de la actividad ha señalado la ley, como ocurre con las profesiones reconocidas por ésta; en tanto que, en el segundo caso, nunca puede cesar, atenta la ilicitud intrínseca de la conducta prohibida. Ejemplo de esto último es precisamente el caso de la revelación de secretos por el profesionista. La prohibición es en este último caso incondicionada, mientras que en el primero solamente está sujeta al cumplimiento de una condición, y entonces es cuando propiamente puede denominarse restricción.

El cumplimiento de la condición exigida por la ley para ejercer una actividad, es lo que constituye el permiso o autorización. En este sentido son exactas las ideas de Bielsa al expresar lo siguiente:

El permiso de policía puede considerarse como una autorización especial otorgada a determinada persona, y en cuya virtud respecto de esa persona se deja sin efecto la prohibición establecida. El permiso importa, por consiguiente, una excepción a la aplicación general de la regla prohibitiva, excepción que, de acuerdo con los principios generales que regulan el poder reglamentario, no puede ser arbitraria o injustamente dada, sino, y por el contrario, acordada por una causa legítima previamente justificada.³⁰

Y en otra parte de su obra expresa el mismo Bielsa, refiriéndose ya en particular a la función de policía ejercida por el Estado respecto de las profesiones:

La libertad de industria referida a la actividad directa o personal respecto de determinadas profesiones da origen a cuestiones debatidas y de importancia siempre. No se trata, desde luego, del derecho a ejercer profesión, oficio u ocupación, lo que es indiscutible, sino de las condiciones que, en forma de medidas preventivas especialmente, establece la autoridad respecto del ejercicio de determinadas profesiones, o sea de aquellas que pueden afectar más sensible y directamente la seguridad, salud e interés públicos. En otros lugares nos ocupamos de la vigilancia policial, a cargo siempre de la policía de seguridad pública, sobre los que ejercen ciertos oficios. Pero ahora nos referimos a un contralor superior, consistente en medidas de alta tutela social y jurí-

³⁰ *Op. cit.*, p. 93.

dica, realizada sobre los que desempeñan profesiones llamadas liberales y que, en razón de una presunción de capacidad comprobada, tienen depositada en la fe pública una confianza e irresponsabilidad legítima, tal como la de médico, de abogado, de ingeniero y ciertas profesiones afines a éstas...³¹

La vigilancia de policía ejercida por la autoridad sobre las profesiones o contralor, como la llama Bielsa, implica, según él, tres actividades estatales:

1º, impedir que una profesión reglamentada la ejerzan aquellos que no han cumplido los requisitos legales, *verbi gratia*, los que no han obtenido título universitario facultativo o escolar, o que —no obstante ser necesario— no han acreditado la competencia ante las instituciones u órganos autorizados por el Estado... 2º, vigilar sobre la autenticidad de los títulos invocados... 3º, finalmente, aparte de la comprobación de idoneidad, las autoridades pueden establecer requisitos tendientes a asegurar la responsabilidad en que incurren los que ejercen tales profesiones, y esto, ya sea como una especial tutela en favor del público, ya como una medida precautoria para hacer efectivas las penas pecuniarias impuestas por transgresión de deberes legales o reglamentarios...³²

Es en esta última actividad en la que propiamente cobran vigor las órdenes y prohibiciones de policía y las sanciones consecutivas a su incumplimiento, con miras a proteger la seguridad, salubridad o moralidad públicas, si se ven amenazadas por el ejercicio abusivo y extralimitado de las profesiones o por actividades francamente ilícitas que pueden realizarse en ese ejercicio. Tal es, entre estas últimas, la revelación de secretos y el mérito de nuestra Ley Reglamentaria de las Profesiones, en cuanto ley de policía, es haberla considerado como falta administrativa. La ilicitud de esa revelación era ya reconocida desde mucho antes por el derecho, al castigarla como delito. Pero la legislación moderna ha dado un paso más en la protección de los intereses sociales al sancionarla, además, administrativamente.

VII. No es éste el único caso en que convergen los fines del derecho penal con los del administrativo al reconocer la ilicitud de conductas lesivas o peligrosas para la sociedad y señalar castigos para ellas. Por esto cabría formular la pregunta de si el derecho penal forma parte también de la legislación de policía. Nuestra respuesta es negativa, pero hallar las razones en que ella se funda, implica abordar uno de los temas más difíciles que tiene ante sí la ciencia del derecho. Es el de distinguir el delito de la falta administrativa o contravención. Bielsa ha reconocido bien esta dificultad al expresar:

³¹ *Ibid.*, p. 234.

³² *Ibid.*, pp. 234-235.

El castigo y represión de los delitos es materia de otras disciplinas jurídicas. Pero los contactos entre las dos ciencias (penal y administrativa) son múltiples y sutiles, y en cierto sentido la policía judicial, en antítesis con la policía de seguridad, es tema que interesa a las dos ciencias, así como también es cierto que en la práctica la distinción es difícil y no exenta de inconvenientes. (Orlando, *op. cit.*, núm. 420).³³

Ante todo hay que descartar la opinión que sostiene que la función punitiva del derecho penal se distingue de la función de policía, en que la primera tiene como finalidad castigar hechos ilícitos, en tanto que con la segunda se busca prevenirlos o evitarlos. Ello no es exacto, pues, por una parte, el derecho penal tiene también como objetivo prevenir el hecho antisocial mediante la ejemplaridad del castigo o en su caso, de acuerdo con ideas más en boga hoy en día, mediante la readaptación del delincuente y, por otra parte, la función de policía a su vez, en la prevención de actos ilícitos, que realiza mediante el empleo de la coerción, no puede prescindir de la imposición de penas. Esto lo expresa Benjamín Villegas Basabilbaso en los siguientes términos:

La limitación de los derechos individuales para el mantenimiento del objeto específico de la policía —seguridad, moralidad y salubridad públicas y economía pública en cuanto pueda afectar directamente a la primera— y que en el derecho positivo se traduce en leyes, reglamentos, ordenanzas, órdenes y prohibiciones, comprende necesariamente para su cumplimiento, en caso de violación, la facultad de imponer penas.³⁴

Formalmente es fácil distinguir la pena propiamente dicha, impuesta por el derecho punitivo, del castigo de policía, tanto por la magnitud de una y de otro, como por el procedimiento seguido para imponerlos y también por la autoridad competente para hacer esto último. Nuestra Constitución Federal, celosa del cuidado de la libertad individual en este punto como en otros, ha dispuesto en su artículo 21:

La imposición de la penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial... Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días...³⁵

³³ *Op. cit.*, nota 11, al pie de p. 84.

³⁴ *Op. cit.*, p. 233.

³⁵ Ha sido discutida la constitucionalidad de la competencia que la autoridad administrativa tiene para castigar las faltas no delictuosas de acuerdo con las disposiciones de numerosas leyes y reglamentos administrativos, pues ateniéndose a la letra del artículo 21 Constitucional, esa competencia se restringiría a los "reglamentos gubernativos y de policía" exclusivamente. Margarita Lomelí Cerezo admite esa constitucionalidad por diversas

Consideramos también por nuestra parte como diferencia meramente formal y no de naturaleza, entre el delito y la falta, el hecho de que requiera el primero un elemento intencional de dolo o de culpa en el sujeto activo, que no requiere la segunda o sea la falta, en la que es irrelevante la intención, bastando sólo la materialidad de la conducta contravencional. De paso diremos que esta diferencia no es aceptada unánimemente, pues mientras que algunos autores como Montoro Puerto se inclinan a ella sosteniendo que para el "ilícito administrativo, habremos de afirmar que la conducta sujeta posteriormente a una sanción es de aquellas para cuya realización no se exige la existencia de dolo o culpa...";³⁶ otros autores en cambio rechazan tal diferencia.

Entre nosotros, Margarita Lomeli Cerezo, en su magnífico libro *El poder sancionador de la administración pública en materia fiscal*, exige también para las faltas administrativas el elemento intencional, sosteniendo que nuestro derecho positivo "toma en consideración, además del daño producido al patrimonio fiscal, el propósito o intención dolosa, así como la culpa o negligencia del infractor".³⁷ Y cita dicha autora algunas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en las que tal criterio se sostiene, llegándose en alguna de ellas hasta el extremo de decir que ni siquiera se presume en las faltas la existencia del dolo, sino que "la autoridad tiene en este punto la carga de la prueba";³⁸ con lo cual recibirían las faltas un mejor tratamiento que los delitos —para los que sí se presume el dolo, según el artículo 9º del Código Penal— lo que haría más difícil el castigo de aquéllas, desvirtuándose la finalidad que con el mismo se persigue, según veremos más adelante.

No ha sido uniforme, sin embargo, este criterio de nuestra Suprema Corte de Justicia, pues hallamos en la quinta época una ejecutoria, por lo menos, en la que se sostuvo lo siguiente: "En las faltas se castiga el hecho, independientemente de la existencia o falta de dolo."³⁹ En cuanto a los preceptos invocados por la autora que citamos, para fundar la tesis de que se toma en cuenta en el derecho positivo mexicano el ele-

razones, algunas de las cuales resultan discutibles (*op. cit.*, cap. III). Por nuestra parte creemos que el Constituyente de 1917 no tuvo un concepto claro de la falta administrativa en toda su amplitud, atenta la época en que legisló. Pero una interpretación progresiva del artículo 21 Constitucional —ya que la ley se dicta para el futuro y no para el momento en que se hace, como dice Soler— permitiría sostener que en la expresión "reglamentos gubernativos y de policía" se comprenden todas las disposiciones legales o reglamentarias que atañen al poder de policía del Estado, como protector del orden público, poder que es de competencia de la autoridad administrativa. En todo caso es de desearse que una reforma al citado precepto constitucional lo ponga de acuerdo con la realidad actual de nuestro derecho positivo.

³⁶ *Op. cit.*, cap. III, p. 170.

³⁷ *Op. cit.*, México, Compañía Editorial Continental, S. A., 1961, cap. V, p. 243.

³⁸ *Ibid.*, p. 246.

³⁹ *Semanario Judicial*, t. XIX, p. 112.

mento intencional de la infracción, creemos que se refieren más bien a la gravedad o levedad de ésta (que es cosa diversa de la intencionalidad) así como a las condiciones económicas personales del infractor, pero desgraciadamente no al dolo o culpa que éste haya podido tener, como sería deseable que se hiciera.

En todo caso y aún cuando se sostenga por algunos autores que ese elemento intencional no se toma en consideración para castigar las faltas, a diferencia de lo que ocurre con los delitos, repetimos que tal diferencia es a nuestro juicio exclusivamente formal y tan sólo constituye la manifestación de una diferencia sustancial entre ambos.

Otra distinción, que también estimamos como puramente formal y que se ha pretendido encontrar entre el delito y la falta administrativa, es la que se funda en la garantía de exacta aplicación de la ley, consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal y expresiva, a su vez, del principio "nullum crimen nulla poena sine lege". La prohibición constitucional, que se refiere exclusivamente a delitos, se establece como sigue en el tercer párrafo de dicho artículo: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata." Pero, como Margarita Lomelí Cerezo parte del principio, según se verá después, de que no existe diferencia sustancial o de naturaleza entre el delito y la falta administrativa o contravención y de que, por lo mismo, la sanción administrativa aplicable a esta última constituye verdadera pena, es de opinión que "dada la naturaleza represiva que tienen los actos de imposición de dichas sanciones, la aplicación de la ley debe hacerse en los términos señalados por dicho precepto (el artículo 14 de la Constitución) para los juicios del orden criminal. Es decir, tratándose de sanciones administrativas por infracción a las leyes fiscales, no puede constitucionalmente imponerse dichas penas por simple analogía ni aún por mayoría de razón".⁴⁰ Y refuerza esta tesis su autora, invocando el artículo 11 del Código Fiscal de la Federación, conforme al cual las normas de derecho tributario que establezcan cargas a los particulares serán de aplicación restrictiva.

De opinión un poco diversa a la anterior ha sido Montoro Puerto acerca del principio de legalidad aplicado a las faltas, como lo expresa en un párrafo que por su interés transcribimos íntegramente a continuación:

Según hemos visto en el campo del derecho administrativo se juega con la negación, o por lo menos con la flexibilidad, en la aplicación del principio que examinamos, siendo la razón de ello la necesidad de conceder a la Ad-

⁴⁰ *Op. cit.*, cap. III, p. 107.

ministración la imprescindible libertad de movimiento exigida por el interés que la propia Administración representa y protege. Pero como ello puede hacer pensar en el peligro real de un desmesurado uso por parte de la Administración de sus propias facultades, se piensa en la necesidad de garantizar al administrado frente a tales peligros, por ello no ha de extrañarnos que entre las recomendaciones formuladas al legislador del mañana por la Primera Conferencia de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, figura la siguiente: "El Código de las faltas podrá autorizar al Poder Administrador para configurar contravenciones de importancia mínima, por medio de edictos y ordenanzas, debiendo en otro caso fijar el máximo de la sanción imponible y circunscribir el ámbito de la facultad reglamentaria del Poder Administrador, determinando las características generales de los hechos susceptibles de ser inculcados." Se pretende con ello, afirmará Aftalión comentando esta recomendación, encontrar la solución del difícil problema que se plantea dentro del ordenamiento jurídico y que consiste en concordar el recordado principio del "nullum crimen, null poena sine lege", con la necesidad de que el elenco de las contravenciones sea lo suficientemente flexible como para que las autoridades administrativas puedan hacer frente a situaciones imprevistas o urgentes sin necesidad de esperar el pronunciamiento del legislador, intermitente y frecuentemente tardío.⁴¹

Creemos que conviene hacer a este respecto un planteamiento exacto del problema. Para los delitos, que son siempre objeto de una tipificación precisa en las leyes penales, determinándose sus elementos, rige en toda su amplitud la prohibición constitucional de aplicar pena alguna por simple analogía y aún por mayoría de razón, pues la descripción que de la conducta delictuosa se hace en la ley, los delimita rigurosamente para evitar los abusos del poder público, fijando un marco del que no pueda salir la autoridad judicial. No puede ésta imponer la pena señalada en la ley para una conducta delictuosa, a otra que resulte semejante pero que no sea precisamente la misma. Tampoco puede aplicarla a otra conducta que presentara mayor motivo para ser castigada y que el legislador hubiera seguramente sancionado, con mayor razón que la que tipificó como delito, si la hubiera contemplado en sus disposiciones. El juez no puede en estos casos actuar como creador del derecho ni colmar las lagunas de la ley ni apreciar los motivos que el legislador tuvo para crearla. Solamente debe ceñirse a aplicar la disposición penal escrita, tal como ésta se encuentra.⁴² Pero tratándose de las faltas o contravenciones la si-

⁴¹ *Op. cit.*, cap. vi, p. 218.

⁴² Ignacio Burgoa sostiene que "la aplicación de una ley por mayoría de razón se finca en elementos trascendentes o externos a la misma, los cuales concurren en la integración de su causa final", en tanto que la analogía "se basa en elementos immanentes o internos de la norma, como son el antecedente y el consecuente abstractos a que se aludió, significando la proyección del consecuente legal al caso concreto que presente semejanza substancial o esencial con el caso abstracto implicado en la norma" (*Las garantías individuales*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1961, cap. viii, núm. 27, p. 423).

tuación es un poco diferente. Por lo general, éstas no se encuentran descritas o tipificadas en la ley como lo están los delitos, sino que se expresan refiriéndolas a algún otro precepto de carácter imperativo o prohibitivo cuya violación se prevé, precepto que es diverso del que las sanciona. Y es aquí donde tiene aplicación a nuestro derecho la opinión de Montoro Puerto en el sentido de que "cualquier violación de deberes inherentes a la relación, puede suponer y supone una infracción administrativa..."⁴³ Numerosos ejemplos pueden citarse a este respecto en el derecho positivo mexicano, tales como los que se encuentran en los artículos 149, Fracción IV y 160 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada, 718, Fracción II, de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, 38, Fracción XXXI, 39, Fracción XV, 40, Fracción XVI y 41, Fracción XVIII, del Código Fiscal de la Federación; 412, Fracción VI y 413, Fracción VI, del Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal, 46, primer párrafo, del Reglamento de Anuncios, 445 del Código Sanitario y casi todas las faltas contenidas en el Título Dieciseis de la Ley Federal del Trabajo, que trata de las Responsabilidades y Sanciones.

En otros términos, el principio de legalidad rige tanto para los delitos como para las faltas, pero su aplicación se realiza de manera diversa en ambos casos; en primer lugar, porque las faltas pueden estar señaladas tanto por una ley como por un reglamento⁴⁴ y no así los delitos, que sólo puede configurarlos la primera y, en segundo lugar, porque mientras estos últimos quedan delimitados con una descripción precisa de la conducta incriminable, las faltas no siempre lo están por un precepto que describa la conducta contravencional, sino que en numerosos casos, como los que acabamos de citar, ocurre precisamente lo contrario, es decir, que lo que se determina en la ley es la conducta mandada o prohibida y se sanciona en precepto diverso su violación, que es la que constituye la falta.

Al definir Soler lo que son las leyes penales en blanco dice que son aquellas "cuyo precepto es indeterminado en cuanto a su contenido y en las que solamente queda fijada con precisión la sanción". Y añade en seguida este autor:

⁴³ *Op. cit.*, cap. vi, p. 216.

⁴⁴ El mismo artículo 21 constitucional ha tenido cuidado de distinguir entre hecho delictuoso y falta de policía, previendo que esta última puede estar señalada en un reglamento. Tal característica de la falta la ha estimado Villegas Basavilbaso como fundada en una posible delegación que el legislador hace de la facultad para señalar las faltas y su castigo, en la autoridad administrativa expresando al efecto: "...La ley formal acuerda al órgano ejecutivo, dentro de límites que la misma preceptúa, la potestad de la fijación de las sanciones por la vía reglamentaria u ordenancista..." (*op. cit.*, cap. v, núm. 591, p. 240).

El precepto debe ordinariamente ser llenado por otra disposición legal o por decretos o reglamentos a los cuales queda remitida la ley penal. Esos decretos o reglamentos son, en el fondo, los que fijan el alcance de la ilicitud sancionada, ya que, en la ley, la conducta delictiva solamente está determinada de una manera genérica. Y finalmente dice el mismo Soler que “ese género de incriminaciones es frecuente sobre todo en materia contravencional, pues en ella la variabilidad de las circunstancias hace casi imposible la minuciosa previsión de las infracciones, algunas de las cuales queden definidas como desobediencias genéricas, limitándose la ley a señalar, en esos casos, cuáles son las condiciones que facultan a la otra autoridad a llenar el blanco.”⁴⁵

En conclusión, tanto la autoridad judicial como la administrativa se encuentran vinculadas al ordenamiento jurídico cuando ejercitan su función punitiva, pero de manera diversa, en vista de que también es diversa la situación normativa que tiene cada una de ellas ante sí. Es evidente que la autoridad administrativa no puede castigar hechos que no se encuentren previamente señalados como faltas en una ley o reglamento, ni menos aún puede imponer penas diversas de las que ellos señalan. Pero esta situación es muy diferente de la que tiene la autoridad judicial frente a la prohibición establecida por el artículo 14 Constitucional para aplicar penas por analogía o por mayoría de razón. Del delito ha dicho Soler que es una conducta típicamente antijurídica. De la falta, en cambio, solamente podemos decir lo segundo o sea que es contraria a derecho, supuesto que entraña el incumplimiento de éste, pero sin revestir en todos los casos una verdadera tipicidad.

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido en una ejecutoria el siguiente criterio: “Los autores de derecho reconocen que toda ‘falta’ que en el sentido lato de la palabra, significa todo acto u omisión realizado sin derecho, en perjuicio de alguno, entraña responsabilidad. . .”⁴⁶

Solamente una aclaración se impone hacer a esta tesis: la expresión “en perjuicio de alguno” ha de significar el incumplimiento de un deber, que por lesionar el orden público —objeto de protección por el poder de policía— tenga señalada una pena legal o reglamentaria que no rebase los límites constitucionalmente establecidos para ella.

Pero, volviendo de nuevo al tema que nos ocupa, o sea el de la distinción entre el delito y la falta administrativa, tenemos que repetir que la última diferencia examinada —la que proviene del diverso papel que juega en ambas infracciones el principio de legalidad— es también puramente formal y externa y cuando más puede ser indicativa de una diferencia de naturaleza entre ellas. El hallazgo de esta última ha sido un problema sobre el que se han expuesto las más diversas opiniones. Miguel

⁴⁵ *Op. cit.*, t. 1, cap. 13, núm. VIII, p. 133.

⁴⁶ *Semanario Judicial*, t. XX, p. 737.

Montoro Puerto, que hace una amplia exposición de ellas, distinguiendo entre las que rechazan una diferencia sustancial entre el delito y la falta administrativa, las que admiten esa diferencia y las que sólo distinguen a ambos por razones distintas de su naturaleza, concluye admitiendo esa diferencia sustancial, la cual funda en un conjunto de características, entre las que destacan como más importantes el ordenamiento jurídico infringido y la naturaleza de los intereses lesionados con la infracción. Así, la falta se caracterizaría tanto por la "vulneración del ordenamiento jurídico administrativo" como por contener "lesión de aquellos intereses cuyo cuidado compete a la administración".⁴⁷ Esta distinción, que se aproxima a la que propone Rocco, es rechazada muy acertadamente por Soler⁴⁸ en los siguientes términos:

Pero, con toda razón, observa Manzini, que también hay delitos contrarios a la administración y al interés meramente administrativo del Estado, con lo cual la pretendida diferencia queda, sin duda, en terreno muy inseguro.⁴⁹

El mismo Soler se inclina por la negación de una diferencia sustancial entre el delito y la falta al decir:

No puede, pues, afirmarse una distinción cualitativa prejurídica entre delito y contravención. Lo importante es buscar, dentro de un orden jurídico dado, la posibilidad de hallar criterios para establecer la diferencia, no abstracta, sino concreta; no como un problema puramente especulativo, sino en cuanto lo requiera prácticamente el orden jurídico examinado.⁵⁰

Por su parte Margarita Lomelí Cerezo llega en el fondo a sostener lo mismo, al decir:

En conclusión, el Derecho Penal Administrativo y su rama, el Derecho Penal Tributario, no tienen una materia o campo de aplicación propios determinados inequívocamente, pues no existe diferencia esencial o cualitativa entre los delitos y las contravenciones y una misma transgresión puede revestir uno u otro carácter, según lo determine el legislador. Tampoco tienen un cuerpo de prin-

⁴⁷ *Op. cit.*, 3ª parte, cap. I, núm. II, pp. 270 y 271..

⁴⁸ *Op. cit.*, t. I, p. 251.

⁴⁹ Podemos añadir por nuestra cuenta a esta objeción de Soler, que en nuestro derecho no todas las faltas van contra el ordenamiento jurídico-administrativo. Tal ocurre con las que señala la Ley Federal del Trabajo para castigar a patrones o trabajadores por incumplimiento a sus disposiciones. Además, otra observación se impone a la tesis de Montoro Puerto y es que hay que distinguir entre los intereses cuyo cuidado compete a la administración y los intereses de dicha administración, que propiamente son los del Estado. Los primeros son los que constituyen el orden público cuya protección se realiza mediante el poder de policía, el que se ejerce, entre otras formas, con el señalamiento y castigo de las faltas. En cuanto a los segundos, la protección puede revestir otro carácter diferente.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 254.

cipios propios y exclusivos, sino que necesitan recurrir para todo lo no previsto expresamente en las leyes respectivas a los principios del Derecho Penal general. Por consiguiente, esas disciplinas no pueden ser consideradas como ramas autónomas, sino que constituyen sólo derechos penales especiales.⁵¹

Más complicada es la posición adoptada a este respecto por Constancio Bernaldo de Quirós, quien al preguntarse en qué se diferencian los delitos de las contravenciones, contesta:

La cuestión es difícil, sobre todo porque el concepto ontológico de la contravención, no trabajado aún suficientemente, aparece por lo general muy deformado, obedeciendo a criterios distintos. . .⁵²

Y sostiene este autor que los criterios de distinción entre ambas infracciones han variado históricamente en atención a las circunstancias, añadiendo que

lo que hasta ahora ha detenido la elaboración de la teoría jurídica de las contravenciones según su ley verdadera, ha sido, sencillamente, su confusión con los delitos leves, a los que sólo se parecen en la lenidad de las penas.⁵³

No es del caso hacer aquí un análisis de estas y otras opiniones para reconocer lo que en ellas hay de verdadero y positivo, desechando a la vez lo que contienen de erróneo. Este tema se halla en íntima conexión con el de la existencia y autonomía del derecho penal administrativo como rama diferenciada del derecho penal general y de su estudio nos ocuparemos detalladamente en otra obra.

Por ahora sólo queremos apuntar la dirección en que —a nuestro modo de ver— puede hallarse la diferencia sustancial entre el delito y la falta administrativa, motivadora de las distintas características formales que presentan ambas infracciones en nuestro derecho positivo. Ya hemos dicho que entre estas últimas pueden señalarse la diversa magnitud de la sanción, la autoridad encargada de imponerla y el procedimiento seguido para ello. Igualmente incluimos entre esas diferencias puramente formales la irrelevancia que, según algunas opiniones, el elemento intencional —dolo o culpa— tiene en las faltas y también la escasa determinación del tipo que configura a éstas, a diferencia de lo que ocurre con los delitos.

Tanto la falta administrativa como el delito constituyen conductas violadoras del derecho y, por lo mismo, lesivas de bienes jurídicamente

⁵¹ *Op. cit.*, cap. iv, núm. 8, p. 207.

⁵² *Derecho penal*, Puebla, Editorial José M. Cagica Jr. S. A., 1957, parte especial, parte sexta, cap. único, p. 416.

⁵³ *Ibid.*, p. 431.

protegidos. Por eso la ley señala a ambas infracciones de algún modo más o menos preciso, pero que permite distinguirlas de otras conductas que no sean antijurídicas, haciéndolas objeto de una sanción afflictiva para el infractor. Sin embargo, la finalidad que con esta última se persigue es diferente en ambos casos. La sanción penal constituye una forma mucho más profunda y radical de defensa del derecho; una lucha más a fondo contra lo antijurídico, que lleva, en último término, la pretensión de aniquilarlo o eliminarlo. Por el contrario, la sanción administrativa es sólo una medida emergente y rápida, destinada a proteger el orden público por estar fundada en el poder de policía del Estado. Ciertamente también combate lo antijurídico, pero lo hace en un plano mucho más superficial, sin el propósito de destruirlo definitivamente, buscando tan sólo detenerlo allí donde la urgencia del caso lo requiere.

Algunas consecuencias de esta diversa finalidad vienen a confirmarla y son dignas de tomarse en consideración. La sanción penal lleva implícita en nuestro derecho la reparación del daño causado con el delito (artículo 29 del Código Penal). La sanción administrativa, en cambio, es ajena por completo a toda misión reparadora del daño causado con la falta. La primera, por ese carácter más radical que le hemos señalado, busca destruir los efectos ya causados por el hecho ilícito. La segunda, por el contrario, sólo intenta impedir los efectos futuros de éste.

Hay otra consecuencia que en la actualidad parece evidenciarse. Es la tendencia predominantemente educativa, más que punitiva (sin que desaparezca esta última), presentada por el derecho penal hoy en día. Su intento de lucha radical contra la violación al derecho, lo hace ir hasta el fondo, en busca de las causas de esa violación en la persona misma del infractor, para combatir las allí mediante una regeneración de éste. Ello parece hacerse más notorio a partir de las reformas publicadas en marzo de 1971 a los artículos 84 del Código Penal y 674 del de Procedimientos Penales del Distrito Federal. Pero mientras no se conozca el resultado de esta experiencia, es necesario para el Estado detener la violación al derecho mediante el poder de policía. Para subsistir, la sociedad no puede esperar ese resultado, pues independientemente de que se tenga o no éxito con las medidas que se emplean para alcanzarlo, es preciso mantener el orden público con medios de efectividad inmediata que permitan al Estado ejercer normalmente sus funciones y a los particulares convivir en paz y con seguridad para sus intereses. Por eso creemos que a la disminución de la finalidad represiva del derecho penal —aun cuando ella no desaparece del todo— debe corresponder un mayor desarrollo del poder administrativo de policía, para salvaguardar el orden público con medios más eficaces y de acción inmediata, uno de los cuales

es la determinación de las faltas y su correspondiente sanción administrativa.

La tercera consecuencia que puede observarse de esa diferente finalidad que tienen la sanción administrativa y la penal es la frecuente coexistencia de ambas respecto de un mismo hecho, lo que resultaría inexplicable si no se reconociera el diverso objetivo que se persigue con ellas y aparecería como consecuencia injustificable por desconocer el principio "non bis in idem", reconocido como garantía individual por el artículo 23 de nuestra Constitución.⁵⁴ Es frecuente hallar en las leyes disposiciones que previenen en una u otra forma que la responsabilidad administrativa en que incurra un infractor no obsta para aplicarle la sanción penal que por la misma infracción le corresponda. Baste citar como ejemplos al respecto los artículos 741 y 973 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, 35 del Código Fiscal de la Federación, 439 del Código Sanitario y 49 del Reglamento de Faltas de Policía en el Distrito Federal. Más aún, existe en nuestro derecho positivo el caso en que la aplicación de sanciones administrativas es requisito previo para que se considere consumado un delito y pueda ser castigado como tal. Así ocurre con el de desobediencia a mandato de autoridad, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 179 y 183 del Código Penal.⁵⁵

Estas tres consecuencias que acabamos de señalar, revelan, como hemos expresado, la diversidad de fines que persiguen la sanción administrativa y la penal. Pero, respecto de la primera consecuencia que indicamos, queremos anticiparnos a contestar una objeción que se nos puede hacer. Dijimos que la sanción penal lleva anexa la reparación del daño, en tanto que la sanción administrativa no la incluye. Tratándose

⁵⁴ Margarita Lomeli Cerezo sostiene que es inconstitucional la doble sanción de un hecho, como falta y como delito a la vez y opina "que para evitar la violación del artículo 23 constitucional y del principio esencial del orden jurídico, denominado *non bis in idem*, que consagra dicho precepto constitucional, en estricto derecho tendría que suprimirse la dualidad de procedimientos (penal y administrativo) a que nos hemos referido, para lo cual sería necesario que se optara por uno solo de ellos. Es decir, las transgresiones que actualmente constituyen a la vez delito e infracción administrativa, tendrían que configurarse o bien como delitos o exclusivamente como contravenciones..." (*op. cit.*, cap. III, p. 155). En contra de esta opinión existe la de Manuel Rivera Silva, que dice al respecto: "La duplicidad de estimaciones no lesiona el principio del artículo 23 Constitucional, que prohíbe, ser juzgado dos veces por el mismo delito, más no ser juzgado una vez por lo que de criminal tiene un acto y otra por la infracción administrativa que concurrentemente con el delito se puede presentar" (*Los delitos fiscales comentados*, México, Ediciones Botas, 1949, cap. I, p. 29).

⁵⁵ Las medidas de apremio empleadas por la autoridad para hacer cumplir sus determinaciones, entre las cuales se encuentran la multa y el arresto, son materialmente administrativas aun cuando formalmente provengan de una autoridad judicial. De ningún modo pueden considerarse como pena, pues no se imponen mediante un proceso ni para castigar un delito, sino tan sólo para reducir la contumacia de un litigante o de un tercero. Son verdaderas sanciones de policía, tendientes a mantener el orden público dentro del procedimiento judicial.

de sanciones a faltas fiscales se ha dicho que la reparación está constituida por los recargos y la multa que se hacen pagar al infractor. Respecto de los primeros es cierta la afirmación, porque los recargos constituyen una verdadera indemnización moratoria para el fisco, semejante a la que en el caso de responsabilidad civil son los intereses moratorios que se pagan al acreedor por el retardo en el cumplimiento de una obligación de esta clase. Pero también podemos sostener que dichos recargos no forman parte de la sanción administrativa propiamente dicha, que es de carácter eminentemente punitivo y no de resarcimiento.

Por lo que toca a la multa, en cambio, ocurre a la inversa. Constituye una verdadera pena impuesta al infractor, con carácter afflictivo para él y aun cuando el fisco se beneficie económicamente con ella, no implica esto que sea una indemnización para el mismo. Esta diferencia entre los recargos y la multa la reconocen los artículos 22 y 726 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal. Es verdad que algunos autores han pretendido distinguir entre multa penal y multa fiscal, asignando a la primera una finalidad de castigo y a la segunda de indemnización. Benjamín Villegas Basavilbaso ha dicho de esta última que "tiene una finalidad compensatoria; es una indemnización del daño patrimonial fiscal".⁵⁶ Pero esta distinción nos parece inaceptable en nuestro derecho por las razones antes expresadas. Estamos totalmente de acuerdo con la opinión de Margarita Lomelí Cerezo quien expresa que

la multa ha sido considerada por algunos autores como una sanción o medida cuyo fin es exclusiva o predominantemente reparatorio, carácter que, a nuestro juicio, corresponde sólo a los recargos, pero no a la multa. . .

Y más adelante añade dicha autora:

la multa tiene un fin primario de represión de la violación cometida y de amenaza o intimidación para los demás sujetos a la misma obligación. Su contenido pecuniario que beneficia indudablemente al fisco, es una característica de orden secundario. Efectivamente, las multas no se establecen con el propósito principal de aumentar los ingresos del Estado, sino para castigar las transgresiones a las disposiciones legales.⁵⁷

Nos parecen acertadas las razones en que funda esta opinión su autora y les añadimos por nuestra cuenta otras dos más. La primera es que, si la multa tuviera como finalidad indemnizar al fisco, el hecho de que se imponga además de los recargos haría que el Estado se viera injustamente resarcido dos veces por un solo daño, proveniente de una misma falta. La segunda razón, es que las multas impuestas como pena por he-

⁵⁶ *Op. cit.*, cap. VII, p. 312.

⁵⁷ *Op. cit.*, cap. V-D, pp. 218 y 220.

chos delictuosos benefician también económicamente al fisco, aún en aquellos delitos no cometidos contra él y que, por lo mismo, no le han causado daño. Si su finalidad fuera la de indemnizar, deberían ser aplicadas en tal caso a la víctima, no al Estado. Solamente dos casos conocemos en que —por excepción— puede reconocerse a la multa un carácter indemnizatorio. Existen en materia judicial, de acuerdo con nuestro Código de Procedimientos Civiles. Cuando la incompetencia (artículo 167) o la recusación (artículo 189) son declaradas improcedentes, la multa impuesta a quien las promovió, se aplica en beneficio de su colitigante.

En conclusión, el legislador erige una conducta como delito o como falta o como ambas cosas a la vez y le señala las sanciones penal y administrativa correspondientes, según sea la finalidad que persiga respecto de aquélla. Los motivos que lleven al legislador para hacer esa determinación de ilicitud escapan al objeto del presente estudio. En nuestra legislación hemos visto aparecer algunos hechos primero con el carácter de faltas y más tarde como delitos. Tal es el caso de diversas infracciones fiscales. Otras veces el proceso ha sido inverso. Después de existir como delito un hecho, ha venido a quedar señalado como falta administrativa. Ejemplo de esto último es la revelación del secreto profesional que nos ocupa en este trabajo. Consideramos plausible la medida, al sancionar la revelación en este doble aspecto, para una mejor protección del orden público ante el ejercicio profesional, aunque no sin reiterar la crítica que hicimos más arriba al precepto correspondiente de la Ley de Profesiones, por dejar la sanción de la falta a un reglamento, en lugar de haberla señalado la misma Ley en que se encuentra.

En cuanto a la revelación de secretos, cuando es hecha por el notario y reviste carácter de falta por incumplimiento al deber establecido en el artículo 31 de la Ley del Notariado, es objeto de sanciones de carácter disciplinario que la misma Ley establece. Pero ese tema lo reservamos para tratarlo en el capítulo correspondiente, que es el séptimo de esta obra.

Capítulo Quinto: Los límites del secreto profesional. Primera Parte . . .	171
I. El concepto de justa causa como límite del secreto. Causas abstractas y causas concretas de justificación	171
II. La legítima defensa. Sus requisitos positivos y negativos	174
III. El estado de necesidad. Sus semejanzas y diferencias con la legítima defensa. Valoración comparativa de los bienes. Conflicto entre bienes de igual valor. El punto de vista moral. Requisitos legales del estado de necesidad	181
IV. Aplicación de las dos anteriores causas de justificación al caso particular de la revelación de secretos. Su función primordial en nuestra ley como causas de atipicidad. Opiniones de los moralistas y su aplicación al derecho	198
V. Las llamadas causas supraleales de justificación como justa causa para revelar	204

CAPÍTULO QUINTO

LOS LÍMITES DEL SECRETO PROFESIONAL

PRIMERA PARTE

SUMARIO: I. *El concepto de justa causa como límite del secreto. Causas abstractas y causas concretas de justificación.* II. *La legítima defensa. Sus requisitos positivos y negativos.* III. *El estado de necesidad. Sus semejanzas y diferencias con la legítima defensa. Valoración comparativa de los bienes. Conflicto entre bienes de igual valor. El punto de vista moral. Requisitos legales del estado de necesidad.* IV. *Aplicación de las dos anteriores causas de justificación al caso particular de la revelación de secretos. Su función primordial en nuestra ley como causas de atipicidad. Opiniones de los moralistas y su aplicación al derecho.* V. *Las llamadas causas suprallegales de justificación como justa causa para revelar.*

I. De lo expuesto en anteriores capítulos ha podido comprobarse sin lugar a duda, una característica de la obligación de reserva: que ésta no es absoluta, reconoce límites. Tan erróneo sería desconocer aquélla como extenderla fuera de éstos. Determinar en cada caso cuáles son dichos límites no siempre es tarea fácil; se ha prestado a discusiones ya añejas. Por eso le hemos dedicado el presente capítulo y el siguiente, con objeto de tratarla de manera especial.

Sergio Kostoris sostiene que existen dos límites para la protección penal del secreto:

subjetivo uno, el daño —y referido a la sola persona ofendida por el delito— eminentemente objetivo el otro —la justa causa— pero con reflejo subjetivo, tanto respecto al agente, como a la persona ofendida o a terceros. Pero de hecho —añade este autor— cuando se han previsto conjuntamente, los límites a la prohibición de revelación son iguales y ciertamente fungibles.¹

Esta última expresión de Kostoris nos da la pauta para precisar en dónde están los verdaderos límites del deber de reserva, que son al mismo tiempo límites al derecho de revelación, ya que donde termina aquél comienza este último. El verdadero límite se reduce a la justa causa para revelar.

¹ *Il segreto come oggetto de la tutela penale*, Padova, Cedam Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1964, núm. 12, p. 30.

Ya hemos dicho en el capítulo primero que la obligación de reserva se funda o tiene su origen en la acción conjunta del interés y la voluntad. Ambos se manifiestan en la producción de un perjuicio (el daño, a que se refiere Kostoris) y en la falta de consentimiento del afectado, para sufrirlo. La justa causa tiene que referirse entonces a alguno de estos dos factores causales, ya sea suprimiéndolo o bien haciéndolo ineficaz. Por lo que toca a la falta de consentimiento, cesa ella cuando dicho consentimiento se presta, siempre que se trate desde luego, de bienes disponibles, como lo explicamos ya también en el capítulo segundo. En cuanto al interés, la justa causa existirá cuando falte éste (por no haber daño) y también cuando a pesar de existir dicho interés, haya otro mayor que se le contraponga. Es decir, que el conflicto se resolverá en tal caso en favor del interés preponderante. Se buscará causar el mal menor.

El problema de la justa concierne en último término a la obligación de reserva en sí misma. Pero como las leyes, no reglamentan ésta en su carácter de obligación civil, según lo hemos hecho ver ya en el capítulo tercero, la justa causa, como límite que es de esa obligación, tiene que ser estudiada indirectamente para ella, esto es, a través del incumplimiento a la obligación, particularmente del incumplimiento delictuoso. Y es que para éste existen las únicas disposiciones legales expresas de las cuales hay que partir, como de un punto de apoyo en el derecho positivo, para estudiar la justa causa como límite de la obligación. Además, se da la circunstancia de que, como consecuencia de lo anterior, es la doctrina penal la que ha estudiado con mayor amplitud este tema en la teoría de las causas de justificación. Pero no debe perderse de vista que estas causas, al fijar límites al incumplimiento antijurídico, los reconocen implícitamente a la misma obligación incumplida. Así, puede sostenerse en principio que al profesionalista atañe esta obligación y que, por lo mismo, debe guardar reserva sobre los hechos conocidos en su ejercicio profesional. Debe guardar y custodiar el secreto, por regla general. . . pero no siempre. Esa obligación cesa para él cuando se presenta una justa causa para revelar. Determinar cuándo existe esta última, implica ir al estudio de las causas de justificación que reconoce el derecho penal, esto es, de las causas que vuelven lícito, en determinadas circunstancias, un hecho en principio ilícito, quitándole antijuridicidad, a pesar de hallarse tipificado como delito.

El artículo 15 del Código Penal señala en sus fracciones III, IV y V cuatro causas de justificación susceptibles de aplicarse a la obligación de reserva. Dice el texto legal:

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: . . .III. Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona,

honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente; a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

Segunda. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

Tercera. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa y

Cuarta. Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa. . .

IV. El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquél que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro;

V. Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley; . .

Las anteriores causas de justificación son las mismas que la doctrina ha designado tradicionalmente con los nombres de legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legales. De la fracción IV hay que excluir el miedo grave o temor fundado que quita la responsabilidad penal como causa de inimputabilidad, no de justificación, y, por lo mismo, es ajena al tema que tratamos, ya que dicha excluyente fue indebidamente incluida por el legislador, en la misma fracción IV, con el estado de necesidad.

Las primeras interrogantes que surgen al contemplar estas cuatro causas de justificación previstas en la ley —y por lo demás moralmente reconocidas, como veremos más adelante— son éstas: ¿no resulta acaso un tanto artificial atribuir la justificación a cuatro causas diferentes?, ¿no podrían reducirse ellas solamente a dos o quizás a una, atentos los principios que las rigen?

El fundamento de ambas preguntas es el siguiente: si la legítima defensa y el estado de necesidad, que tienen en común el ser actos defensivos, constituyen en todo caso el ejercicio de un derecho y pueden llegar a ser el cumplimiento de un deber ¿por qué entonces diferenciarlos de estas dos últimas excluyentes? A su vez el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber como causas de justificación, se reducen siempre, en último término, a la defensa de intereses individuales o sociales jurídicamente protegidos.

La defensa puede ser permitida como voluntaria (derecho) o impuesta como obligatoria (deber) contra peligros creados por hechos humanos

ilícitos (legítima defensa) o por hechos extrajurídicos, ajenos al derecho (estado de necesidad). Siendo así, la justificación entraña en todo caso el derecho o el deber de defender bienes jurídicamente protegidos, contra peligros que los amenazan.

Y aquí hemos llegado al punto en que hay que intentar hallar un fundamento de esa diferenciación de las cuatro causas, tradicionalmente admitidas como diversas. Hemos dicho que la legítima defensa y el estado de necesidad tienen en común el ser actos defensivos de bienes jurídicamente protegidos, contra un peligro que los amenaza. Pero se observa también otra característica común a ambas excluyentes, es su generalidad, su indeterminación. Ellas implican, es verdad, el ejercicio de un derecho y pueden llegar a ser obligatorias, constituyendo así el cumplimiento de un deber. Pero en todo caso se trata de un derecho abstracto, generalizado, no precisado específicamente en la ley. Si el bien amenazado está jurídicamente protegido por el derecho positivo en su conjunto, no por un precepto en particular, se justifica la defensa de ese bien, tanto si la amenaza proviene de hechos humanos ilícitos, como de hechos ajenos al hombre (eventos naturales, acción de seres irracionales). De allí deriva una importante consecuencia que más adelante habremos de deducir para estas dos excluyentes, legítima defensa y estado de necesidad, su elástica amplitud que las hace aptas para amparar situaciones no exactamente comprendidas en las descripciones legales de ellas.

Cosa muy diferente ocurre en las otras causas de justificación. Obrar en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber legales, requiere que ese derecho o ese deber se encuentren establecidos por un precepto expreso de la ley (de cualquier ley, no necesariamente punitiva) y su aplicación será de derecho estricto; no podrá ir más allá de los límites que la disposición legal señala a tal derecho o deber al configurarlos. Verdad es que el ejercicio de aquél o el cumplimiento de éste constituyen actos defensivos de bienes individuales o sociales jurídicamente protegidos, pero se diferencian de las acciones llevadas a cabo en legítima defensa o en estado de necesidad en que estas últimas no requieren, para justificarse, la existencia de un precepto legal expreso, fuera del que genéricamente las reconoce como excluidas de responsabilidad penal.

II. Por las anteriores razones habremos de distinguir entre causas abstractas y causas concretas de justificación y pasamos a examinar las primeras en cuanto a los elementos que para ellas exige el precepto legal antes transcrito. La legítima defensa comprende los siguientes:

Primero: la existencia de una agresión, esto es, de una actividad humana que ataca y pone en peligro bienes jurídicamente protegidos; activi-

dad que debe manifestarse en forma exterior al agente (esto es, que no puede ser puramente interna como un hecho de conciencia) aún cuando los bienes que amenace fueren de naturaleza incorpórea (peligro de daño moral).

Segundo: esa agresión debe ser actual, o sea contemporánea del acto defensivo legítimo. Sin embargo, esto no significa que no haya prioridad cronológica en la agresión porque entonces no podría ser defensivo el acto de repulsa, sino tan sólo quiere decir que entre ambos actos, agresión y defensa, no debe mediar un intervalo tan grande que permita impedir el daño por medios legales normales (protección directa por la autoridad pública) o que permita la consumación del daño, efecto de la agresión, porque en este último caso la defensa ya no tendría eficacia para evitar el mal consumado, sino que se convertiría en venganza del mismo.

Tercero: la agresión debe ser violenta, esto es, implicar el uso de la fuerza, de un ímpetu lesivo contra bienes jurídicamente protegidos.²

* La exigencia de que la agresión deba ser violenta presenta alguna dificultad cuando se trata de aplicar la legítima defensa como justificante de la revelación de secretos. La señora Islas Magallanes la admite sin reparos en este caso (*Delito de revelación de secretos*, cap. iv, núm. 2, p. 104) pero Jiménez Huerta desaprueba su opinión por estimar que el requisito de violencia implica un "ontológico obstáculo" que no permite aplicar esa causa de justificación, de acuerdo con nuestro derecho positivo, a quien se defiende revelando. No obstante, reconoce este autor que "en buenos y abstractos principios" no debe negarse que existe allí legítima defensa. (*Derecho penal mexicano*, parte especial, t. iii, p. 195). Parece que Jiménez Huerta sólo contempla el caso de violencia física y no el de violencia moral en la agresión. Por su parte, Carrancá y Trujillo parece haber evolucionado en su pensamiento sobre este requisito de la eximente. En *Las causas que excluyen la incriminación* (1944, cap. xiii núm. 164, a), pp. 293 y ss.) dice que: "La agresión puede ser material o desarrollada mediante una actividad física peligrosa para la integridad física del agredido, o puede ser moral y poner en peligro la integridad moral del agredido (amenaza de ofensas a la reputación, etcétera); todas ellas pueden dar ocasión a la justa defensa". Y renglones más adelante añade: "Toda agresión contiene subsumida la idea de violencia, de fuerza contra derecho aunque no siempre tenga que ser fuerza física o material;..." Por el contrario, en obra posterior suya, el *Código penal anotado*, sostiene Carrancá y Trujillo al comentar la fracción II del artículo 15: "Toda agresión contiene subsumida la idea de violencia, de fuerza contra derecho; pero al subrayar esta nota la fórmula legal está exigiendo la existencia de vis, fuerza física, y excluye la coacción o fuerza moral como constitutiva de las agresiones rechazables justificadamente; se requiere, por tanto, el ímpetu lesivo, la actividad física del agresor" (México, Antigua Librería Robredo, 1962, núm. 59, p. 94). Con esta segunda opinión, contraria a la primera, Carrancá y Trujillo da razón implícitamente a la de Jiménez Huerta antes señalada, respecto de la imposibilidad de aplicar la legítima defensa, en términos del derecho positivo mexicano, como causa de justificación de la revelación de secretos.

Estimamos, sin embargo, que no es este el planteamiento correcto del problema, por las siguientes razones: a) Porque, como expresamos al comienzo de este capítulo quinto, la legítima defensa, igual que el estado de necesidad, son causas genéricas o abstractas de justificación que al ser aplicadas permiten elástica interpretación en beneficio del reo, sin ceñirse a la puramente estrecha que conduzca a una aplicación rigurosa, como cuando se trata de un tipo delictivo. Este punto lo habremos de aclarar más adelante cuando tratemos, en este mismo capítulo, el problema de las causas supraleales de justificación; y b) porque es de recordarse y lo expresamos así en el capítulo segundo, que la legítima defensa, más

Cuarto: la agresión debe ser sin derecho, injusta, o, en otros términos, debe carecer de toda justificación legal la conducta del agresor. Si así no fuera, la defensa no podría ser legítima, porque tendería a impedir un resultado querido por la ley. Expresando filosóficamente lo anterior, diríase que la defensa sólo puede ser justa cuando constituye una afirmación del derecho y esto sólo puede existir cuando la agresión implica una negación de él.³

Quinto: de la agresión ha de resultar un peligro inminente, esto es, inmediato, muy cercano. Si el daño que amenaza no está próximo a realizarse, podrá ser evitado por medios legales normales. Si está ya realizado, la defensa será extemporánea y, por lo mismo, incapaz de impedirlo, con lo que perdería todo valor justificante, como se dijo al tratar de la actualidad de la agresión.

Además de estos cinco elementos positivos que la ley señala a la defensa legítima, precisa otros cuatro más de carácter negativo, consistentes en la ausencia de cuatro circunstancias que, aunque implicadas ya en los anteriores elementos, la ley quiere explicitar para quitar toda duda sobre el alcance de esta excluyente de responsabilidad y evitar el abuso de la misma.

El primer elemento negativo, consiste en que el agredido no haya provocado la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella. Es decir, que el agredido queda sin derecho a la defensa legítima si ha provocado la agresión él mismo, si la ha causado de algún modo, pues en tal caso dicha agresión no es por completo injusta, ni el agredido es por completo inocente, como la ley quiere que lo sea para que quede exento de incriminación. La provocación, que consiste en "incitar o estimular

que como causa de justificación debe utilizarse, en lo que concierne al delito de revelación de secretos, como causa de atipicidad, esto es, como "justa causa" para revelar, cuya presencia, de acuerdo con la descripción legal del tipo delictuoso, impedirá que se configure éste. En tal caso, menos aún procede una interpretación literal, rigorista, de la legítima defensa descrita en el Código Penal.

Nos parece que matiza bien nuestro pensamiento la expresión —aparentemente paradójica— de Perraud Charmantier, quien sostiene que el abogado perseguido por su cliente puede revelar, en ejercicio del derecho de defensa, o sea en "estado de defensa legítima", aclarando esto último en una nota de pie de página: "Nos guardamos bien de hablar de legítima defensa..." (*Le secret professionnel*, D. P., III-III, p. 273).

³ Como ejemplo de agresión justa, que no puede repelerse mediante legítima defensa, se cita por los autores el empleo de la fuerza pública para aprehender o castigar a un delincuente, cuando se lleva a cabo conforme a la ley y por autoridades competentes para hacerlo. De acuerdo con el principio, unánimemente admitido, de que la legítima defensa sólo procede contra agresiones sin derecho, ¿será ella procedente contra la agresión del que obra en estado de necesidad, o sea del que ataca para salvar su propia persona o bienes o los de un tercero, justificadamente? Un civilista, Andreas Von Thur, se resuelve por la negativa (*Derecho civil*, México, Ed. José Porrúa e hijos, 1945, núm. 75, p. 148).

a uno con palabras u obras, para que se enoje",⁴ no hace que sea justa la agresión del provocado, pero sí debe ser suficiente, esto es bastante, o sea que debe tener la gravedad necesaria para motivar (no precisamente para justificar), dentro de las circunstancias objetivas del caso, la conducta del agresor. Por las mismas razones exige la ley que la provocación sea inmediata, es decir, que haya precedido a la agresión, sin que medie entre ambas un intervalo tan amplio que quite a la primera su valor como motivante de la segunda.

Otro elemento negativo consiste en que el agredido no haya previsto la agresión ni haya podido evitarla por medios legales. Este segundo elemento es doble, contiene a la vez falta de previsión e imposibilidad de evitar. Se necesita que el agredido no haya previsto, esto es, conocido con certeza o sospechado con fundamento que la agresión se iba a realizar en forma inminente. Pero si la llegó a prever, su defensa sólo pudo ser legítima por no haber tenido a su alcance otro medio legal para impedir la agresión. Nótese que el precepto comentado dice con toda propiedad "otros medios legales", con lo cual reconoce más expresamente esta legalidad a la defensa justa. Pero si bien dicha defensa es legal, como produce un daño inevitable al agresor, la ley quiere que se use en último extremo, como un postrer recurso, cuando no le queda otro de que echar mano al agredido. Si éste dispusiere de algún otro medio, debe agortarlo antes. De lo contrario pierde justificación su defensa. Esto, desde luego, siempre que el otro medio no sea ilegal, pues, si lo fuere, su utilización podría ser peor que el daño causado con la defensa.

El tercer elemento negativo, consiste en que no traspase la defensa el límite de lo necesario, indispensable para evitar el mal que amenaza. La ley habla de "necesidad racional" del medio empleado, Luis P. Sisco, al comentar la ley penal argentina —que contiene esa misma expresión— la califica de acertada, porque evita la imprecisión que tendría la sola palabra "necesidad" y a la vez evita el rigor que traería consigo la expresión "necesidad absoluta", que estrecharía en forma indebida el campo de aplicación de la excluyente;⁵ pero se cuida de advertir este penalista que la racionalidad del medio necesario debe ser estimada dentro de la situación anormal en que se encuentra el agredido al momento del peligro, en que, perturbado por éste, carece de la serenidad y el discernimiento que se tienen fuera de esa situación. En otros términos, añadimos nosotros, lo que la ley exige aquí, en principio, es proporcionalidad entre la agresión y el medio defensivo empleado, pero esa proporcionalidad no debe ser estimada en forma exclusivamente objetiva por el juzgador sino también en función de la subjetividad perturbada del agredido.

⁴ Luis P. Sisco, *La defensa justa*, Buenos Aires, Ed. "El Ateneo", 1949, cap. v, p. 211.

⁵ *Op. cit.*, cap. iv, p. 147.

El cuarto y último elemento negativo de la excluyente, es también doble. Se exige que el daño que iba a causar el agresor —y que no causó gracias a la defensa— no fuera, por una parte, fácilmente reparable por medios legales y, por otra, que no fuera notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa. En otros términos, hay aquí una exigencia de irreparabilidad y otra de proporcionalidad, como en el elemento anterior, solamente que, mientras en aquél la proporcionalidad es exigida con relación a los medios, en éste lo es con relación a los resultados. Las dos exigencias de este cuarto elemento negativo tienen en común la necesidad de un conocimiento hipotético o conjetural acerca de la naturaleza y magnitud de un daño que pudo haber ocurrido, pero que por no haber llegado a existir no es susceptible de conocimiento real. Este conocimiento hipotético, de un mal que solamente fue posible, puesto que no se realizó, concierne también al agredido en el estado de perturbación en que se hallaba al momento del peligro y como tal debe ser apreciado por el juzgador, tomando en cuenta la representación mental que del daño debió haber tenido dicho agredido, atentas sus circunstancias personales y las del ambiente en que ocurrió la agresión. La primera exigencia, o sea la de irreparabilidad, implica que no pudiera destruirse posteriormente el efecto dañoso de la agresión, restituyendo las cosas al estado en que se encontraban antes de ella. Pero, de acuerdo con nuestra ley, no se requiere que esa irreparabilidad sea absoluta; basta que sea relativa. No se exige que la reparación sea imposible, basta que sea difícil (“que el daño... era fácilmente reparable”, dice el precepto), siendo necesario además que los medios por los cuales pudiera hacerse la reparación sean legales. De nuevo encontramos el concepto valorativo de legalidad empleado en el texto, esta vez como exigencia hecha a los medios para reparar el daño, igual que lo hizo antes con los medios para evitar la agresión (en el segundo elemento negativo de la excluyente) y la razón para el empleo de ese concepto, creemos que es la misma en ambos casos: se tiene obligación de agotar los medios para evitar o reparar, siempre que ellos sean legales, no en caso contrario, pues de ser así, la ley estaría contribuyendo a su propia violación y ello resultaría peor que aceptar la legitimidad de la defensa, a pesar del inevitable resultado dañoso que ella implica. Pero si la agresión amenaza con un mal que fuere fácilmente reparable después, por medios que no sean contrarios a la ley, no se tiene el derecho de acudir a la defensa. Hay obligación de dejar consumar ese mal, contra el que se tendrá posteriormente derecho de exigir al agresor la reparación, sin perjuicio de la penalidad que éste amerite por su agresión delictuosa.

La segunda exigencia de este último elemento negativo, o sea la de proporcionalidad, consiste en que el daño (posible) que iba a causar

la agresión no sea "notoriamente de poca importancia" comparado con el daño (real) causado por la defensa. Nótese que la ley, con todo acierto, no exige solamente que el primer daño sea menor que el segundo, sino que requiere que resultare de poca importancia y que el resultado de esta comparación fuere notorio. En otros términos, se pide una desproporción considerable y evidente en los daños. Exigencia razonable de la ley, por cuanto la comparación de aquéllos es difícil, atento su diverso grado de existencia (uno en potencia y otro en acto) y atentas las circunstancias del agredido al momento del peligro.

La necesidad de proporción en los medios y en los resultados, establecida por los elementos negativos tercero y cuarto que acabamos de examinar, constituye una exigencia de la ley, cuyo incumplimiento configura lo que doctrinariamente se conoce como exceso en la defensa legítima. Soler llama exceso intensivo a la primera desproporción o sea a la de los medios, distinguiéndola del exceso en la causa que se da cuando hay desproporción entre el bien defendido y el mal causado.⁶ A propósito de la última dice el eminente penalista: "Esta desproporción puede provenir ya de una disparidad material de bienes, ya de que el sujeto mismo, con su propia acción culposa coloque su bien jurídico en una situación de disvalor y de riesgo". Nos parecen dignas de comentario, en relación con nuestra ley, estas apreciaciones de Soler. Que la desproporción provenga de disparidad en los bienes (el amenazado con la agresión y el sacrificado con la defensa) lo estimamos correcto. Ciertamente nuestra ley, más que al valor comparado de los bienes, se refiere a la magnitud de los resultados dañosos, pero por la interdependencia que hay entre aquéllos y éstos, nos parece aceptable la expresión usada, a pesar de la sutil diferencia que se presenta. En lo que no podemos estar de acuerdo es en que la disparidad de los bienes (y consiguientemente de los daños, añadimos) sea solamente material, pues ello equivaldría a dejar excluidos del exceso los de carácter moral. Tampoco es aceptable la última parte de la expresión transcrita, pues el hecho de colocar el bien jurídico en situación de disvalor o riesgo es cuestión ajena a la que se examina, ya que no implica falta de proporcionalidad y además, como veremos adelante, la existencia de provocación por el agredido no implica, dentro de nuestro Código, exceso en la defensa legítima, sino completa ausencia de ésta.

El concepto de exceso va necesariamente ligado a la idea de desproporción. No excluye la existencia de la defensa legítima, sino que, por el contrario, la implica con todos sus requisitos legales. Debe haber acto de defensa, en principio justa, para que pueda darse el exceso en ella. De no existir una, tampoco podría existir el otro. Pero lo que da motivo

⁶ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Ed. Argentina, 1951, cap. 34, núm. III, p. 433.

al exceso intensivo es la falta de necesidad en la defensa. En otros términos, la defensa legítima es excesiva cuando es innecesaria y en la medida en que lo es.⁷ Sin embargo, esa falta de necesidad solamente debe ser parcial. Si fuere total, no podría ser ya legítima la defensa. Estaríamos posiblemente ante un caso de defensa putativa, esto es, de la que se ejerce contra un peligro que no es real sino imaginario; defensa ésta cuya legitimidad no ha sido aceptada por la jurisprudencia de nuestros tribunales.⁸

El artículo 16 del Código Penal establece: "El que se exceda en la defensa legítima, por intervenir la tercera o cuarta circunstancias de las enumeradas en la segunda parte de la fracción III del artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia." En otros términos, el exceso solamente se da, conforme a nuestra ley, cuando existiendo la defensa legítima con todos los elementos que la integran y que antes examinamos, carece solamente de alguno de los dos últimos que hemos calificado como negativos. De modo que si falta algún otro elemento diverso de éstos (como por ejemplo que haya habido provocación, o que la agresión no hubiere sido actual o sin derecho o que hubiere sido prevista, etcétera) no habrá exceso en la defensa legítima, sino que ésta dejará de existir, perderá totalmente su legitimidad.

De la transcrita disposición legal nos parece criticable que admita el exceso en todo caso en que falte el último elemento negativo, pues, como dijimos antes, contiene éste dos exigencias diversas: la de irreparabilidad y la de proporcionalidad en los daños. El incumplimiento de la segunda constituye exceso indudablemente, pero no así el de la primera, pues como expresamos antes no hay derecho a la defensa cuando el daño que amenaza, se prevé fácilmente reparable después por medios legales. En tal caso sólo hay derecho a la reparación. No nos oponemos a que en el supuesto se aplique también penalidad atenuada. Sólo criticamos, como error técnico, su inclusión dentro de la figura del exceso. Sin embargo, nos parecería mejor que en tal caso la atenuación no fuera forzosa como para esta figura, sino dejada totalmente al arbitrio del juzgador dentro de la escala penal que al delito se señala, para que se tomen en cuenta todas las circunstancias del caso, pero de manera espe-

⁷ El exceso en la causa —en el sentido en que Soler lo entiende, según lo expresamos antes— implica más bien una defensa egoísta y, por lo mismo, no exenta de motivos antisociales.

⁸ El criterio de nuestra Suprema Corte de Justicia, sustentado en diversas ejecutorias, ha sido en el sentido de eximir de pena los casos de defensa putativa, como situaciones de inculpabilidad por error de hecho esencial e insuperable. Pueden consultarse al respecto en el *Semanario Judicial de la Federación*, vol. xxvii, segunda parte, amparo directo núm. 2639/60, p. 139; vol. ci, segunda parte, amparo directo núm. 5310/63 y vol. lxxvi, segunda parte, amparo directo núm. 6115/62, p. 28.

cial el grado de facilidad para prever la reparación del daño que iba a causar la agresión y la reparabilidad o irreparabilidad posterior del que se causó con la defensa injustificada.

Por último, añadimos respecto del exceso, que su efecto no es destruir totalmente la legitimidad de la defensa, sino sólo disminuirla, convirtiendo ésta de excluyente de responsabilidad en atenuante, y para el efecto se establece la reducción necesaria de la pena, a la que tienen los delitos por imprudencia. No implica esto que se atribuya tal carácter al cometido en la defensa excesiva, sino tan sólo que se remite a la sanción señalada para aquéllos.⁹

III. Pasamos ahora a examinar la otra causa de justificación que, junto con la legítima defensa, hemos clasificado antes entre las genéricas e indeterminadas; es el estado de necesidad. Tema éste mucho menos elaborado doctrinariamente que el anterior. La disposición legal que le corresponde en el Código Penal es la siguiente:

Artículo 15. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal... IV. El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquél que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro;...

Parece criticable a Carrancá y Trujillo, con toda razón, que en este mismo inciso cuarto se hayan incluido dos excluyentes de incriminación de naturaleza diversa, como son el miedo grave o temor fundado (vis compulsiva) y el estado de necesidad.¹⁰ La primera es causa de inimputabilidad y, por lo mismo, afecta al sujeto activo de la infracción, en tanto que la segunda es causa de justificación que afecta al hecho mismo, privándolo de antijuridicidad.

Según el propio autor, la legítima defensa y el estado de necesidad difieren esencialmente en que la primera constituye el “contra ataque o

⁹ Algunos autores, sin embargo, no son de esta opinión. Soler, siguiendo sobre el punto la de Carrara, Alimena, Manzini y Florian, se inclina a sostener que para el sistema penal de su país el exceso en la defensa debe estimarse culposo, pues “el temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo, error que quita al hecho excesivo el carácter de doloso, para hacerlo, imputable sólo a título de culpa”. Y añade a continuación: “Entiéndase que esa doctrina no hace una mera parificación de la escala penal correspondiente al exceso con la que corresponde a la figura culposa, sino que afirma que el elemento subjetivo del exceso es culposo y no doloso”. (*Derecho penal argentino*, t. 1, cap. 34, núm. iv, p. 436.)

¹⁰ *Código penal anotado*, núm. 69, p. 105; *Las causas que excluyen la incriminación*, México, Ed. Eduardo Limón, 1944, cap. xiv, núm. 18, p. 333.

rechazo de una agresión", en tanto que el segundo constituye "el ataque o agresión mismos".¹¹

Por su parte, Fernando Castellanos dice que "en la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el ataque de un bien con su agresión)" y a continuación añade, como otra diferencia más, que "la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro lícito (la reacción, contra-ataque o defensa), mientras en el estado de necesidad no hay tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos".¹²

En su esencia, ambas excluyentes —legítima defensa y estado de necesidad— tienen en común dos cosas: a) la presencia de un peligro que amenaza dañar bienes jurídicamente protegidos y b) la salvación de esos bienes mediante la lesión a otros, también protegidos por el derecho.

Pero donde se presenta la dificultad, casi insoluble, es al intentar precisar las diferencias entre ambas excluyentes y el límite que las separa. Decir que en la legítima defensa hay una situación de lucha o de choque entre un interés ilegítimo y otro lícito, en tanto que en el estado de necesidad sólo hay un conflicto de intereses legítimos, contiene algo de verdad, pero no aclara lo suficiente la diferencia entre ambas causas de justificación.

Por lo que toca al intento de diferenciarlas diciendo que en la legítima defensa hay contra-ataque o rechazo a una agresión, mientras que la acción en estado de necesidad constituye el ataque o agresión mismos, nos parece inaceptable. Si así fuera, obraría sin derecho el que se encuentra en estado de necesidad y, por tanto, no constituiría ésta una causa de justificación, ya que el ataque o agresión que motivan la legítima defensa necesitan realizarse sin derecho para que ésta proceda.

Más acertada para diferenciar el estado de necesidad de la legítima defensa, aunque con las reservas que adelante señalaremos, nos parece la otra idea expuesta por el mismo Carrancá y Trujillo en la obra citada, en que, siguiendo a Pacheco, dice que este autor:

vio en el estado de necesidad una forma del ejercicio del derecho de defensa, sólo que mientras en la legítima defensa salvamos nuestros bienes jurídicos del peligro de la agresión que ilegítimamente los ataca, semejante derecho nos asiste en el estado necesario contra todo aquello que pueda ser motivo y origen de un daño...¹³

¹¹ *Op. cit.*, cap. xiv, núm. 174, p. 322.

¹² *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, Ed. Jurídica Mexicana, México, 1959, cap. xx, núm. 2, p. 206.

¹³ *Op. cit.*, p. 322.

En suma, este tercer intento para diferenciar ambas excluyentes parece llegar a la siguiente conclusión: en la legítima defensa la situación de peligro proviene de un acto humano, en tanto que en el estado de necesidad esa situación proviene de hechos de la naturaleza, ajenos a toda conducta del hombre. De aquí deriva una consecuencia importante: la exigencia para la primera de que la situación de peligro (agresión) sea injusta, sin derecho; exigencia ésta que carecería de sentido si se formulara al estado de necesidad. Por eso se ha dicho —y con razón— que aquella excluyente constituye una afirmación del derecho en contra de la agresión injustificada que lo niega. Conforme a esta opinión, en el estado de necesidad la situación de peligro es causal, en tanto que en la legítima defensa es finalista. En esta última el peligro quiere violar el derecho; en la primera, en cambio, no quiere violarlo porque ni siquiera lo conoce, ya que proviene ese peligro de fuerzas ciegas, extra humanas y por lo mismo faltas de conciencia.

Esta tercera opinión —superior, sin duda, a las dos anteriores— comprende la mayor parte de los casos y puede resolver en ellos el problema, pero no todos. Por eso es que, no sin ciertas reservas, la sostiene Eugenio Florian al decir:

Lo que en resumen diferencia el estado de necesidad de la legítima defensa es, precisamente, que mientras en ésta el peligro es producido por obra injusta del hombre, en el estado de necesidad el peligro tiene origen diferente y, en la mayoría de los casos, es la consecuencia del orden natural y, por así decirlo, accidental de las cosas.¹⁴

La expresión de que “en la mayoría de los casos” el estado de necesidad es consecuencia “del orden natural”, revela la prudencia del autor al no atreverse a decir que lo sea en todos, lo que significa que esta diferenciación de los dos excluyentes tampoco es absoluta.

Hay casos en que el estado de necesidad puede provenir también de conductas injustificadas del hombre, sin que por ello se convierta en legítima defensa. Ferri ha profundizado más en este problema, como lo revela el siguiente párrafo suyo:

Pero mientras en la legítima defensa la colisión es provocada por la agresión injusta que un hombre realiza, en el estado de necesidad lo es por un peligro derivado de fuerzas naturales o no humanas (animales) o también de fuerzas humanas no dirigidas a provocar aquel conflicto concreto; por ejemplo en el caso de quien mata o hiere a una persona, daña o destruye una cosa ajena para salvarse de un incendio provocado dolosa o culposamente por un tercero, o

¹⁴ *Parte general del derecho penal*, trad. de Ernesto Dihigo, Cuba, Ed. de la Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, 1929, t. I, cap. 51, núm. 323, p. 530.

para librarse de los efectos de un acto de otro que no constituye una agresión efectiva y por ello no es legítima defensa.¹⁵

Esto quiere decir que —conforme a la expuesta opinión de Ferri— lo que diferencia el estado de necesidad de la defensa legítima no es ya el origen del peligro (humano o no humano) sino la intención de quien lo causa. Si ella tiende a violar el derecho, si es injusta, la repulsa constituirá legítima defensa, si no tiende a ello, habrá estado de necesidad. Pero aún así, todavía puede haber confusión entre ambas excluyentes. Ferri reconoce la posibilidad de que el incendio sea “provocado dolosa o culposamente” en el estado necesario y la provocación dolosa sí tiende a violar el derecho, aunque no sea precisa o exclusivamente el de la persona colocada en estado de necesidad por este incendio, sino el de otra u otras. Además, pueden citarse aquí a este respecto, los siguientes casos que presenta Sebastián Soler:

La doctrina parifica la situación de necesidad creada por un evento natural con la que puede provenir de la acción de un hombre. De acuerdo a ese criterio, tanto obraría en estado de necesidad el que robase un pan a causa de su hambre extrema, como el que lo robase porque un tercero lo obligue a ello, poniéndole un revólver al pecho: en ambos casos, en efecto, se realiza un mal (robar un pan), para evitar otro mayor (la muerte por hambre o la muerte de un tiro). . . .¹⁶

Y en una nota colocada al pie de la página 425, de este mismo tomo, añade dicho autor:

La coacción que procede de la acción del hombre también puede tender a violar el bien jurídico que se defiende (revólver al pecho me exigen la destrucción de un documento); pero se diferencia porque la acción coacta, según ya lo hemos dicho, es el cumplimiento de un mandato ilícito. . .

Aún cuando la opinión de Soler encuentra inincriminables los actos que presenta en los ejemplos anteriores, como casos de acción coacta, ya sea por intimidación o bien por la semejanza que tienen con el cumplimiento de una orden ilícita, y no como estado de necesidad, creemos que no tiene razón, pues la intimidación puede no existir siempre¹⁷ y, por lo que toca a la obediencia, tampoco opera aquí como excluyente, pues no se trata de una orden dada por superior jerárquico legítimo, dentro del ámbito de sus atribuciones. La superioridad del que coaccionó no

¹⁵ *Principios de derecho criminal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed Reus, 1933, cap. III, núm. IV, p. 443.

¹⁶ *Op. cit.*, cap. 33, núm. IV, p. 322.

¹⁷ Y aun suponiendo que existiera, constituiría ella una causa de inimputabilidad, ajena al problema de justificación que aquí se trata.

es en este caso de derecho, sino de hecho y no puede, por tanto, operar como causa de justificación. Tampoco podría sostenerse que en los casos citados exista legítima defensa, pues en ellos el daño que yo causo para librarme de la amenaza de muerte no es en contra del injusto agresor, sino de un tercero inocente. La salvación mía no la obtengo repeliendo la agresión, sino, por el contrario, sometiéndome a ella. Es evidente que en tal caso solamente el estado de necesidad puede justificar mi acción, haciendo recaer toda la responsabilidad del acto en el coaccionador, causante de esa situación de necesidad. De allí se puede concluir que lo característico y distintivo del estado de necesidad no es el hecho de que provenga de causas naturales, no humanas, ni tampoco, como quiere Ferri, de fuerzas humanas no dirigidas a provocar el conflicto, pues también estas fuerzas pueden ser las causantes de ese conflicto en el estado de necesidad, dirigiéndose a provocarlo. La única diferencia que se puede encontrar entre legítima defensa y estado de necesidad, creemos que radica en el hecho de que con la primera se sacrifican bienes del injusto agresor, en tanto que con el segundo, los que sacrifican pertenecen a un tercero inocente, a un extraño que no causó la situación de peligro. En otros términos, la diferencia entre ambas causas de justificación no debe buscarse en el origen de la situación peligrosa, sino en la titularidad de los bienes que se sacrifican para salvarse de ella.

De esto último ha resultado una importante consecuencia. Algunos autores sostienen que, por la razón anterior, debe haber mayor rigor para aceptar el estado de necesidad que la legítima defensa. Carrancá y Trujillo se expresa al respecto en los siguientes términos:

Por esto, en cuanto a la condición subjetiva, el estado de necesidad y la legítima defensa no difieren entre sí; mas ocurre cosa contraria en cuanto a la condición objetiva, pues en la legítima defensa es sacrificado un injusto agresor en tanto que en el estado necesario el sacrificado es un inocente. Por ello debe imponerse en los casos de estado de necesidad "una valuación más rigurosa que con la legítima defensa", según Ferri; "un mayor rigor, ya que el derecho violado es aquí en hipótesis no el de un agresor sino el de un inocente" según Florián.¹⁸

Las citas hechas por Carrancá y Trujillo en el párrafo anterior se refieren seguramente a los siguientes textos. Enrique Ferri dice sobre el punto que estamos tratando:

Y mientras en la legítima defensa el que reacciona ofende a su agresor, esto es, al responsable de la colisión producida, en el estado de necesidad... el que se salva sacrifica el derecho personal o patrimonial de terceros inocentes que no han hecho nada o no han pensado (si es que fueron causa involuntaria

¹⁸ *Op. cit.*, p. 326.

del conflicto) provocar aquel peligro contra el que se defiende. Debido a ello, la justificación del estado de necesidad demanda una valuación más rigurosa que la legítima defensa; porque, si la condición subjetiva (motivos determinantes) es igual en uno y otro caso, la condición objetiva es en cambio diversa, y el que resulta sacrificado no puede culparse a sí mismo del daño sufrido, como ocurre respecto al injusto agresor.¹⁹

Por su parte Eugenio Florian se expresa como sigue sobre el estado de necesidad:

Los requisitos indicados son en gran parte análogos a los de la legítima defensa y deben valuarse con los mismos criterios; quizá con mayor rigor, ya que el derecho violado es aquí en hipótesis no el de un agresor, sino el de un inocente.²⁰

¿Se justifica realmente esa diferencia de tratamiento entre la legítima defensa y el estado de necesidad, emplando mayor rigor y severidad para admitir este último? Lo estimamos dudoso. El hecho de que sea un injusto agresor el sacrificado con la primera, en tanto que es un inocente el dañado con el segundo, no justifica necesariamente tal diferencia. Ninguno de los autores antes citados da razón alguna para fundarla. ¿Será acaso porque repugna más a nuestra sensibilidad el sacrificio de un inocente que el de un culpable? Así ocurre en efecto con nuestros sentimientos, pero ellos no constituyen una razón intelectual suficiente para fundar el diferente trato en ambos casos.

Se dirá entonces que en la legítima defensa el injusto agresor recibe el daño que merece por su acción ilícita en tanto que en el estado de necesidad el inocente recibe un daño que no merece. Esta segunda razón que suponemos nosotros, no es del todo fundada. En primer lugar no sabemos si el daño que recibe el agresor con la defensa es o no realmente el que en justicia merece por su proceder ilícito. Pero aún suponiendo que así fuera, es al Estado únicamente a quien compete infligírselo; de ninguna manera al particular, que sólo tiene facultad para defenderse, no para castigar. Sostener lo contrario equivaldría a ver en la legítima defensa una finalidad punitiva que no puede ser aceptada. El daño sufrido por el agresor, a consecuencia de la defensa, es un mal producido por la necesidad de ésta, pero no un castigo por su conducta. Y resultado de esto último es que si sobrevive, deberá ser castigado por la autoridad, cuando menos como delincuente en grado de tentativa, por su agresión ilícita, sin que pueda relevarlo de la pena el daño que le causó el agredido al defenderse.²¹

¹⁹ *Op. cit.*, p. 443.

²⁰ *Op. cit.*, p. 532.

²¹ Ello es una consecuencia de que el derecho que se tiene, tanto en la legítima defensa

Examinada esta cuestión desde el punto de vista de la defensa social y de la peligrosidad del delincuente, se llega a idéntica conclusión. Es evidente que el injusto agresor revela peligrosidad por el ataque sin derecho a bienes jurídicamente protegidos, en tanto que el tercero inocente, a quien se sacrifica en estado de necesidad, no revela peligrosidad alguna. Pero esa no es una razón para ser más riguroso con esta última eximente, pues el acto no tiene más finalidad que salvar los bienes amenazados; de ninguna manera es una medida de seguridad tendiente a regenerar o a excluir al sujeto peligroso, para defensa de la sociedad. La prevención contra esa peligrosidad corresponde tomarla únicamente al Estado, no al particular. De otra manera, el problema queda defectuosamente planteado, pues el acto defensivo, tanto cuando se trata del estado necesario como de la legítima defensa, se justifica en razón de la necesidad que hay del mismo para salvar bienes jurídicamente protegidos que se encuentran amenazados y nunca en razón de la peligrosidad que revela el causante de esa amenaza, que crea la situación de peligro para los mismos.

En conclusión, puede sostenerse que lo único que permite diferenciar la legítima defensa del estado de necesidad es que en la primera se sacrifican bienes de quien causó el estado de peligro, en tanto que en el segundo, se sacrifican los del que no lo causó. Y esto puede verse con mayor evidencia en el problema que plantea y resuelve Edmundo Mezger al sostener que "la lesión de terceras personas causada con motivo de la legítima defensa no queda cubierta por ésta. . . el atacado puede alegar frente a terceros neutrales. . . el llamado estado de necesidad. . ."²² Solución ésta por la que se decide dicho autor, aunque reconociendo que el problema es controvertido por la diferencia de opiniones que hay al respecto entre los autores.

Entrando ahora a examinar los elementos que de acuerdo con nuestra ley requiere el estado de necesidad como causa de justificación, encontramos los siguientes. El artículo 15 del Código Penal, en la fracción antes transcrita que establece esa excluyente, habla de "la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro". Esta expresión no es del todo exacta a nuestro modo de ver, pues no existe propiamente necesidad de salvar la persona o los bienes, ya que en definitiva el amenazado tiene la posibilidad de optar libremente por el sacrificio de ellos. De lo que existe necesidad, estrictamente hablando, es de

como en el estado de necesidad, es el de defenderse contra el peligro en sí mismo y no contra la perversidad del que lo causa. Esta última resulta irrelevante para la defensa, por lo cual la situación no cambia en ambas excluyentes.

²² *Tratado de derecho penal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. de la Revista de Derecho Privado, t. 1, núm. 31, pp. 386-388.

sacrificar bienes ajenos, jurídicamente protegidos, para salvar los propios o los de un tercero a quien queremos defender. Se trata, en el fondo, de una imposible coexistencia de bienes (de una colisión, dicen los autores), es decir, de una situación en que, resultando incompatibles entre sí dos bienes, precisa sacrificar uno de ellos para salvar al otro.

Pero el fundamento objetivo del estado de necesidad, que le da su valor justificante, consiste en que el bien sacrificado sea el de menor valor, con objeto de que se salve el más valioso. En esta diferencia de valor en los bienes se basa el interés de la sociedad por la acción salvadora que se realiza en estado de necesidad y que al igual que en la legítima defensa, no constituye una negación del derecho sino una afirmación del mismo, supuesto que pone a salvo el bien de mayor valor, evitando con eso una pérdida objetiva para la sociedad. Así pues, obrar en estado necesario será una conducta legalmente justificada y por tanto no delictuosa, cuando en el conflicto de dos bienes de valor diverso, se salva el más valioso de ellos, sacrificando al otro. Pero carecerá en cambio de justificación esa conducta si ocurre a la inversa, con lo cual el acto realizado tendrá que ser inculminable.²³

Este planteamiento del estado de necesidad como causa de justificación, no deja de presentar ciertos problemas. El primero de ellos, es el que se refiere a la valoración objetiva de los bienes en conflicto; el segundo se presenta cuando los bienes son de igual valor y el que se sacrifica vale tanto como el que se salva. Una tercera dificultad, que complica aún más las anteriores, se da en el caso de salvación de bienes ajenos, es decir, de los que pertenecen a otra persona diversa de la que lleva a cabo esa salvación.

Al respecto dice Carranca y Trujillo:

Con penetrante análisis el maestro Jiménez de Asúa distingue dos grandes grupos de casos de estado necesario: *a)* caso de conflicto entre bienes o derechos desiguales; y *b)* caso de conflicto entre bienes o derechos iguales. El primer grupo, cuyo ejemplo es el conflicto entre vida y propiedad, se resuelve fácilmente con la preeminencia del interés mayor evidente, o sea la vida, es decir, objetivamente conforme a la teoría de la colisión de bienes o derechos,

²³ Este es un principio general que rige forzosamente al estado de necesidad como causa de justificación, aun cuando la disposición vigente en nuestro Código Penal lo haya lamentablemente omitido. También el Código de 1929 dejó de ponerlo, a diferencia del Código de 1871, que sí lo contenía de manera expresa. Por fortuna, a pesar de esa omisión, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio de considerar como requisito para que opere la justificación en el estado de necesidad, la desigualdad de los bienes, considerando indispensable que sea el de mayor valor el que se salva a costa del menos valioso. Esta tesis puede verse entre otras en las siguientes ejecutorias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación*, vol. xxvii, segunda parte, amparo directo núm. 3685/59 p. 49; vol. xxi, segunda parte, amparo directo 7072/58, p. 43 y vol. xxiv, segunda parte, amparo directo 1866/57, p. 50.

subjetivamente a la de la falta de peligrosidad del agente. El segundo grupo, cuyo ejemplo clásico es el de la *tabula unius capax* disputada por dos naufragos, examinado ya por Carnéades, sólo puede resolverse reconociendo la vuelta a la naturaleza, la ausencia de materia jurídica propia. Este caso ofrece la particular dificultad de la intervención de terceros, cuya justificación debe dejarse al libre arbitrio del juez sin que la ley deba precisar grado de parentesco, vinculación amistosa o sentimental, etcétera.²⁴

Por su parte Sebastián Soler se expresa sobre el tema del estado de necesidad, como sigue:

Distintos criterios acerca de su carácter. Es por ello que la naturaleza de esta causa de exclusión de pena es aún profundamente discutida. Mientras unos sostienen que la necesidad no torna lícito el hecho, sino que determina sólo una renuncia del Estado a la punición, otros sostienen la licitud de ese acto, en perfecta paridad con las demás causas de justificación. Finalmente, para otros es indispensable hacer diferencias según la importancia del bien sacrificado con relación al bien salvado, concluyendo en que el hecho es lícito, si el bien sacrificado es menos valioso, ilícito en caso contrario, e irrelevante, si se trata de bienes equivalentes. Para este último tipo de doctrinas jurídicas es esencial el resultado de la comparación de los bienes jurídicos, para hacer de ellos una apreciación valorativa.²⁵

El primer problema, o sea el relativo a la comparación de valor entre los dos bienes en conflicto, tiene que revestir un carácter netamente objetivo, es decir, vinculado a la valoración que de esos mismos bienes hace el derecho. Para esto se ha propuesto por los autores tomar como un primer criterio de valuación la diversa gravedad de las penas con que la ley tutela a los distintos bienes jurídicos, castigando la lesión de ellos. El mismo Sebastián Soler sostiene tal opinión como sigue:

Para efectuar esa comparación, está en primer lugar la valoración que importa la ley penal misma cuando, al clasificar los distintos bienes jurídicos, sanciona con diversas escalas penales su violación, de una manera que la magnitud de esas sanciones es ya un criterio positivo de valoración. Si ese procedimiento, sin embargo, no fuere concluyente, deberá recurrirse a la interpretación sistemática. Pero en este punto debemos rechazar una vez más el criterio de limitación a que conduce el punto de vista de Mezger, para el cual, en la valoración de bienes, es decisiva la norma de cultura; o la idea del derecho, con lo que se va a parar a un estado de necesidad suprallegal, cuyo contenido se pierde en vagas consideraciones sociológicas.²⁶

La opinión de Edmundo Mezger, criticada en la anterior cita, se halla expresada por este autor en los siguientes términos:

²⁴ *Op. cit.*, cap. xiv, núm. 177, p. 327.

²⁵ *Op. cit.*, t. I, p. 420.

²⁶ *Ibid.*, t. I, p. 421.

...La apreciación valorativa material que a consecuencia de dicho carácter ha de hacerse ahora, se realiza con otros medios jurídicos de auxilio. Ante todo, teniendo en cuenta las valoraciones de los bienes jurídicos que se deducen de la ley, como la que se desprende, por ejemplo, de la gravedad de las penas con que se sancionan los diferentes delitos; pero, en segundo término y en los casos que este criterio legal no nos conduzca a la meta deseada, con arreglo a consideraciones "supralegales", pero siempre jurídicas, tomando en consideración al efecto las concepciones culturales de índole general y, en último término, la idea misma del Derecho.²⁷

Ciertamente, las diversas escalas de penalidad que la ley establece para los delitos, constituyen una expresión de lo que para el derecho significan los bienes tutelados con ellas. Pero no es ésta la única manera como el derecho expresa su diferente estimación para los bienes. Creemos que pueden encontrarse otros criterios reveladores de esa estimación y, por lo mismo, del diferente valor de aquéllos, que pueden ser tomados en cuenta frente a este primer problema que plantea el estado de necesidad. Así, dentro del mismo campo del derecho penal, se revela, por regla general, un mayor interés social en el caso de los delitos que se persiguen de oficio que en el de aquellos que requieren para su persecución la querrela del ofendido. Si pasamos a otras ramas del derecho también encontramos importantes criterios de valuación de los bienes. El derecho civil manifiesta la diversa importancia que da a los mismos, con disposiciones tales como las que establecen los diversos plazos para adquirir bienes por prescripción positiva o para extinguir derechos con la negativa; las que establecen la posibilidad o la imposibilidad de renunciar ciertos derechos, sobre todo en las relaciones de familia; las que tutelan la libertad de manera más o menos enérgica con exigencias ineludibles de forma o de solemnidad que necesariamente deben guardarse, como ocurre con los contratos y con los testamentos; pero, sobre todo, es más notoria esta desigual estimación de los bienes dentro del campo del derecho privado, con la preferencia que para el pago de ciertos créditos privilegiados se establece, tales como los alimenticios y los de trabajo. En los derechos procesal y administrativo también pueden encontrarse valiosas diferenciaciones en el tratamiento que se da a los bienes para su debida protección. Ellas se encuentran expresadas en disposiciones tales como las que establecen la inembargabilidad de ciertos bienes y derechos y también en la mayor o menor expeditéz del procedimiento que debe seguirse para hacer efectivos éstos, que va desde el juicio ordinario, de amplios y dilatados términos hasta el especial y ejecutivo y que alcanza su mayor expresión en el caso de los

²⁷ *Op. cit.*, p. 392.

créditos fiscales, con el procedimiento económico-coactivo que se sigue para cobrarlos.

Es indiscutible que de todas estas diferentes maneras que el derecho emplea para la protección de los bienes, se deduce el diverso valor en que los estima, y podría, a consecuencia de ello establecerse una jerarquía que permitiera —en un momento dado— distinguir el bien de mayor valor. Esto tiene particular importancia, principalmente, cuando se trata de aplicar el estado de necesidad a la revelación de secretos como justa causa para la misma, tema éste que trataremos más adelante.

La razón de considerar al estado de necesidad como causa de justificación, se funda, en el caso de la desigualdad de bienes, en la salvación del más valioso. En otros términos, se justifica en función del interés preponderante o, lo que es lo mismo, en el principio del mal menor. A este respecto se expresa con toda razón Fernando Castellanos, como sigue:

Sólo desde un punto de vista objetivo, en razón de la esencia misma del elemento del delito antijuridicidad, cuyo nacimiento se impide, puede encontrarse el fundamento de esta causa de justificación y no puede ser otro que el valor preponderante que dentro de la jerarquía de los bienes en colisión, tiene el que se salva con relación al sacrificado.²⁸

Muy diferente es la situación, cuando los dos bienes en conflicto son de valor igual y, por lo mismo, el sacrificado vale tanto como el que se salva. Ejemplo clásico de estos casos, que se cita frecuentemente en la doctrina, es el que mencionó Carrancá y Trujillo en el pasaje de su obra que más arriba transcribimos, o sea el de la tabla de los náufragos, cuyas vidas en conflicto hacen que para salvarse uno de ellos tenga que sacrificar al otro. La respuesta que da dicho autor para solucionar este problema, siguiendo con ella la opinión de otros que piensan de igual manera, consiste en decir, como ya lo expresa el mismo pasaje suyo, que “sólo puede resolverse reconociendo la vuelta a la naturaleza, la ausencia de materia jurídica propia”. En otros términos, no sería ya, según esto, la salvación del bien más valioso la que justificara el acto, serían solo los fuerzas ciegas e inevitables del instinto de conservación las que podrían, si no justificar la conducta, por lo menos librar de la pena al que se salva sacrificando a otro. De esta misma opinión es Fernando Castellanos, como lo revela, el siguiente pasaje suyo:

... Ya dijimos que si los bienes son desiguales, sólo que el sacrificado sea el de menor entidad, se integrará una causa de justificación, porque el Derecho, ante la imposibilidad de conservar ambos, permite que aún con pérdida del menor,

²⁸ *Op. cit.*, p. 205.

se salve el de más valía. Pero tratándose de intereses o bienes iguales, la doctrina presenta diversas soluciones. Algunos sostienen que el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable en función de la no exigibilidad de otra conducta; mientras otros aseguran que existe un perdón o una excusa —criterio este último que nosotros compartimos—, ya que el Estado no puede exigir el heroísmo. En resumen: la conducta del que sacrifica un bien para salvar otro del mismo rango, es delictuosa, pero debe operar en su favor un perdón o una excusa, puesto que el Poder Público no puede exigirle otro modo de obrar. . .²⁹

Este punto de vista no es compartido por Sebastián Soler, quien adopta un criterio subjetivo para resolver el problema que se presenta ante la equivalencia de los bienes en conflicto, diciendo que:

La comparación de dos bienes como dos vidas sólo objetivamente desde el punto de vista de un tercero, puede significar una igualdad. Pero no es ese el punto de vista correcto, sino el subjetivo. Y bajo este aspecto es tan evidente que la vida propia es un bien mayor —el sumo bien del hombre— que al que sabe inmolarla para salvar a otro lo honramos como héroe. En caso, pues, de conflicto de bienes objetivamente equivalentes, la apreciación de ellos desde el punto de vista subjetivo nos permitirá resolver si nos hallamos o no ante una justificante. . .

Esta última solución es, sin embargo, peligrosa, pues el abrir camino a la comparación solamente subjetiva de los bienes, podría conducir al extremo de una valoración puramente individual y, por lo tanto, egoísta de los mismos. Así podría darse el caso de que se justificara el sacrificio de bienes de indiscutible valor objetivo y utilidad social para salvar otros de irrisorio valor. Por ello es que el mismo Soler se apresura a añadir a continuación:

. . . Pero siendo que al remitirnos al punto de vista del necesitado no nos entregamos a un subjetivismo desenfrenado, sino que adoptamos el criterio de un hombre medio (ni un héroe, ni un perseguido), no podrá llevarse la justificación hasta el caso en que por evitar un mal menor se cause uno más grave, pues tal hipótesis queda, por su valor objetivo y subjetivo, excluida del estado de necesidad.³⁰

Sobre este punto es interesante también conocer la opinión de los teólogos moralistas, que aporta alguna luz sobre el asunto. El Reverendo Padre Antonio Peinador Navarro C. M. F., al estudiar el estado de necesidad advierte que:

El homicidio indirecto, aún respecto de persona inocente, puede ser a veces lícito. La acción entonces, o la omisión homicida, se dirige objetiva y subjetiva-

²⁹ *Op. cit.*, p. 275.

³⁰ *Op. cit.*, t. 1, p. 429.

mente a otro fin, con la consecuencia inevitable de una muerte ni querida ni intentada.

Es de notarse la extraña aproximación que hay entre estos principios de la moral católica y las ideas que respecto del mismo tema sostiene la escuela positiva, al exigir que en el estado de necesidad no debe obrar por móviles antisociales el actuante, para que pueda quedar justificado. Y más adelante, refiriéndose el mismo teólogo precisamente al caso de la tabla de los náufragos, añade:

Adviértase, sin embargo, que, en el homicidio indirecto, la muerte nunca es fin próximo u objeto inmediato de la acción u omisión de que se sigue ni de la intención del agente. Si fuera objeto inmediato o fin necesario de la acción, se trataría ya de homicidio directo, siempre ilícito tratándose de un inocente. No es lo mismo matar para salvar la vida que salvar la vida haciendo o dejando de hacer algo encaminado a la defensa propia de lo cual, sin embargo, se sigue ocasionalmente la muerte ajena. Lo primero es ilícito, por tratarse de homicidio directo. Lo segundo es lícito, pues el homicidio es indirecto, en circunstancias que hacen no imputable moralmente al voluntario en su causa. Según esto, no será lícito matar a tiros o lanzar por la ventana o por la borda del barco a quien está poniendo en peligro mi vida con su peso o su presencia. En cambio, si un náufrago hace por asirse a la tabla que me sostiene, con peligro de hundirnos los dos, lícitamente se lo impido, aún previendo que se ahogará.³¹

Por nuestra parte, creemos que hay que distinguir dos situaciones diferentes: una en que la igualdad de los bienes en conflicto no existe sino en apariencia; otra, en que esa igualdad es real. Ejemplo de la primera es el caso que presenta en la anterior cita el padre Peinador, tal como él lo plantea, o sea, cuando de no sacrificar un náufrago al otro, perecerían ambos. Es evidente que en tal caso el sacrificio de una vida se justifica como medio para evitar la pérdida de dos, que resultaría un mal mayor.

En el otro caso es cuando realmente se presenta el conflicto entre salvar la vida propia, sacrificando la ajena, o salvar esta última con el sacrificio voluntario de la primera, supuesto que no pueden subsistir ambas. Este conflicto es el que constituye, en realidad, el caso más dramático dentro del estado de necesidad y que resuelven de distinta manera los autores, de acuerdo con las exposiciones que de ellos hemos hecho antes, pero coincidiendo todos en una cosa: en eximir de pena a quien salva su vida a costa de la de otro. En lo que difieren es en el

³¹ *Tratado de moral profesional*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1962, 1ª parte, cap. v, núm. 177 y 178, pp. 96-97.

fundamento que dan a esa eximisión, que va desde el derecho a salvarse —verdadero estado de necesidad como causa de justificación— hasta la simple excusa absolutoria que remite la pena, pero sin dejar de considerar antijurídico al acto.

Ante esa discrepancia nos inclinamos a pensar que, aún en este último caso o sea en el de conflicto de dos vidas, existe verdadero derecho para salvar la propia del peligro, aunque al hacerlo se ponga a otra, sin quererlo directamente, en el mismo peligro de que aquélla se salva. El principio moral cristiano de que la caridad comienza por uno mismo, lleva a esta conclusión. Y, por lo demás, conocida es la opinión externada por los moralistas en el sentido de que la obligación evangélica que tiene todo hombre de amar a su prójimo como a sí mismo, no implica la de amarlo más que a sí mismo.³² Por consiguiente, si la salvación de la vida propia en tales casos es moralmente lícita, es porque se hace con derecho. Por supuesto que tal derecho es renunciable y también lícitamente se pueda sacrificar la vida propia, prefiriendo la ajena. Pero esto ya es un

³² A este respecto nos parece útil hacer dos citas de importancia. Los reverendos padres Dominicos Francisco de Lárraga y Pedro Lumbreras dicen lo siguiente: "P. ¿cuál es el orden de la caridad? R. Que vida espiritual, por vida espiritual; vida temporal, por vida temporal; honra, por honra, y hacienda, por hacienda; primero se ha de socorrer a sí mismo que al prójimo..." Y párrafos más adelante presentan estos mismos teólogos el ejemplo que sigue: "P. Yo me hallo en extrema necesidad de la vida y me siento en estado de gracia y veo a otro que está también en extrema necesidad de su vida corporal como yo y a más de esto está en pecado mortal y se ha de condenar si muere, ¿estaré obligado a socorrerle con mi comida, aunque yo haya de morir de hambre? R. Que no, porque la comida es, *per se*, medio para la vida natural y no para la espiritual; y en la vida natural primero soy yo que el prójimo" (*Prontuario de Teología Moral*, t. 1, núms. 339 y 340, pp. 230-231).

Otra obra reconocidamente autorizada como es el *Diccionario de Ciencias Eclesiásticas*, escrito por los doctores Niceto Alonso Perujo y Juan Pérez Angulo en colaboración con otros teólogos y bajo la dirección de diversos obispos españoles, expresa lo siguiente acerca del tema que nos ocupa, en el artículo llamado "defensa natural", contestando la pregunta de si ésta es simplemente permitida o mandada y con qué derecho: "...En la nueva alianza, Cristo hace del amor de sí la regla del amor del prójimo; pero el modelo vence a aquéllo de que es la regla, y por tanto no pudo exigirse rigurosamente de un hombre el sacrificio de su vida a la de otro. Mucho más es de derecho que el amor de sí dé el medio de conservarse, considerando en sí misma y de una manera abstracta la defensa de la propia existencia, y del derecho a la existencia, sin consideración a la de otro." Más adelante y después de sentar el principio de la desigualdad de bienes, con obligación de sacrificar el de menor valor al de mayor, y la imposibilidad de resolver el conflicto de otra manera, principio aplicable tanto a la legítima defensa como al estado de necesidad, reconoce este último expresamente la obra que venimos citando, en los siguientes términos: "Con estas reservas la defensa natural es tanto de derecho divino como humano, no sólo contra el agresor injusto, sino aún contra el inocente, que a pesar suyo amenaza nuestra vida o nuestra propiedad." Y en párrafos posteriores, refiriéndose al caso de bienes iguales en conflicto, añade: "Cuando dos personas son iguales, la conservación personal es la que hace inclinar la balanza; fuera de ella, el interés personal debe ceder al interés común, pues aquél contra quien se defiende tiene en este último caso un derecho mayor." Y por último, ocupándose del tan traído y llevado ejemplo de la tabla de los naufragos, añade: "Si de dos naufragos una misma tabla no puede salvar más que a uno, siendo igual el derecho a la existencia, el de la defensa personal es quien decide; ..." (Valencia, España, Imprenta de Domenech, 1885, t. III, pp. 448-449).

acto de generosidad heroica que rebasa, por regla general, los límites de toda obligación moral o jurídica. Y si la moral así lo admite, el derecho no puede ir en sus exigencias más lejos que ella. Por tanto, la salvación de la vida propia con derecho, de ningún modo puede ser anti-jurídica. El estado de necesidad crea en tales casos una verdadera causa de justificación.

El último problema que presenta dicha excluyente, según la división que hicimos al comienzo, es el de la existencia del derecho a salvar los bienes de un tercero. Porque, efectivamente, ¿qué derecho tengo yo para sacrificar bienes ajenos con el fin de salvar otros que también me son ajenos? Esta conducta creemos que solamente puede justificarse en atención a dos circunstancias: primera, que los bienes ajenos que salvo, sean de mayor valor que los que sacrifico. En este caso, lo mismo que cuando se trata de salvar bienes propios, la desigualdad de valor es el fundamento de la justificación siempre que el que se salve sea el bien más valioso, en virtud del principio del mal menor. Y segunda, que sí los bienes son de valor igual, los que yo salvo, aunque ajenos, estén más vinculados conmigo que los que sacrifico, por alguna razón jurídicamente reconocida, como podrían ser, por ejemplo, el parentesco o la amistad —ambos en grado apreciable— con el propietario de los bienes salvados, la gratitud o afecto míos para con él y también la categoría o importancia colectiva de dicho propietario (como cuando se salvan bienes del Estado a expensas de otros de escaso interés social) o, por último, la obligación que yo tenga de defender los bienes de cuya salvación se trata. En este último caso colinda ya el estado de necesidad con otra causa de justificación de que nos ocuparemos en el capítulo siguiente, o sea el cumplimiento de un deber legal.

Procede ahora examinar los elementos que conforme a nuestra ley penal configuran el estado de necesidad. El primero de ellos es la existencia de una situación de peligro, es decir, la presencia de fuerzas que, como en la legítima defensa, amenacen dañar o destruir bienes jurídicamente protegidos. Esas fuerzas pueden ser de carácter material o moral, dada la amplitud de la disposición y los bienes pueden ser también de cualquier naturaleza (vida, integridad psicofísica, patrimonio, reputación, etcétera).

Es exigencia expresa de la Ley que el peligro debe reunir tres cualidades: a) Debe ser real, esto es objetivo, producido por causa exterior al sujeto. Un peligro imaginario no crea derecho; no puede existir en tal caso estado de necesidad. b) Debe ser grave. Con un peligro leve no se da el supuesto que excluye la incriminación. Y, por último, c) Debe ser inminente, esto es, de efecto inmediato, próximo a causar el daño.

A esta última característica del peligro es aplicable lo que ya dijimos de ella al tratar la legítima defensa, en la que también se exige.

De estos tres requisitos que el peligro debe reunir (si falta alguno de ellos ya no se configura la excluyente), el segundo es el más difícil de determinar, porque el concepto de gravedad es siempre relativo. Implica medir una intensidad que está en relación, tanto con el valor que representan socialmente los bienes como con la magnitud del daño que amenaza causárseles. ¿En qué punto cesa un peligro de ser leve y adquiere la gravedad requerida para que exista estado de necesidad? La ley deja en pie el problema. Sólo el arbitrio del juzgador lo podrá resolver en cada caso, atentas las circunstancias.

En la legítima defensa se exige proporcionalidad en los daños, el causado con la defensa y el evitado con ella, no necesariamente gravedad en este último. Pero para el estado necesario la disposición cambia. No basta esa proporcionalidad. Si el daño que amenaza es leve (¿y podremos decir siempre con seguridad que lo sea?) no hay derecho a la salvación del bien, aún cuando ella se realizare causando otro daño también leve.

Y finalmente, a semejanza de lo que la ley dispone para la legítima defensa, en el estado necesario exige dos requisitos negativos consistentes en la ausencia conjunta de dos circunstancias (la presencia de cualquiera de ellas impedirá que haya estado de necesidad): primera, que para la salvación no exista otro medio practicable y menos perjudicial y segunda, que el defendido no tenga deber legal de sufrir el peligro por razón de su empleo o cargo.

El primer requisito negativo implica que no haya habido para defenderse otro medio practicable, es decir factible, que haya estado al alcance de quien efectuó la salvación del bien; siempre que dicho medio fuera tan eficaz para la defensa como el que se empleó y que además hubiera sido menos perjudicial que este último. Es decir que, en caso de haberse utilizado, hubiera producido un daño menor que el que se causó.

Este primer requisito presenta semejanza con los que tiene la defensa legítima, consistentes en que la ley exige que la agresión no haya sido prevista ni se haya podido evitar fácilmente por otros medios legales y también exige que haya habido necesidad racional del medio empleado en la defensa. Se ve aquí la manifiesta proximidad que existe entre las situaciones amparadas por ambas excluyentes. En la legítima defensa hay también un estado de necesidad ("necesidad racional" la llama la ley, del medio lesivo empleado para defenderse) y a su vez este último estado, el de necesidad, entraña un derecho de defensa que excluye la responsabilidad penal por el daño que con su ejercicio se causa a los bienes ajenos. En ambos casos ese daño debe ser indispensable para librarse del peligro que amenaza y, por tanto, cuando se causa más del ne-

cesario, se configura el exceso. Ya hemos visto que la defensa legítima queda convertida en atenuante (deja de ser excluyente) a consecuencia de ese exceso. Pero como para el estado de necesidad nada dispone la ley al respecto, debe estimarse que cuando no resulta indispensable el medio empleado, por haberse podido utilizar otro menos perjudicial, tal exceso destruye por completo la excluyente, privándola de todo efecto justificante y aún atenuante de la pena; si este último puede hacerse valer, ello será tan sólo en uso del arbitrio judicial y dentro de la escala penal que corresponda al delito, pero no por efecto de una disposición expresa de la Ley.

El segundo requisito negativo que la ley exige para el estado necesario, como decíamos antes, consiste en la ausencia de todo deber de sufrir el peligro por razón de algún empleo o cargo. Es curioso que aquí volvamos a encontrar dos de los conceptos —empleo o cargo— que la ley utiliza en la descripción del delito de revelación de secretos y a los que ya nos referimos en el capítulo segundo. Parece poderse establecer, como principio general, que el derecho a defenderse desaparece por alguna de estas dos causas: por haber creado la situación de peligro o por tener el deber legal de sufrirlo, causas que deben existir en la persona que se encuentra en el peligro y no en la que realiza el acto defensivo, cuando ambas son diferentes.

Estas dos causas operan de manera diversa en la legítima defensa y en el estado de necesidad, según puede verse en un examen comparativo de ambas excluyentes. Por lo que toca a la primera causa, o sea la circunstancia de haber creado el peligro, se encuentra reconocida por la ley, en cierto modo, en la legítima defensa, al exigirse, como requisito negativo de ella, que el agredido no haya provocado la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ésta. En cuanto al estado de necesidad, nada dispone la ley a este respecto, pero estimamos que el principio general debe regir también en el caso, pues sería absurdo reconocer el derecho a sacrificar bienes ajenos para librarse de un peligro, cuando éste fue creado culposa o aún dolosamente, por la misma persona que sufre el estado de necesidad causado por ella. Sostener lo contrario conduciría a permitir el abuso de esta excluyente.

Por lo que toca a la segunda causa extintiva del derecho a defenderse, o sea la existencia de un deber legal de sufrir el peligro (más correctamente se debería decir de correr el peligro y sufrir el daño), requiere mayores explicaciones. La ley la reconoce en forma expresa para el estado de necesidad, en los casos en que dicho deber existe por razón de algún empleo o cargo. Soler cita a este respecto como ejemplos el caso de los bomberos y el de los marinos. En términos generales, tal obligación puede provenir de la misma ley, que la haya impuesto unilateralmente

al obligado sin consideración a su voluntad, o bien de que este último la haya aceptado voluntariamente, ya sea en forma expresa o tácita. Es decir, que el deber de correr un peligro y sufrir el consiguiente daño, es incompatible con el derecho a defenderse del mismo, tratándose del estado de necesidad. Cosa muy diferente ocurre con la legítima defensa en este punto, pues ni la ley dispone nada al respecto, ni sería procedente, ya que no puede existir deber alguno —legal o convencional— de sufrir daño cuando éste proviene de una causa antijurídica como es la injusta agresión. Esta tiende a violar el derecho y la función de la defensa legítima es evitar esa violación. Suponer en el agredido un deber legal de sufrirla sería tanto como aceptar la posibilidad de que se tenga obligación legal de soportar lo ilegal, o sea de tolerar la violación al derecho.

IV. Terminado este somero análisis de los requisitos que nuestra ley exige tanto para la legítima defensa como para el estado de necesidad, procede ahora examinar la forma como operan ambas excluyentes respecto del delito de revelación de secretos en particular, que es el que aquí estudiamos.

Ya hemos dicho antes que en este caso no solamente producen el efecto de destruir la antijuridicidad del hecho —como la destruyen en cualquier otro delito las causas de justificación— sino que además destruyen la tipicidad del mismo, ya que, tratándose del delito de revelación de secretos, la ausencia de justa causa (causa de justificación) está exigida por la ley como elemento integrante de éste.

En el caso del delito de revelación, creemos que ha sido poco estudiado el tema de la forma como operan las dos excluyentes mencionadas, pues aún la misma legítima defensa, que se encuentra mucho más explorada en la doctrina que el estado de necesidad, presenta una notable deficiencia en su estudio cuando se trata de aplicarla al delito que nos ocupa. Y es que los autores, generalmente preocupados en investigar qué bienes pueden ser protegidos por la defensa, se aplican poco o nada a estudiar cuáles son los que pueden sacrificarse con ella. En otros términos, queda aún mucho por hacer para determinar qué hechos pueden resultar ininclinables por efecto de la legítima defensa, así como la forma y condiciones en que han de serlo.

Carranca y Trujillo dice que esta excluyente fue establecida en las leyes inicialmente como aplicable sólo a delitos “contra la vida e integridad corporal” y no fue sino hasta que apareció el Código Penal de Baviera (1813), que se la hizo aplicable a cualquier delito, consignándola en la parte general de dicho Código.³³ Ello demuestra la progresiva am-

³³ *Las causas que excluyen la incriminación*, cap. XII, núm. 161, pp. 286.

pliación legislativa y doctrinaria del concepto, originalmente estrecho, del derecho de defensa en general. En la actualidad esa ampliación impone una estudiosa revisión de los casos a que puede aplicarse, entre los que se encuentra el del delito de revelación de secretos, que es el tema que nos ocupa.

Nuevamente acudimos en este punto a las ilustrativas explicaciones que dan algunos teólogos moralistas, quienes por el casuismo de sus soluciones y por la naturaleza de los principios en que las fundan, les dan notoria utilidad para resolver en buena parte las cuestiones que al derecho interesan.

Los reverendos padres Lárraga y Lumbreras O. P., al abordar el problema de la determinación de los casos en que puede ser lícita la revelación de secretos, expresan lo siguiente:

42. . . 1º Es cierto que se puede revelar el secreto encomendado cuando es necesario para el bien común o para evitar el daño grave de un inocente o del mismo que encomendó el secreto; y más probable y más comúnmente también para evitar un grave daño propio. 43. 2º Es cierto que se puede revelar el secreto prometido no sólo cuando peligra el bien común, el bien del inocente o un bien mayor de quien encomendó el secreto, sino también cuando nos amenaza un daño que no prometimos sufrir antes que revelar el secreto. . . 44, 3º Es cierto que se puede revelar el secreto natural siempre que la caridad no dicte que sacrifiquemos el bien propio o ajeno a la fama del prójimo. Pero advertido que en todos estos casos la revelación debe hacerse con el menor perjuicio posible del interesado en el secreto. . .³⁴

Es interesante también la referencia que estos autores hacen al estado de necesidad —aunque sin designarlo con este nombre— como causa justificante de la revelación de secretos, siendo de notar la mayor resistencia que existe para admitirlo como tal, en comparación con la legítima defensa, lo que puede observarse en la siguiente cita:

Disputan los autores si la revelación es o no lícita cuando el daño que amenaza no viene precisamente de quien encomendó el secreto; si, por ejemplo, es permitido al abogado revelar el crimen de Juan, que se lo confió, para librar de la pena a Pedro, que otros han acusado como reo. Más convienen en afirmar la licitud, si el daño que amenaza viene determinadamente de quien hizo la confidencia. Así el abogado que por confesión de su cliente sabe ser éste quien cometió el crimen, puede delatarle si él se obstina en acusar a un inocente como autor del crimen en cuestión. . . Y es que en casos de este género quien confió el secreto es injusto agresor, contra el cual la defensa es lícita. . . Y al decir lícita, supongo que se cumplen las otras condiciones que pide la defensa justa contra el injusto agresor, a saber que el daño que se trata de evitar sea proporcionado al daño consiguiente a la revelación y que la revelación se haga con

³⁴ *Prontuario de teología moral*, t. II, Madrid-Buenos Aires, Studium de Cultura, 1950, pp. 225 y ss.

el menor perjuicio posible de quien encomendó el secreto; en otros términos, que no se revele más de lo necesario, ni se proceda a la revelación sino cuando, advertido (a ser posible) el interesado, éste no renunciara a su propósito. . .³⁵

Otro eminente moralista, el Rev. P. José Salmans S. J., expresa también su opinión con relación al asunto que nos ocupa, en los siguientes términos:

Ocurren circunstancias extraordinarias en que la conciencia permite o aún prescribe revelar los secretos, por lo menos a personas determinadas.

El derecho a la reputación en una persona que de hecho ha obrado mal, no es de tal manera estricto o absoluto, que no se permita nunca descubrirla. Se permite, en efecto, por una razón proporcionalmente grave, por ejemplo, por el provecho espiritual de un subordinado, cuya conducta incorrecta se comunica a sus padres o maestros, por interés apremiante del bien común, por grave necesidad de un tercero o aún del mismo que revela el secreto. Hay que pesar todas las circunstancias con la mayor prudencia, para decidir si estas razones autorizan una lesión más o menos notable de la reputación de otro.

Lo que acabamos de decir vale para el secreto natural, aunque por una promesa especial hubiese llegado a ser secreto promiso. Vale también, pero solamente por razones todavía más graves, cuando se trata del secreto conmisso, incluso profesional.

Todas estas razones extraordinarias pueden resumirse en la regla siguiente, que aplica los principios fundamentales de la justicia y delimita de una manera razonable el convenio discrecional hecho, por ejemplo entre el abogado y su cliente. Se le podría decir al abogado: "Respecto de tu cliente cesa tu obligación de guardar secreto en la medida en que consiente o al menos debe consentir razonablemente el cliente; por consiguiente, tanto más fácilmente cuanto la revelación del secreto le sea menos perniciosa y por otra parte evite un daño mayor, por ejemplo, un atentado contra el bien común, un daño muy grave causado por tu cliente a un tercero, o, finalmente, un perjuicio extraordinario que te amenace a ti mismo." Precisemos esto con algunos ejemplos.

Si un abogado puede evitar un fallo judicial que condene equivocadamente a un inocente sin perjuicio ni peligro alguno para su cliente, no sólo puede, sino que debe evitarlo en principio.

Si tiene conocimiento de una conspiración contra la seguridad del Estado, puede y debe alejar el peligro, haciendo uso del secreto profesional y comprometiendo lo menos posible a su cliente. El principio *salus populi suprema lex est* prevalece sobre toda convención de orden privado.

Si, por declaración del cliente, conoce que éste combina las circunstancias para que sea condenado en su lugar un inocente, el abogado no puede favorecer en modo alguno semejantes manejos. Después de haberle exhortado inútilmente a mejores sentimientos, a falta de otro recurso deberá echar mano del secreto profesional en los casos graves, para evitar una condena inmerecida. El cliente procede como un agresor injusto, contra el cual se puede defender a la víctima, respetando lo más que se pueda al agresor. A primera vista puede parecer extraña tal solución. Pero nótese bien todas las circunstancias: este caso extremo debe parangonarse, en principio, con el siguiente, en el cual nadie

³⁵ *Ibid.*, p. 26, nota núm. 2 de pie de página.

tendría duda, sobre todo si el cliente hubiese revelado que preparaba un asesinato. Si, por el contrario, el cliente no es en absoluto causa de la condena eventual de un inocente, no es lícito delatarle para impedir el error de los jueces.

Por fin, si el abogado se entera por su cliente de que les amenaza a él mismo o a sus parientes algún peligro de muerte, puede valerse de aquella noticia para conjurar ese riesgo, aunque tal vez sea aconsejable como más noble el respeto estricto del secreto. El acuerdo hecho con el cliente no implica un rigor inhumano, que obligue al silencio en un caso tan grave, a no ser que medie estipulación expresa en tal sentido. Aun el bien común de la sociedad exige la exclusión de tanto rigor, porque serían precisamente los hombres más honrados los que abandonarían profesiones que condujeran a trances tan duros. . .

Por otra parte, en todos los casos precedentes, en los cuales no hemos desaprobado la revelación o el uso del secreto, el compromiso de silencio, razonablemente entendido, no comprende semejante eventualidad, y por lo mismo el cliente no puede protestar razonablemente contra esa revelación.

Pero en general evítese con cuidado todo laxismo en esta materia. Es muy de alabar, por un sentimiento bien entendido de honor y caballerocidad, mantener sistemáticamente todo el rigor y la santidad de este secreto y resistirse a priori a todo uso, aunque se cuente con el consentimiento explícito del cliente. Además, en los casos, sumamente raros, en que parezca obligatorio el hablar, se deberán ponderar primero con suma prudencia las circunstancias y consultar a personas prudentes y versadas en estas materias.³⁶

Después de exponer las anteriores opiniones de los moralistas, resumimos la nuestra en los siguientes conceptos. La guarda del secreto, imputada como un deber al profesionista, constituye una medida de protección jurídica de diversos bienes, cuya integridad se lesiona con la revelación. Tal deber, sin embargo, no es absoluto, admite limitaciones fundadas en la falta de interés por parte del beneficiario o en la prevalencia de otro interés superior. En ambos casos existe lo que la ley designa como justa causa para revelar, cuyo efecto es hacer que la obligación de reserva cese y que la revelación deje de ser delictuosa. El concepto de justa causa, desarrollado por el derecho penal en la teoría de las causas de justificación, nos hizo agrupar a éstas en dos categorías: las causas de justificación abstractas, que estudiamos en el presente capítulo o sean la legítima defensa y el estado de necesidad y las causas de justificación concretas, que son el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber legales, las cuales habremos de examinar en el capítulo siguiente.

De las primeras podemos decir que se fundan en el hecho de que un peligro amenace bienes jurídicamente protegidos, pertenecientes al profesionista o a un tercero, cuya salvación sólo puede obtenerse mediante la revelación del secreto profesional. En tal caso, la defensa y salvación

³⁶. *Deontología jurídica*, Bilbao, España, El mensajero del Corazón de Jesús, 1953, cap. viii, núm. 353, pp. 234 y ss.

de los bienes amenazados requerirán necesariamente el sacrificio de los que protege el deber de reserva; pero para que tal conducta pueda resultar justificada ante la ley y, por lo mismo, deje de ser antijurídica, se hace necesario que en el caso se cumplan los requisitos exigidos por la misma ley y los principios que la rigen, para la legítima defensa o para el estado de necesidad, según sea el caso. Ahora bien, tales requisitos ya examinados antes, revisten, cuando se trata de aplicarlos a la revelación de secretos, algunas modalidades que es preciso determinar.

La defensa llevada a cabo mediante la revelación tiene un carácter preponderantemente intelectual, ya que —esencialmente— consiste en la participación de un conocimiento que debería haberse mantenido intrasmisible mediante el secreto. De allí se infiere que los peligros de que defiende esa revelación tienen —en principio— también carácter intelectual y, cuando se originan en una agresión, la violencia revestida por ésta es, por regla general, de carácter moral.

Sin embargo, no debe darse un alcance absoluto a estas características de la defensa y del peligro, hasta el punto de excluir de ellos toda materialidad. El peligro puede presentarse como una amenaza de carácter moral o intelectual, pero seguida de efectos materiales constitutivos de daños de esta clase (por ejemplo, un peligro de lesión netamente jurídica a derechos patrimoniales, cuyo resultado último sea una pérdida de carácter económico). Por otra parte, la defensa realizada mediante la revelación puede solamente formar parte o —mejor dicho— ser el comienzo de una serie de medidas defensivas contra el peligro, entre las cuales llegue a haber algunas de carácter francamente material (como cuando a consecuencia de la revelación que se hace de un secreto a una persona, advirtiéndole del peligro, se provee esta de armas para llevar a cabo con ellas la repulsa de una agresión que amenaza su vida).

Por lo que toca al requisito de inminencia que el peligro debe tener de acuerdo con la ley, tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad, debe ser entendido en un sentido amplio y siempre en relación con la naturaleza de dicho peligro. Este requisito se halla en estrecha relación con el otro, que también exige la ley, consistente en que la agresión debe ser actual. Cuando el peligro que amenaza se inicia en forma inmaterial (aunque posteriormente produzca efectos materiales) no puede exigirse el mismo grado de inmediatez o instantaneidad que cuando se trata de un peligro material desde el comienzo.

La agresión ciertamente debe ser actual en el caso de la legítima defensa, como también debe serlo la situación de peligro cuando se trata del estado de necesidad. Pero esa actualidad requiere una contemporaneidad, una coincidencia cronológica entre el ataque —o peligro en su caso— y la defensa, no necesariamente instantáneas cuando se trata de peligros

inmateriales en su manifestación. Puede haber un lapso más amplio entre la aparición del peligro y la acción defensiva o salvadora, sin que por ello se pierda el requisito de actualidad —y por tanto el de inminencia— siempre que, desde luego, al momento en que se produzca aquella acción no haya cesado de existir el peligro.

Lo que se exige, según acertada expresión de Luis P. Sisco, es que “La agresión y la defensa, deben producirse sin solución de continuidad.”³⁷ Por eso es que cuando la defensa se efectúa mediante la revelación de un secreto, basta que subsista inevitablemente la situación de peligro o de agresión, para que aquélla se justifique, aun cuando no haya entre el ataque y la defensa la misma estrecha inmediatez que cuando son de carácter físico.

Otra cuestión importante que se presenta en el caso de que se trate de justificar la revelación profesional por efecto del estado de necesidad, es la posibilidad de que el abogado tenga la obligación legal, por razón de su profesión, de correr algún peligro y aun de sufrir el daño consiguiente. De aceptarse esto, habrá que concluir que carece de derecho para salvar sus bienes mediante una revelación que sacrifique los ajenos.

Cabe preguntar si la disposición de nuestra ley penal, que se refiere exclusivamente a empleo o cargo como razón para sufrir el peligro, es aplicable también en los casos de ejercicio libre de la profesión. Nos inclinamos por la afirmativa a este respecto. El espíritu de la ley, atentos los principios que rigen el estado de necesidad a que nos hemos referido antes, es el de restringir el derecho de salvación cuando a la actividad ejercida obligatoriamente sean inherentes, entre otros deberes, el de sufrir determinado riesgo. El ejercicio libre de la profesión de abogado se torna obligatorio por efecto del convenio con el cliente. Y si las circunstancias y modalidades de esa obligación implican para el profesionista asumir el deber de sufrir algún peligro, sea porque contractualmente lo haya aceptado o bien porque la ley se lo imponga, habrá para él obligación de sufrirlo. Por esta razón creemos que en tales casos no podrá justificarse la revelación del secreto por estado de necesidad del abogado. Hemos expresado antes y repetimos ahora que la obligación de correr un peligro y sufrir un daño es por naturaleza incompatible con el derecho a salvarse de éste, sacrificando bienes ajenos. Pero para que exista esa limitación al derecho de necesidad en el abogado se requiere, desde luego, que exista dicho deber concretamente en el asunto de que se trate.³⁸

³⁷ *Op. cit.*, p. 136.

³⁸ En cuanto a la posibilidad de que el abogado salve, no los bienes suyos sino los de un tercero en estado de necesidad, como en el caso que presentan los teólogos citados antes, en que para salvar de condena injusta a un acusado inocente tuviera que revelar el secreto que su cliente le confió, creemos que dicha posibilidad es remota y de difícil justificación. Desde el momento en que no es el cliente el autor de esa acusación injusta no hay agresión.

V. Queremos referirnos, por último, a la posibilidad de justificar la revelación del secreto profesional mediante las llamadas causas suprale-gales. Mucho se ha hablado sobre la posible existencia de excluyentes de responsabilidad suprale-gales, esto es, de causas atípicas, innominadas, diversas de las que la ley señala expresamente, pero que, por su seme-janza con éstas o por su contenido ético inincriminante, produjeran el mismo efecto que ellas.

Ciertamente no es éste el lugar indicado para estudiar el tema. Desde el punto de vista en que examinamos aquí las causas de justificación, que corresponde más bien a su señalamiento por la ley como elementos del tipo delictuoso de revelación, al exigir que ésta deba hacerse sin justa causa, carece de importancia el problema de que esa justa causa co-rrespon-da o no exactamente a alguna de las causas de justificación pre-vistas de modo expreso en la ley. Lo que interesa en el caso no es tanto su acción justificante, destructiva de la antijuridicidad del acto, sino su acción desintegrante de la tipicidad, al hacer que la revelación efectuada con justa causa no quede comprendida en el tipo delictuoso. Pero, inde-pendientemente de ello estimamos, como lo dijimos ya, que la legítima defensa y el estado de necesidad son susceptibles de interpretación exten-siva y amplia, debida a su generalidad, sin perder por ello sus efectos, a diferencia de lo que ocurre con las otras causas de justificación que estu-diaremos en el capítulo siguiente. Esa interpretación extensiva y amplia hace innecesario plantear el problema de las causas suprale-gales, pues la amplitud de las dos excluyentes que acabamos de estudiar —legítima defensa y estado de necesidad— permite extender la eficacia justificante de ellas a todos los casos en que el sacrificio de bienes ajenos, jurídica-mente protegidos, venga a ser necesario para salvar otros que gozan de la misma protección, cuando se encuentran en peligro, respetando, desde luego, las debidas jerarquías y proporciones. No consideramos exacto que casos como el que presenta Carrancá y Trujillo,³⁹ que atañen preci-samente a revelación de secretos, no queden justificados por el estado

de su parte y, por lo mismo, no habrá legítima defensa contra él, sino salvación por estado de necesidad. Pero para que pueda operar esta excluyente cuando se trata de salvar bienes ajenos, ya hemos dicho que hay que tomar en cuenta la superioridad de valor de los bienes salvados frente a los sacrificados, caso en el cual resulta evidente la justificación. Ante bienes de igual valor, dijimos que había que atender, entre otras cosas, a la vinculación del salvador con el dueño de los bienes salvados o al deber que tuviera de proteger éstos. Ahora bien, la vinculación del abogado existe ante todo con su cliente. Para que pudiera revelar el secreto de éste con el fin de salvar bienes de un tercero, se requeriría que tuviera para con este último una obligación de protegerlo, mayor que la que tiene para con el cliente. ¿Bastará una vinculación mayor por razón de parentesco o gratitud para justificar la revelación? El caso en verdad no admite una respuesta fácil y segura.

³⁹ *Op. cit.*, núm. 31, p. 100.

de necesidad, previsto que reúnan todos los requisitos de esta excluyente, pues la interpretación amplia y extensiva de ella lo permite, sin que sea necesario acudir a la idea de supralegalidad para hacer esa interpretación.

Sebastián Soler se niega terminantemente a aceptar que existan causas de justificación supralecales, expresando que le parece indebido que "la justificación o la ilicitud de un hecho vaya a buscarse en principios trascendentes al derecho, pues aquí no se trata de la antisocialidad de la acción, sino de su antijuridicidad".⁴⁰ Por su parte Fernando Castellanos, que acepta las excluyentes supralecales cuando se trata de causas de inimputabilidad, las rechaza también cuando se trata de las de justificación, porque "dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador",⁴¹ con lo cual se aproxima bastante este autor a la posición de Soler.

Nuestra diferencia con la opinión sustentada por Carrancá y Trujillo a este respecto, nos parece que es más de palabras que de ideas. Estamos de acuerdo en justificar la conducta en el caso presentado por él como ejemplo, a que nos hemos referido más arriba. Solamente que esa justificación la fundamos en el estado de necesidad, aplicando esta excluyente en forma amplia, no restringida a su interpretación literal, sino más de acuerdo con la naturaleza y el espíritu de ella, solución ésta que rechaza la admisión en el caso, de otra excluyente diversa, que pudiera calificarse de supralegal. Interpretar una institución quiere tan sólo decir desentrañar por completo su sentido y darle todo el alcance que puede tener de acuerdo con su naturaleza, lo cual de ningún modo significa crear otra institución diversa.

Estado de necesidad y legítima defensa son dos causas excluyentes de responsabilidad con rico contenido jurídico, aún no completamente extraído, para justificar conductas; son dos moldes de elástica amplitud, con capacidad que se ha revelado cada vez más grande en la evolución del derecho. Por eso las llamamos causas abstractas de justificación, como expresamos al comienzo de este capítulo, a diferencia de las otras que estudiaremos en el siguiente. La posibilidad de interpretación amplia que tienen estas causas abstractas las hace capaces de exender sus beneficios, sin desnaturalizarse, mucho más allá de lo que una interpretación literal y estricta pudiera permitirlo.

⁴⁰ *Op. cit.*, t. I, núm. VI, p. 252.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 184.

I. Las causas concretas de justificación. Opiniones de la escuela positiva	206
II. Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legales. Principios jurídico-filosóficos que los fundan: la plenitud del orden jurídico; la antijuridicidad	210
III. Conflicto de deberes. Conflicto entre deber y derecho	213
IV. El derecho del profesionista a cobrar honorarios y el secreto profesional. Otros casos de ejercicio de un derecho como causa de justificación	216
V. Derecho del profesionista a defenderse del cliente. Sus límites	223
VI. El cumplimiento de un deber legal como causa de justificación. Deber de auxiliar a la administración de justicia: testimonio, exhibición de documentos y objetos, tolerancia de inspecciones	229
VII. Obligación de denunciar hechos delictuosos. Especies de denuncias. El delito de encubrimiento y el secreto profesional	245

CAPÍTULO SEXTO

LOS LÍMITES DEL SECRETO PROFESIONAL

SEGUNDA PARTE

SUMARIO: I. *Las causas concretas de justificación. Opiniones de la escuela positiva.* II. *Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legales. Principios jurídico-filosóficos que los fundan: la plenitud del orden jurídico; la antijuridicidad.* III. *Conflicto de deberes. Conflicto entre deber y derecho.* IV. *El derecho del profesionista a cobrar honorarios y el secreto profesional. Otros casos de ejercicio de un derecho como causa de justificación.* V. *Derecho del profesionista a defenderse del cliente. Sus límites.* VI. *El cumplimiento de un deber legal como causa de justificación. Deber de auxiliar a la administración de justicia: testimonio, exhibición de documentos y objetos, tolerancia de inspecciones.* VII. *Obligación de denunciar hechos delictuosos. Especies de denuncias. El delito de encubrimiento y el secreto profesional.*

I. Hemos expresado en el capítulo anterior nuestro punto de vista acerca de las causas de justificación, dividiéndolas en dos grandes categorías. De una parte las causas abstractas: legítima defensa y estado de necesidad y de otra parte, las causas concretas: ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber consignados en la ley. Fundamos allí esa diferencia en el hecho de que las primeras se encuentran establecidas con carácter genérico, indeterminado, que sin casuismo alguno las hace susceptibles de aplicarse a todos los bienes protegidos por el derecho, en tanto que las segundas presentan un carácter determinado y concreto que las refiere a casos en que la ley expresamente consigna un derecho o un deber. Dedujimos de allí una consecuencia importante: la posibilidad de una interpretación extensiva y amplia de las causas abstractas, que permite su aplicación más allá de lo exactamente previsto en la ley, frente a la necesidad de una interpretación restrictiva y estrecha de las causas concretas, que solamente las hace aplicables a casos en que existan un derecho o un deber expresamente consignados.

El punto de vista de la escuela positiva —de la que es eximio representante Enrique Ferri— acerca del tema que nos ocupa —o sea el de la diferenciación entre las causas de justificación abstractas y concretas— queda expuesto en los siguientes conceptos de este autor.

La justificación positiva. (Ejecución de la Ley, Obediencia Jerárquica, Legítima Defensa, Estado de Necesidad). Cada una de estas varias formas de justificación del acto aparentemente delictivo es siempre la resultante de una condición jurídica (objetiva) y de una condición psicológica (subjetiva), que no pueden ser desligadas en la valuación penal del acto mismo.

La condición objetiva se encuentra en la colisión jurídica esto es, en el conflicto entre dos derechos que surge de tal manera que uno de ellos debe ser sacrificado, o en el imperio de la ley o en la imposibilidad de remitir el conflicto a una solución jurisdiccional o de autoridad.

La condición psicológica se halla en los motivos determinantes que han de ser conformes al Derecho y no antisociales. . .

La condición objetiva predomina en los dos primeros casos de colisión jurídica (ejecución de la ley, obediencia jerárquica) mientras que la condición subjetiva prevalece en los otros dos y más especialmente en el último (legítima defensa, estado de necesidad). Pero ambas condiciones son inseparables y sin ellas no es posible explicarse la impunidad por inexistencia del delito, puesto que una y otra son la consecuencia de una necesidad a que el individuo no debe (jurídicamente) o no pudo (psicológicamente) sustraerse.¹

Esta opinión de la escuela positiva resulta altamente interesante para diferenciar las causas de justificación, pero debe ser precisada, a nuestro modo de ver, en los siguientes términos. Ha dicho Ferri que en las causas abstractas de justificación (así las llamamos nosotros, no él) o sea la legítima defensa y el estado de necesidad, predomina la condición psicológica o subjetiva, consistente en la ausencia de motivos antisociales; en tanto que en las causas de justificación que aquí llamamos concretas, como son el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber legales, predomina la condición objetiva, consistente en el conflicto de derechos (colisión jurídica) .

Ello quiere decir, en el fondo, que estas últimas causas de justificación se caracterizan por estar más vinculadas a la ley que las primeras, lo cual va de acuerdo con la idea que antes hemos expresado. Dijimos que las causas concretas, a diferencia de las abstractas, requieren la existencia de un precepto en la ley que de manera expresa confiera el derecho o imponga el deber en que se ha de fundar la justificación. Expresando esto en forma un tanto esquemática podría decirse que, así como para constituir un delito debe existir en la ley un tipo de incriminación, para poder configurar una causa justificante concreta debe existir un tipo de eximisión: el precepto legal requerido por ella. Esto último, repetimos, constituye sólo una representación esquemática y aproximada, pues es claro que el tipo de eximisión no tiene la misma rigidez, característica del tipo delictuoso, ni requiere para su aplicación una adecuación tan exacta del hecho, como ocurre con este último tipo. La tipicidad del acto

¹ *Principios de derecho criminal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. Reus, 1933, cap. III, 83, p. 431.

delictuoso, impuesta como una garantía de libertad para el infractor, con objeto de que la norma punitiva no se extienda más allá de los límites expresamente señalados en la ley, no puede operar del mismo modo tratándose de la justificación, que, por ser favorable al reo, no requiere la misma exactitud, sino, por el contrario, permite una aplicación más amplia del precepto que impone el deber o confiere el derecho, siendo tan sólo necesario que este precepto exista.

Por lo que toca a las causas abstractas de justificación, en cambio, su vinculación a la ley positiva es menor. El estudio que en el anterior capítulo hicimos de la legítima defensa y el estado necesidad, revela su fundamento predominantemente ético, como se ve por las citas de los moralistas que allí hicimos y por la posibilidad de su aplicación extensiva y elástica, que también dejamos subrayada. La dependencia más directa que estas causas guardan —a diferencia de lo que ocurre con las causas concretas— respecto de principios morales y de derecho natural, ha hecho decir con todo acierto a Luis P. Sisco en su magnífica obra *La defensa justa*, que prefirió darle esta denominación en lugar de la usual de legítima defensa, puesto que se funda en principios de justicia superiores a la ley escrita, que ésta solamente se limita a reconocer.

La escuela positiva, que no acepta la existencia de tales principios, no ha podido menos que hacer un indirecto reconocimiento de ellos por voz de Ferri, en los párrafos que de este autor acabamos de transcribir. La exigencia de un elemento psicológico o subjetivo, consistente en la falta de motivos antisociales, para que pueda darse la causa de justificación, apunta directamente al aspecto moral del problema. La preocupación por ese elemento interior, que en el fondo no es sino la intención, la inclinación interna de la voluntad con un sentido finalista —por más que la escuela positiva rechace la existencia del libre arbitrio— confirma el fracaso de todo intento para distanciar al derecho de la moral, sin grave detrimento para el primero y menosprecio de la segunda. Y, por último, la opinión del mismo Ferri en el sentido de que esa condición psicológica o subjetiva que él exige y que no es en el fondo sino la voluntad movida por motivos jurídicos y no antisociales (inmorales), predominante en las causas de justificación que aquí llamamos abstractas, o sean la legítima defensa y el estado de necesidad, viene a corroborar nuestro aserto en el sentido de que tales causas dependen más de un fundamento moral que jurídico positivo.

Sebastián Soler, que critica esa exigencia de la escuela positiva, consistente en que no tenga la conducta motivos antisociales, para que pueda justificarse, se coloca en un punto de vista estrictamente objetivo y jurídico al comentar como sigue la opinión de Ferri:

De ella se deduce, por ejemplo, que un sujeto que cumple un deber legal, subjetivamente ha de estar guiado por el móvil de cumplir un deber legal; pero si además tiene algún motivo antisocial o egoísta coincidente o superpuesto, su acto no es justo.

La sola enunciación de esta doctrina, así con las propias palabras de su autor (se refiere precisamente a Ferri) es la mejor demostración de su falacia. Un piquete de soldados ejecuta una sentencia de muerte. Su acción objetivamente justa no les bastará, sin embargo, a los soldados, para cubrirse de una imputación de homicidio, pues será preciso, además, que a ninguno de ellos le haya movido una razón personal. Si uno de los soldados era enemigo del muerto y, además de la orden, lo determinó el resentimiento, ese soldado comete homicidio. De donde se deduce que, para no incurrir en delito, debió cometer otro delito, desobedeciendo.²

La confusión que parece haber en esta crítica, ingeniosa y un tanto irónica, de Soler, proviene de no distinguir lo estrictamente jurídico y externo de lo moral e interno. Ya hemos dicho que no pueden desvincularse mediante una separación radical ambas vertientes de la conducta humana; pues si esto no es posible en ningún sector del derecho, menos aún lo es en el que ahora nos ocupa. Pero tampoco se debe incurrir en el error de confundirlas superponiendo una a la otra, extremo éste en el que parece haber caído la escuela positiva, quizás a pesar suyo y no obstante haber separado al derecho positivo, de acuerdo con los principios que sustenta dicha escuela, de toda valoración moral prejurídica. Acaso es precisamente por esto último por lo que ha caído en esa confusión, pues cuando se niega a la moral y a los valores éticos fundantes del derecho o se les separa radicalmente de éste, se corre inevitablemente el riesgo de convertir al derecho en regla moral, por la necesidad ineludible que hay de esta última, haciendo desempeñar al derecho funciones que no le corresponden.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico la crítica de Soler es correcta al rechazar como necesaria para la justificación la ausencia de motivos antisociales que exige la escuela positiva y que sólo desde el punto de vista moral resulta indispensable. En el ejemplo propuesto por el mismo Soler, bien puede quedar justificado *jurídicamente* el soldado que ejecuta la pena de muerte, con el solo hecho de cumplir la ley, sin que sea obstáculo para ello el odio que guarde contra el ejecutado. Ahora que, en cuanto a su deber moral, sí es necesario que no consienta en ese odio aún cuando lo sienta, ya que el móvil de su acción sólo debe ser el cumplimiento del deber de obediencia. Pero para no delinquir por homicidio no es preciso, como quiere Soler, que delinca por desobediencia. Esto último implicaría confundir de nuevo ambos órdenes normativos, el del derecho, que requiere el cumplimiento externo

² *Derecho penal argentino*, t. I, cap. 32, núm. IV, p. 399.

de la ley y el de la moral, que exige rectitud y justicia en las intenciones, lo que equivale a no obrar por motivos antisociales, como pide la escuela positiva. Por todo ello se ve que de ninguna manera puede haber contradicción entre derecho y moral —y de esto trataremos en el último capítulo—, pero que tampoco es admisible la confusión de ambos.

II. Volviendo al estudio de las causas concretas de justificación —ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legales— que es materia del presente capítulo, creemos que está vinculado con el de dos importantes temas de la ciencia del derecho: el principio de la plenitud del orden jurídico y el problema de la antijuridicidad. Es en ellos en donde deberá buscarse y tendrá que encontrarse el punto de partida y fundamento último de esa justificación que producen las causas concretas.

En lo que se refiere al primero de los dos temas, debemos considerar que la plenitud del orden jurídico implica su unidad e integridad sin restricción alguna. Toda ausencia de normas (lagunas del derecho) lo mismo que toda duplicidad de ellas, dadas en la realidad de un sistema jurídico cualquiera, son contrarias al principio ideal de la plenitud. La primera exigencia, concierne a la integridad del derecho, o sea que pide que nunca falte norma en el mismo para resolver cualquier caso que se presente.³ La segunda, en cambio, atañe a la unidad, e implica que no haya más que una sola norma para resolverlo.

El Dr. Recasens Siches expresa los siguientes conceptos sobre este punto:

Mas si bien el sistema del orden jurídico vigente ha de considerarse necesariamente como completo, como plenario, como hermético, sin poros, es decir, sin lagunas, en cambio, es evidente que de hecho éstas existen en el conjunto de materiales del Derecho positivo. Es un hecho que en el conjunto de leyes, reglamentos, costumbres, precedentes jurisprudenciales, etcétera, que integran el Derecho formulado de un orden jurídico, hay vacíos. Pero esos vacíos efectivos deben ser necesariamente rellenados por quien ejerce la función jurisdiccional (juez o funcionario administrativo). De suerte que se puede decir que el Derecho formulado, el explicitado en leyes y costumbres, presenta muchos vacíos o lagunas; pero que el orden jurídico vigente, que por esencia debe ser total —herméticamente pleno—, contiene en principio respuesta a toda controversia práctica; porque si hay alguna laguna, ésta deberá ser nece-

³ Este primer aspecto de la plenitud del orden jurídico está legislativamente expresado en los artículos 18 y 19 del Código Civil. El primero dispone que "el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia". El segundo complementa el anterior diciendo cómo deben resolverse las controversias civiles en tal caso: "conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho". Estos últimos cumplen, por tanto, una función de integración para obtener que el orden jurídico sea pleno.

sariamente llenada por el juez. . . Y lo mismo que decimos de las lagunas puede aplicarse a las contradicciones. El conjunto de materiales (leyes, costumbres, reglamentos, etcétera) que integran un orden jurídico positivo vigente, presenta más de un caso de normas contradictorias entre sí; pero el orden jurídico como tal, como vigente en un determinado momento, no puede albergar ninguna contradicción. Ahora bien, como de hecho sus elementos las tienen, el jurista debe proceder mediante la interpretación a eliminar esas contradicciones, pues el orden vigente debe dar una respuesta unívoca a todos los casos que se planteen.⁴

Este último punto es el que interesa a las causas concretas de justificación. La duplicidad de normas que conduce a la contradicción en el derecho, tiene que ser resuelta por el intérprete y por el juez —cuando no lo haya sido por el legislador—, manteniendo la unidad del orden jurídico mediante la supresión del mandato contradictorio. La conducta sólo puede ser dirigida en un sentido por las normas, pues si lo fuere en dos direcciones opuestas, una sola es la disposición que debe prevalecer para mantener la plenitud del orden. El Derecho no puede negarse a sí mismo.⁵

En todo lo que el derecho objetivo manda o prohíbe, imponiendo un deber, y lo que el mismo derecho permite, confiriendo un derecho subjetivo o facultad que el sujeto queda en libertad de ejercitar o no, debe haber armonía que permita el funcionamiento de las disposiciones legales correspondientes. Esa armonía implica ausencia de toda contradicción. Si la conducta impuesta como deber, resulta incompatible con otra conducta impuesta también como deber por la ley, surge el conflicto de deberes, que, de ser real y no sólo aparente, haría imposible el cum-

⁴ *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Ed. Porrúa, S. A., 3ª ed., cap. 12, núm. 12, p. 325.

⁵ Parece atinado distinguir entre orden jurídico propiamente dicho y derecho positivo (legislado o consuetudinario). El primero, como tal, es puramente ideal, por eso es que la plenitud puede predicarse de él como un atributo necesario. El segundo, el derecho positivo, es en cambio una realidad, siempre imperfecta —por las lagunas y contradicciones que inevitablemente contiene— pero que debe tender siempre a ser el primero, como a una meta de perfección (aunque nunca la alcance plenamente), tanto por la técnica más depurada que haya de emplear el legislador como por la labor más aguda y certera que debe llevar a cabo el intérprete para completar la obra de integración del derecho.

El orden jurídico así contemplado es, por tanto, a la vez, la expresión de un ideal normativo por una parte y, por otra, la manifestación de una necesidad social: la que tiene el derecho objetivo de ser bastante para comprender en sus disposiciones todas las posibilidades de la conducta. Vistos desde este punto, el derecho y la vida humana deben ser dos planos coincidentes entre sí. Ninguno de ellos puede ser más extenso que el otro, pues dejaría sin resolver —o en su caso sin aplicar— posibilidades existentes a un momento dado. La historia de la evolución del derecho no sería en tal caso sino el proceso de su constante adecuación a la vida. Su progreso en este aspecto, consistiría en convertir cada vez más el derecho positivo (real) en el orden jurídico (ideal) dejando así más satisfechas las exigencias de la vida en sociedad.

plimiento de ambos y, por consiguiente, resultaría ineficaz en este punto la función esa ley. Si la contradicción, en cambio, se presenta entre un deber impuesto y un derecho conferido, ocurre también, en caso de ser real la oposición, que no existe aquel deber o no existe este derecho, puesto que la coexistencia de ambos es imposible.

Y es aquí donde entra en juego el problema de la antijuridicidad, pues ella se reduce —en última instancia— al incumplimiento de un deber jurídico y, correlativamente, a la violación o desconocimiento de un derecho subjetivo, de una facultad conferida y protegida por la ley.⁶

Soler, que es partidario de la teoría unitaria de la antijuridicidad y que no admite que haya una penal distinta de la civil o de la que pueda producirse en cualquier otra rama del derecho, sostiene que ella “constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario.”⁷ En otros términos, un hecho es antijurídico cuando contradice al derecho objetivo, cuando persigue un fin opuesto al de este último. No puede haber actos que sean sólo civilmente o sólo penalmente antijurídicos y no lo sean para otras ramas del derecho. La antijuridicidad no es más que una.

Esta idea va en consonancia con el principio de la plenitud del orden jurídico. Si el derecho es una unidad, una totalidad, resulta evidente que el acto que lo hiere en una de sus partes no puede dejarlo ileso en las demás. Cualquiera que sea el tipo de relación jurídica en que se produzca el incumplimiento de un deber, será este incumplimiento reprobado por el derecho. La acción será simplemente antijurídica. Lo que varía específicamente es la sanción o castigo que a cada clase de incumplimiento se aplica. Algunas veces recae sobre el acto realizado contra derecho, afectándolo en las consecuencias que debería producir y otras sobre el infractor mismo, afectándolo en su persona o en su patrimonio (pena propiamente dicha).

Pero esta diversidad en las sanciones no impide que la antijuridicidad sea solamente una y que consista en la oposición al derecho, en la persecución de un fin contrario al de éste. Por eso es que dichas sanciones, a pesar de su diversidad, llevan una finalidad común, tienden a frustrar de algún modo ese fin contrario a derecho, perseguido por el infractor, ya sea impidiéndolo o bien dejándolo sin efecto, si ya fue alcanzado. Ello es una consecuencia de la pretensión que el derecho tiene de aplicación inexorable.

Pero, tratándose de la antijuridicidad que produce efectos penales, pre-

⁶ La violación o desconocimiento de un derecho subjetivo es antijurídica, porque se reduce en la última instancia al incumplimiento de un deber, el que se tiene de respetar ese derecho.

⁷ *Op. cit.*, t. I, p. 343.

senta ella algunas características que conviene examinar. Como toda anti-juridicidad, entraña incumplimiento de un deber jurídico, de un deber impuesto por la ley. Sólo que ésta no expresa, por regla general, en forma directa ese deber —mandando o prohibiendo— sino tan sólo “elípticamente”, como dice Soler. Es decir, la ley penal lo presupone existente y sólo se limita a describir su incumplimiento (tipo delictuoso) anexándole la sanción que corresponda. Pero lo que importa destacar aquí es el hecho de que no es esa descripción la que hace antijurídico al acto, sino que lo supone ya como tal. No es la tipicidad causa de la antijuridicidad, sino a la inversa. Esta última la antecede (desde el punto de vista lógico-jurídico por supuesto) y consiste, como ya se dijo, en el incumplimiento de un deber jurídico, en la oposición al derecho.

Las siguientes expresiones de Soler sobre este tema son categóricas:

La acción tiene que ser valorada no sólo ante la ley que ordinariamente se limita a describirla, sino ante la norma que esa ley presupone. Cuando el resultado de ese examen afirma la existencia de un conflicto entre el fin que el derecho persigue y el hecho, decimos que éste es un hecho ilícito, antijurídico. Para que haya delito, es preciso que exista una “relación de contradicción” entre el hecho del hombre y el derecho.

Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al derecho, cuando dice que el delito es una “disonancia armónica”, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora.⁸

III. El contenido del deber incumplido que el derecho penal tutela con su sanción, no pertenece a éste, cuya función se limita a proteger, sino a cualquier otra rama del derecho. Por otra parte, no todos los deberes impuestos en estas ramas se hallan penalmente sancionados en su incumplimiento. A la política y a la moral, no a la ciencia del derecho, corresponde seleccionarlos.⁹ La determinación de los bienes penalmente protegidos y, por consiguiente, de la sanción al incumplimiento (de un deber) que los lesiona, es labor metajurídica. Pero los deberes —penalmente tutelados o no— pueden entrar en conflicto, es decir, pueden oponerse mandando o prohibiendo conductas incompatibles entre sí. Sin embargo, esta contradicción existe sólo en apariencia, por la imper-

⁸ *Ibid.*

⁹ Creemos que así como existe una plenitud del orden jurídico, puede también hablarse de una plenitud del orden moral. Ambos están destinados a regular la conducta humana y tal regulación vendría a ser imposible ante mandatos contradictorios o deficientes.

fección del derecho positivo. No puede ser real, pues la plenitud del orden jurídico la impide.

El profesor francés de filosofía Régis Jolivet sostiene opinión semejante en los siguientes términos:

El deber en que estoy de cumplir ciertas obligaciones graves puede obligarme a veces a transgredir otras obligaciones, incompatibles con ese deber. Tal es el caso de lo que se llama los conflictos de deberes. Estos conflictos, que tienen lugar cuando una persona no puede satisfacer a la vez a dos deberes que se excluyen mutuamente, son, en realidad, puramente aparentes. En efecto, todo deber deriva en último lugar de la divina institución, y es evidente que Dios no puede obligar a cumplir dos deberes incompatibles entre sí.

Los conflictos de deberes no pueden darse sino entre deberes positivos (cosas que hay que hacer) o bien entre positivos y negativos (prohibiciones), pero nunca entre deberes negativos.¹⁰

Pero esa presencia aparente de dos deberes cuyos cumplimientos se excluyen, tiene que ser resuelta haciendo prevalecer el más importante de ellos, el de mayor valor, para que la conducta sea jurídica, esto es de acuerdo a derecho. El problema que se presenta en tales casos es el de determinar cuál es ese deber de mayor valor, para cuyo cumplimiento tiene que sacrificarse el menos valioso, ya que, en tal caso, dejará este último de ser propiamente un deber, cesará de obligar. Y mayor importancia reviste esa determinación del deber superior, cuando ambos deberes estén penalmente tutelados, es decir, cuando el incumplimiento de cada uno de ellos constituye delito, porque en tales casos sólo el cumplimiento de ese deber superior es lo que podrá operar como causa de justificación. Proceder a la inversa, cumplir el inferior, no justificaría la conducta seguida al faltar al cumplimiento del deber más valioso.

Problema similar se presenta ante el conflicto —también aparente desde luego— entre un deber y un derecho. Cuando la ley faculta o permite en uno de sus preceptos lo que prohíbe en otro o bien cuando, en forma negativa, dispensa de hacer, permite omitir, lo que en otro lugar manda como obligatorio, interesa ante todo determinar cuál es la disposición que prevalece. Si el deber impuesto debe cumplirse en todo caso, no habrá derecho que hacer valer para quedar relevado. En caso contrario, es decir, cuando la norma que confiere el derecho subjetivo prevalece, entonces tal derecho constituye una limitación, una excepción al deber impuesto (estarás obligado a observar tal conducta, bajo pena de... a menos que tengas derecho a... por razón de tal cosa, en cuyo caso quedarás relevado de la obligación y exento de pena); y en este último supuesto el ejercicio del derecho será causa de justificación,

¹⁰ *Tratado de filosofía*, Buenos Aires, Ed. Carlos Lohlé, 1959, t. iv, cap. iii, núm. 2, p. 106.

desde el punto de vista penal, si el incumplimiento del deber fuera delictuoso, pues bien puede decirse que tal deber no existe ya en el caso; el derecho lo hace cesar.

Hay ocasiones en que la ley misma resuelve la aparente colisión de dos deberes entre sí o de un deber con un derecho, mediante preceptos expresos, determinando cuál de ellos es superior y, como consecuencia, debe prevalecer sobre el otro. Tal es el caso, por ejemplo, de las disposiciones contenidas en los artículos 288 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de que adelante nos ocuparemos con más detenimiento. En ambos preceptos se contempla el caso de conflicto entre el deber de reserva profesional y el de auxiliar al Estado a conocer la verdad en los juicios, conflicto éste que la ley resuelve en favor del primero.¹¹ Y como el incumplimiento de cualquiera de estos deberes puede llegar a constituir delito (por la revelación o la desobediencia, según los artículos 211 y 178 del Código Penal), resulta que sólo el cumplimiento del primero de ellos, o sea del deber de guardar el secreto, podrá ser invocado por el profesionista como causa de justificación de la desobediencia en que incurra por no cumplir el segundo. Pero no podrá, en cambio, invocar este último deber para justificarse de haber revelado algún secreto profesional en juicio civil, pues la ley claramente establece la preferencia para el deber de reserva.

En las mismas disposiciones procesales se prevé la oposición entre el indicado deber de auxiliar a la autoridad en juicio y el derecho que se tiene, por causa del parentesco o matrimonio, a no rendir prueba contra algún ascendiente, descendiente o cónyuge, para beneficio de la parte que contra ellos litigue. Aquí la consecuencia jurídica es diversa. El incumplimiento al deber de auxiliar puede llegar a ser delictuoso, como hemos dicho ya, pero será causa de justificación, si se incurre en esa conducta, el ejercicio del derecho antes indicado, al que la ley da prevalencia en el conflicto. Pero si —por cumplir aquel deber— se deja de ejercitar este derecho, no puede, en cambio, haber delito alguno. El derecho a no probar en los casos indicados sólo da facultad, no crea obligación, a diferencia de lo que ocurre con el secreto profesional; por lo menos obligación legal, aún cuando moralmente es posible que exista.

¹¹ Perraud-Charmantier ha visto muy bien estas situaciones, como lo revela al expresar en su libro: "En el conflicto de la obligación al secreto con una obligación legal, ninguna dificultad puede surgir, si la ley deroga expresamente la primera". Y más adelante añade: "En el caso en que la ley enmudezca y no dé la solución del problema estableciendo la jerarquía debida entre las obligaciones contradictorias que solicitan la conciencia del confidente necesario, importa referirlas a los principios generales" (*Le secret professionnel* 2ª parte, cap. III, núm. III, pp. 273-274).

Pero hay otras situaciones de colisión entre deber y derecho o entre dos deberes, en las que la ley no declara de modo expreso cuál es el que debe prevalecer. Es en estos casos de silencio, que son tal vez los más numerosos, en los que la ley pone a prueba al intérprete y en su caso al juez, para decidir el conflicto según principios de interpretación. Se da aquí el fenómeno de existir a la vez los dos problemas que la plenitud del orden jurídico afronta y a que nos hemos referido antes: por una parte, contradicción de preceptos, la que da motivo al conflicto, y, por otra, una laguna en la ley al no haber disposición que resuelva ese conflicto.¹²

IV. Es en este punto en el que han surgido las mayores discusiones en torno al secreto profesional, discusiones en las que tanto los tratadistas como la jurisprudencia han tomado posiciones diferentes y en las que más de una vez se ha incurrido en confusión.

El caso más comentado, entre los de posible oposición de derecho y deber, es el de determinar si el profesionista está facultado para revelar secretos conocidos en el ejercicio de su profesión, cuando ello es necesario para exigir judicialmente el pago de los honorarios que por ese mismo ejercicio tiene derecho a percibir y que el cliente le niega. O en otros términos, se discute si el derecho del profesionista a cobrar retribución por su trabajo constituye "justa causa" para revelar y, por lo mismo, impide que se configure el delito de revelación.

El problema es resuelto de opuestas maneras por los autores. Eusebio Gómez estima que "El propósito de fundar una demanda por cobro

¹² Para establecer la jerarquía en los deberes o derechos en conflicto pueden servir como punto de partida tanto las escalas que la ley establece para las penas a diversos delitos, como las otras disposiciones legales, de variada índole, a que nos hemos referido en el capítulo anterior, cuando tratamos el estado de necesidad, pues la situación de conflicto que allí se presenta es similar a la que aquí encontramos. Sin embargo, debe tenerse presente, como último término, que para determinar la prioridad del deber o del derecho que haya de prevalecer en cada caso, hay que tomar en cuenta todas las circunstancias y las disposiciones legales que los establecen, no consideradas aisladamente sino dentro del contexto general del derecho positivo y también los principios metajurídicos en que se ha inspirado éste. Al respecto son interesantes los conceptos que expresa Régis Jolivet, autor francés que antes hemos citado: "Por ahí se echa de ver que este dominio de los conflictos de deberes, lo mismo que el de los derechos, es por excelencia el del juicio prudencial, cuyo oficio propio consiste en apreciar desde el punto de vista moral la misma realidad existencial con todas las circunstancias concretas que le dan su carácter absolutamente singular" (*Op. cit.*, cap. III, núm. 112, p. 107). De algún modo se armoniza esta opinión con el sistema hermeneútico-jurídico que Soler llama interpretación sistemática de la ley, la cual consiste, según este autor, en que la finalidad de la ley "no debe solamente inducirse de la disposición aisladamente considerada; debe tomarse en cuenta la totalidad del organismo jurídico..." (*Derecho penal argentino*, t. I, cap. 14, núm. v, p. 152). Esto tiene especial importancia en sistemas de derecho positivo en los que, como el nuestro, coexisten disposiciones legales de diferente valor en la jerarquía que guardan, como ocurre, por ejemplo, con las leyes federales frente a las de carácter local.

de honorarios no constituye justa causa para revelar el secreto profesional" y añade que "La mayoría de las opiniones se inclinan a la doctrina del secreto absoluto" en este punto.¹³ Dentro de esa mayoría debemos incluir a la señora Islas Magallanes, quien, comentando nuestro derecho, sostiene que "Este caso es uno de aquéllos en que se ve con más claridad la oposición entre el interés público y el interés particular y, por ello, sin titubear, debe resolverse protegiendo el interés público".¹⁴ En dirección contraria y también teniendo en cuenta nuestro sistema legal, va la opinión de Jiménez Huerta quien sostiene que:

Alegar que el profesional debe perjudicarse antes de revelar un secreto al reclamar sus honorarios, es exigirle una renuncia que ninguna ley impone y privarle gratuitamente del ejercicio de un derecho que los ordenamientos civiles y laborales otorgan a todos los ciudadanos y a todos los trabajadores.¹⁵

Por su parte, Sebastián Soler sostiene opinión similar, al decir que "en esta situación, jurídicamente no cabe duda acerca de su facultad (del profesionista) de hacer las manifestaciones necesarias para la defensa de sus derechos", aunque reconoce "que es moralmente noble, en este caso, sacrificar el propio interés, no ya en homenaje a un cliente que no lo merece, sino a la grandeza del principio".¹⁶

A la situación de conflicto antes indicada, añade Fernández Serrano otras que pueden presentarse, como son:

Si un abogado ha sido nombrado tutor o curador de un menor, y, con tal carácter, se ve obligado a litigar contra persona que fue su cliente... Si un abogado sucede como heredero al adversario de su cliente, existiendo pleito pendiente (y)... el del agravio del cliente al abogado.¹⁷

En resumen, estimamos que todos los casos anteriores y otros más que podrían citarse, quedan comprendidos en la genérica expresión de "situaciones de controversia judicial entre el profesionista obligado a guardar el secreto y el cliente en cuyo servicio conoció aquél", en ella quedarían incluidos todos los supuestos en que el profesionista se ve constreñido, por cualquier causa, a litigar contra la persona a quien sirvió, ya sea atacándola, como actor en juicio civil o acusador en causa criminal, o bien defendiéndose de ella como demandado o acusado. Se comprenderían en dicha expresión la ya indicada situación de litigio

¹³ *Tratado de derecho penal*, t. III, cap. LXXIII, núm. 845, p. 447.

¹⁴ *Delito de revelación de secretos*, cap. IV, d), p. 109.

¹⁵ *Derecho penal mexicano*, parte especial, t. III, segunda parte, cap. V, p. 193.

¹⁶ *Op. cit.*, t. IV, cap. 107, núm. IX, p. 145.

¹⁷ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, abril-junio 1952, núm. 14, p. 131.

por cobro de honorarios profesionales, las de tutela a que se refiere Fernández Serrano, que no deben reducirse sólo a ésta sino a todos los casos de representación legal, tales como albaceazgo, sindicatura, patria potestad, etcétera; todos los casos en que por hecho superviniente el profesionista llega a quedar en situación de acreedor o deudor de su antiguo cliente y también todos los casos en que se ve necesitado de acusarlo en la vía penal o defenderse de él por una acusación de esta naturaleza.

Para intentar dar solución a las delicadas situaciones que plantea este conflicto, debemos comenzar por precisar el fundamento del derecho de defensa, ya que es éste el que se pretende hacer valer como causa de justificación de la revelación de secretos. Tal derecho de defensa, que el profesionista indiscutiblemente tiene, como cualquier persona, debe distinguirse del derecho a la legítima defensa, que estudiamos en el capítulo anterior y que constituye otra causa de justificación diferente. En ambos derechos existe la común finalidad de evitar algún daño a bienes jurídicamente protegidos, pero se diferencian radicalmente en que el derecho a la legítima defensa se ejerce mediante actos materiales y tiende a frustrar una agresión ilícita, antijurídica, en tanto que el derecho de defensa de que tratamos en este capítulo se ejerce mediante actos jurídicos y tiende a evitar o a reparar una situación que bien puede ser contraria a derecho, pero que, de inmediato, pretende fundarse en él y existir dentro de la ley. Por ello es que, mientras el derecho de legítima defensa se ejerce a espaldas del Estado y en los casos en que éste no puede salvar a los bienes jurídicamente protegidos, el derecho de defensa legal se ejerce ante el Estado, con intervención de éste a través de las autoridades correspondientes y siguiendo los procedimientos que para tal ejercicio establece la ley.

Precisada esa diferencia, debemos añadir que el derecho de defensa legal, genéricamente contemplado, tiene su fundamento, dentro del régimen jurídico mexicano, en la misma Constitución Federal, cuyos artículos 14 y 16 lo establecen de modo expreso al prohibir que se pueda privar a alguien de la vida, libertad, propiedades, posesiones o derechos, sin seguir juicio ante tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades del procedimiento y se apliquen las leyes expedidas con anterioridad; y también al prohibir que se moleste a alguien en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, si no existe mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. De manera más expresa lo establece el artículo 17 de la misma Constitución Federal, al disponer que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en forma gratuita en los plazos y términos que fije la ley, sin que ninguna persona pueda

hacerse justicia por sí misma. En cuanto al derecho de defensa en asuntos del orden penal, lo establecen, y son prolijos para regularlo, los artículos 18 a 23 de la misma Constitución.

De lo anterior puede concluirse que el derecho de defensa legal no solamente es de orden público, sino que alcanza el rango de garantía constitucional en el derecho positivo mexicano. Y de ese derecho, que asiste a toda persona física o moral, por el solo hecho de serlo, no puede excluirse al profesionista en ningún caso, ni aún cuando lo ejerza en contra de su cliente, pues la lealtad que debe a éste, especialmente en lo que toca a la guarda de secretos, no puede privarlo de un derecho natural e inherente a toda persona, derecho que las leyes vigentes, inclusive constitucionales, no han podido menos que reconocer y garantizar en cuanto a su ejercicio.

Es verdad que este derecho de defensa no es absoluto ni ilimitado; pero, como tampoco reviste esos caracteres la obligación al secreto en el profesionista —no obstante ser también de orden público— es precisamente por ello que, cuando surge el conflicto entre las dos instituciones, se requiere determinar los límites de ambas para resolverlo.

Ya hemos visto en el capítulo segundo, al estudiar la represión penal, que el abogado o procurador que ha patrocinado o representado a un cliente suyo, no puede hacer después eso mismo con otra persona que litigue contra aquél en el mismo negocio en que lo patrocinó o representó, ni en otro diferente. Tal prohibición la consigna el artículo 2589 del Código Civil y la sanciona el 232 Fracción I del Código Penal. Pero en los casos en que el profesionista no litiga contra su antiguo cliente asesorando o representando a un contrario de éste, sino que lo hace por derecho propio y en defensa de sus mismos intereses, la situación es diferente. Ninguna prohibición podrá existir para ello, haciendo nugatorio el derecho de defensa legal. Y es entonces cuando surge el problema con la guarda o el uso que del secreto de su cliente pueda hacer el profesionista para defenderse.

Entre las situaciones presentadas antes como ejemplos de esta colisión, conviene establecer algunas distinciones. En primer lugar, creemos que los casos de representación legal, como el de tutela que menciona Fernández Serrano y los que añadimos por nuestra cuenta —o sean el albaceazgo, la patria potestad, etcétera—, deben quedar excluidos del problema, pues en éstos el profesionista no defiende ni representa intereses propios sino ajenos. Y si en la defensa de ellos se viere necesitado de litigar contra su cliente, debe negarse a aceptar esa representación legal —si aun no lo ha hecho— o bien a renunciarla si ya la aceptó. A tal solución se inclina el mismo Fernández Serrano, quien presenta el ejemplo, estimando que el abogado se encuentra inhabilitado para desem-

peñar la tutela en esos casos. Y nosotros compartimos esta opinión, por estimar que la representación legal, ante la situación de conflicto, es equiparable a la voluntaria que dimana del mandato, por haber identidad de razón para la prohibición que con respecto a esta última se establece y a la que acabamos de referirnos. A mayor abundamiento, hay disposiciones expresas para la tutela en nuestro Código Civil, al mandar en su artículo 503, Fracción IV, que "No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo: . . . VII. Los que al deferirse la tutela tengan pleito pendiente con el incapacitado; . . .". Y en el artículo 504, que: "Serán separados de la tutela: . . . IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad; . . ."

Queda entonces por resolver el problema de los demás casos citados, en los que el profesionista sí tiene interés propio que hacer valer y no actúa como mero representante, legal o voluntario, de intereses ajenos. El primer caso es el relativo al cobro de honorarios profesionales, respecto del que tan divididas se encuentran las opiniones, según hemos visto. En lo que toca a este conflicto de intereses, nos inclinamos por la solución de que el profesionista no tiene derecho a revelar los secretos conocidos en el ejercicio de su profesión al intentar judicialmente hacer ese cobro. Ciertamente el derecho de defensa legal es un derecho natural, según dijimos antes; entre nosotros es de orden público y se halla además consagrado por la misma Constitución Federal, pero no es un derecho ilimitado. La obligación a que se contrapone, o sea la de guardar el secreto profesional, también es de orden público y además se encuentra penalmente tutelada, lo que demuestra la estima en que la tiene el legislador, cosa que no ocurre con el derecho a cobrar honorarios profesionales, que no es el derecho de defensa en general, sino tan sólo un caso particular del mismo y que no corresponde sino a una obligación de carácter meramente civil. Si aplicamos el criterio sustentado por algunos penalistas, al que antes nos hemos referido, consistente en tomar las diversas escalas penales establecidas por la ley para la punición de hechos delictuosos, como medio para conocer la jerarquía de los bienes jurídicamente tutelados, se podrá apreciar mejor la diferencia entre el valor del secreto profesional, cuya revelación constituye delito, y el de la obligación de pagar honorarios, cuyo incumplimiento no es delictuoso y tan sólo puede dar origen al ejercicio de una acción civil.

Los argumentos que da Jiménez Huerta para sostener que este último bien jurídico debe ser preferente al primero y que, por consiguiente, se justifica la revelación por parte del profesionista en el caso que examinamos, consisten, según sus propias palabras, en que:

Alegar que el profesional debe perjudicarse antes de revelar un secreto al reclamar sus honorarios, es exigirle una renuncia que ninguna ley impone y privarle gratuitamente del ejercicio de un derecho que los ordenamientos civiles y laborales otorgan a todos los ciudadanos y a todos los trabajadores. Argüir que, en estos casos de colisión de intereses, debe preferirse el de mayor contenido y que no puede considerarse superior en valor el cobro de honorarios al de guardar el secreto, es plantear y resolver el problema con un excesivo abstraccionismo, pues el interés público, en la no revelación del secreto, no puede entenderse en forma tan lata y rígida que incluso prive del ejercicio de legítimos derechos, máxime si se tiene en cuenta que, en última instancia, la realización de la justicia es el interés social supremo.¹⁸

Tales argumentos parten de un inexacto planteamiento del problema, pues en ningún caso se trata de privar al profesionista del derecho de defensa legal que indiscutiblemente tiene, sino tan sólo de determinar si en el cobro judicial de honorarios, que solamente es un caso particular de ejercicio de ese derecho de defensa, está facultado o no para emplear como medio la revelación. De ningún modo se niega que el profesionista pueda litigar contra su cliente para exigirle judicialmente el pago de la retribución que le debe por sus servicios. Lo único que se hace es limitarle, conforme a la opinión que sustentamos de acuerdo con otros tratadistas, el empleo de los medios que para el efecto puede usar, prohibiéndole hacer esa revelación por considerarla en todo caso ilícita. Es verdad que tal limitación podrá dificultar e incluso llegar a hacer ineficaz la acción de cobro en algunos casos, pero esta ya es una cuestión de hecho que de ninguna manera destruye la validez del principio ni puede autorizar a que desconozca la primacía que tiene el deber de reserva profesional cuando entra en conflicto con un derecho como el que nos ocupa. Ella no constituye una negación del derecho de defensa, pues los mismos Códigos Procesales establecen limitaciones similares dentro del derecho privado en materia de prueba. Tal ocurre, por ejemplo, con el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal que dispone que “para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquiera cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral”. Y situación semejante se presenta con el artículo 1198 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual “el juez debe recibir todas las pruebas que se presenten a excepción de las que fueren contra derecho o contra la moral”.

Ahora bien, nadie podrá sostener que esas limitaciones a la prueba, cuya justificación es obvia, desconocen el derecho de defensa o lo vuelven

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 193-194.

nugatorio, pues lo único que hacen es resolver la oposición existente entre dos principios fundamentales que deben regir la administración de justicia y a los que se refiere Carrara o sea "el que proclama el triunfo de la verdad en los juicios y el que proclama que la justicia no puede ilustrarse por medios inmorales, y menos aún, por medios criminosos".¹⁹

Finalmente, por lo que toca a la afirmación que hace Jiménez Huerta en el sentido de que "la realización de la Justicia es el interés social supremo", claro que es indiscutible, pero si se pretende emplear, como lo hace este autor, para reforzar su argumentación, a que nos venimos refiriendo, se incurre en una petición de principio, pues —precisamente— lo que se trata de saber es si la realización de la justicia se obtiene mejor con la guarda inviolada del secreto o con la obtención del pago de los honorarios debidos al profesionista, por lo que se vuelve a dejar en pie el mismo problema que se trata de resolver.

En cuanto a la posición que toma Sebastián Soler, a que también nos hemos referido antes, en el sentido de que el profesionista puede hacer en el caso de cobro de honorarios "las manifestaciones necesarias para la defensa de sus derechos", se aviene mal con la opinión sustentada por el mismo autor en otra parte de su obra, de la cual nos ocupamos en el capítulo anterior, ya que precisamente Soler es uno de los tratadistas que propone como criterio para la valuación de los bienes jurídicamente protegidos, en caso de conflicto entre ellos, el conocimiento de las escalas penales establecidas por la ley para castigar los delitos que los lesionan.

Pasando ahora al otro caso antes mencionado de posible conflicto entre el profesionista y su cliente, o sea el que se da cuando alguno de ellos queda en situación de acreedor respecto del otro, que a su vez viene a quedar como deudor, debemos hacer las siguientes consideraciones. En este caso, a diferencia del anterior, el litigio se presenta sobre asunto diverso del que motivó el conocimiento del secreto. Se citan por los autores, como posibles ejemplos, los casos en que el profesionista adquiere algún crédito o bien litigioso en contra de su cliente, por compra que haga de ellos o también por haberlos heredado. Por nuestra parte, consideramos aun menos justificado que el profesionista haga revelaciones del secreto para defenderse. Su derecho para litigar contra el cliente y exigir lo que le sea debido, queda incólume, pero ello no le faculta para quebrantar el secreto profesional ni constituye justa causa para revelar. Es difícil suponer que en tales casos se haga necesaria la reve-

¹⁹ *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Ed. Themis, 1958, t. II, núm. 1641, p. 449.

lación de secretos conocidos en asunto diverso, para poder hacer valer el derecho de defensa. De hacerse tal revelación, más bien podría ser empleada por el profesionista como un medio extralegal para presionar al cliente con objeto de que acceda a sus pretensiones, sean éstas justificadas o no, en cuyo caso resulta evidente la ilicitud y, por consiguiente, la antijuridicidad de la medida, por no ser ella inherente ya al derecho de defensa legal. Además, hay que tener en cuenta que si la adquisición del bien o del crédito litigiosos se efectuaron en contra de lo dispuesto por el artículo 2276 del Código Civil, que prohíbe a los abogados comprar bienes que son objeto de juicio en que intervengan y ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre esos bienes, o si se llevaron a cabo en contra de lo dispuesto por el artículo 2280 Fracción II del mismo Código, que prohíbe a los mandatarios comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados, entonces no solamente será ilícita la revelación, sino que aun el mismo derecho ejercitado por el profesional podrá quedar sin efecto, atenta la ilegalidad de la adquisición en que se funda.

Una aclaración debemos hacer, sin embargo, con relación al límite que, según estimamos, existe para el derecho de defensa del profesional en los dos casos antes examinados, consistente en que no puede hacer revelación de los secretos conocidos por él. Dicha limitación debe existir tan sólo cuando el secreto está vigente, pues si los hechos que son materia de él han pasado ya a ser públicos o han sido dados a conocer judicialmente con anterioridad, o bien si el secreto del abogado ha cumplido ya la función para la que se confió, según lo que acerca de ésta expusimos en el capítulo tercero, dejando de haber razón para que exista, es evidente que en tales casos sí puede ya el profesionista dar a conocer lícitamente esos hechos sin responsabilidad alguna por su parte, al ejercer su defensa legal. Podrá darlos a conocer bien en la parte expositiva —al narrar los hechos que funden su acción o su excepción— cuando sea el caso, o bien mostrándolos como prueba al exhibir documentos u objetos que los contengan. No podrá alegarse en tales casos que el profesionista haya hecho revelación de algo que no era conocido y que, por lo tanto, conservaba su carácter secreto, perjudicando con ello al cliente o a un tercero.

V. Quedan, por último, las situaciones en que el profesionista es víctima de un delito de su cliente, que necesita denunciar, o bien a la inversa, esto es, cuando el cliente lo acusa injustamente de un delito o cuando le demanda en la vía civil indemnización por responsabilidades profesionales en que no ha incurrido. Es en todos esos casos en los que estimamos que el derecho de defensa da al profesional una mayor am-

plitud en cuanto a los medios que puede emplear. En ellos sí le es lícito revelar con tal objeto los secretos conocidos en el ejercicio de la profesión, respecto del cliente de que se trata. La actitud de este último como atacante o como agresor,²⁰ justifica al profesionista. No puede imponerse a éste la obligación de soportar, además de una pérdida patrimonial, una amenaza de daño en su reputación o en su libertad, por guardar el secreto.

En todos los casos antes señalados, en los que entra en juego el derecho de defensa legal del profesionista, nos parece acertada y sensata la opinión de Perraud-Charmantier, cuyas ideas expone en los párrafos que a continuación transcribimos:

En lo que concierne a los abogados y a los procuradores, reconociendo el carácter casi absoluto de su obligación al secreto, creemos, sin embargo, que ella no es ilimitada. En justicia, la razón de estado estaría allí en juego. En toda hipótesis, el abogado y el procurador podrán hablar para asegurar su defensa legítima; el fraude reduce a la nada su obligación;...²¹

En el conflicto de la obligación al secreto y del ejercicio de un derecho, para determinar el deber superior que se impone al confidente, importa distinguir al interés que puede estar en la fuente del ejercicio de este derecho, a saber: el interés pecuniario o el interés moral. Si el confidente no tiene que hacer valer sino un interés pecuniario la obligación al secreto queda inviolable; el médico no podrá en una demanda por pago de honorarios revelar la naturaleza o siquiera el nombre de la enfermedad del deudor, a quien presta sus cuidados.

Al contrario, si se trata de un interés moral, el confidente puede hablar, pero aún hace falta que se trate de un interés moral importante: la defensa da su probidad o de su honor profesionales. Sería excesivo entregar sin defensa a los confidentes necesarios a la mala fe de los clientes o a la malignidad de terceros. El abogado perseguido por su cliente podrá pues exhibir los documentos a él confiados por éste;...²²

En el conflicto surgido entre la obligación al secreto y el interés de un particular, éste no puede sino ceder delante de aquél...²³

Hacemos nuestros estos conceptos con sólo una salvedad. No creemos, como dice Perraud-Charmantier de una manera tan general, que "el fraude reduce a la nada" la obligación al secreto. Ello nos parece excesivo. En los casos en que hemos admitido el derecho del profesionista a revelar, es evidente que no puede hacerlo sino dentro de los siguientes límites:

²⁰ Como atacante legal (de derecho) cuando demanda o acusa y como agresor injusto (de hecho) cuando delinque contra el profesionista.

²¹ *Le secret professionnel*, D. P. III-III, p. 266.

²² *Ibid.*, p. 273.

²³ *Ibid.*

1º Que la revelación sea ciertamente necesaria para la defensa, hasta el punto de que no existe otro medio legal con que pueda llevarla a efecto con éxito;

2º Que se haga dicha revelación en la medida estrictamente indispensable para la defensa y no más allá;

3º Que haya debida proporción entre el daño que se cause con la revelación del secreto y el que se evite el profesionista con ella y

4º Cabe preguntar si también debe exigirse como límite la condición de que en definitiva resulte fundado y cierto el derecho del profesionista que se defiende mediante la revelación.

Esta última exigencia plantea un delicado problema de dudosa resolución. Si se sostiene la afirmativa, quiere decir entonces que la licitud o ilicitud de la revelación del secreto dependerá de la sentencia que en definitiva se dicte. Si ésta fuere favorable al profesionista, su reclamación será fundada, su derecho será cierto y la revelación habrá quedado justificada. Pero si le fuere desfavorable, querrá ello decir que no fue cierto el derecho que hizo valer, que lo que reclamó era injustificado y que, como consecuencia de ello, la revelación habrá sido ilícita. ¿Deberá exigirse esto al profesionista hasta el punto de hacerlo responsable de la certeza del derecho que hace valer en su defensa y, por lo mismo, del éxito que obtenga con ella, para que la revelación resulte lícita?

Lo consideramos excesivo. Creemos que aquí deben entrar en juego los conceptos de equidad y buena fe a que tan a menudo recurre el derecho positivo y que han sido llamados válvulas de escape del mismo.

Nos parece un criterio bien orientado para llegar a la solución de este problema, tomar como guía el principio que adopta nuestro Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal para regular la condena en costas judiciales. El artículo 140 de dicho Código establece como regla general, que "la condenación en costas se hará cuando así lo prevenga la ley, o cuando, a juicio del juez, se haya procedido con temeridad o mala fe". Y a continuación señala taxativamente los casos en que debe condenarse al pago de costas. En otros términos, el referido Código Procesal, a diferencia de otros de que hablaremos más adelante, no acepta el sistema del vencimiento, consistente en que, por regla general, debe pagar siempre las costas el que pierde un juicio, sino que, por el contrario, dicha condena sólo procede en nuestro Código en los casos limitativamente señalados por él (juicios ejecutivos, hipotecarios, interdictos, por condena igual en ambas instancias, por no rendir prueba alguna, por presentar documentos o testigos falsos, etcétera) y fuera de ellos procede únicamente cuando el juez, usando facultades discrecionales, estima que el litigante ha procedido con temeridad o mala fe.

Diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia han estudiado

este último caso, interpretando la disposición con acertado criterio, como lo revelan las que en seguida transcribimos en lo conducente:

Si las pruebas que rindió el demandado no demostraron sus excepciones, y en cambio las de su contraria decidieron en su favor la contienda, no por esto puede estimarse que aquélla obró con temeridad o mala fe, sino ha de considerarse lo contrario, que de buena fe hizo la defensa de lo que creía tener derecho. . .²⁴

En otros términos, resuelve la ejecutoria que el solo hecho de perder un litigio no indica necesariamente temeridad o mala fe en el vencido, ni le impone la obligación de pagar costas.

En otra sentencia del Alto Tribunal se dice:

...el juzgador debe tomar en cuenta también los datos que arrojen las constancias de autos para percatarse de si el litigante ha realizado actos que revelen su temeridad o mala fe, ya por haber hecho promociones inconducentes, por falta de veracidad en las mismas o por otras encaminadas a entorpecer o dilatar el proceso. . .²⁵

Pero más que los hechos antes señalados como indicativos de temeridad o mala fe, o sea los que constituyen lo que la misma Suprema Corte de Justicia llama en otras partes la "conducta procesal" del litigante, lo que debe tenerse en cuenta para determinar si han existido o no esa temeridad y mala fe, es la actitud inicial del que litiga, o sea la que revela con el hecho de intentar el juicio o de defenderse en el mismo, relacionándola con la justicia o injusticia evidentes de su pretensión. Francesco Carnelutti, que se ha ocupado de este problema en relación con los daños causados por el procedimiento —ya no con las costas precisamente, que en el derecho de su país tienen un significado diferente y se rigen por otros principios— ha expresado:

La obligación de resarcimiento del daño, lo mismo que la obligación del reembolso de las costas, tiene como fundamento la injusticia de la pretensión o de la resistencia, pero a diferencia de ella, a la injusticia objetiva hay que agregar la mala fe o la culpa: mala fe en la proposición de la pretensión o de la oposición se da cuando quien la propone es conciente de la injusticia; culpa, cuando de haberse comportado con mayor diligencia, hubiera podido llegar a ser conciente de ello.

Y más adelante añade este tratadista:

...tanto el proponer una pretensión o una oposición con la conciencia de su injusticia como el proponerla sin haber verificado diligentemente su justicia son actos contrarios a la probidad. . .²⁶

²⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. XLIV, 4ª parte, amparo directo 915/60, Graciela Serna, p. 97.

²⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. XXVI, 4ª parte, amparo directo 1297/59, Bienes Raíces San Lázaro, S. A., p. 24.

²⁶ *Instituciones del proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1959 t. 1, núm. 240, p. 364.

Las anteriores ideas de Carnelutti concuerdan con las expresadas por la Suprema Corte de Justicia en otra ejecutoria que dice:

Por litigante temerario, para los efectos de la condena al pago de las costas, ha de entenderse a quien sostiene una pretensión injusta sabiendo que lo es, o que hubiera podido saberlo, si hubiese investigado con más diligencia los fundamentos de tal pretensión.²⁷

En otros términos, de acuerdo con estas ideas no basta la sola derrota procesal para imputar al vencido la responsabilidad del proceso y poner a su cargo la indemnización de los daños —o de las costas— que con el mismo haya causado.²⁸ Se requiere algo más que esto, consistente, desde el punto de vista objetivo, en la notoriedad o evidencia de la injusticia de su pretensión y desde el punto de vista subjetivo, en el dolo o mala fe del litigante que en tal circunstancia no puede menos que conocer esa injusticia, por su evidencia, aún antes de llegar a una resolución judicial que la declare. Pero la tesis de nuestra Suprema Corte de Justicia, que acabamos de exponer, coincidiendo en este punto con las ideas de Carnelutti, va más allá, considera posiblemente a la temeridad como culpa que también genera responsabilidad, porque la injusticia de la pretensión hubiera podido ser conocida y no lo fue, debido a que el litigante no procedió con la debida diligencia en la investigación del caso.²⁹ Esta culpa también creará responsabilidad por el proceso y hará pasible de condena en costas a quien incurrió en ella.

A igual conclusión se llega viendo el problema desde el punto de vista opuesto. Hay códigos procesales que, siguiendo el principio del vencimiento, establecen, a diferencia del sistema antes señalado, que deberá ser condenada al pago de costas, por regla general, toda persona que pierda un litigio. Este es el sistema que sigue nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles y, entre otros códigos locales, el del Estado de Jalisco. Pero a esta regla general no dejan de establecerse excepciones y, entre las que señala el último de los dos Códigos citados, se encuentra la que consiste en que el caso materia de litigio sea dudoso, es decir, en que

²⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. cv, 4ª parte, amparo directo 5661/63, Cortinas de Acero Riba, S. A., p. 26.

²⁸ De acuerdo con nuestra ley sustantiva las costas se consideran un efecto del incumplimiento de la obligación que motivó el juicio y, por consiguiente, se ponen a cargo del incumplido, pero en todo caso se deja que esta cuestión la resuelva la ley adjetiva. Así lo dispone el artículo 2118 del Código Civil: "El pago de los gastos judiciales será a cargo del que faltare al cumplimiento de la obligación, y se hará en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles."

²⁹ Esto equivale a lo que llaman los moralistas ignorancia vencible, y, por tanto, inexcusable.

no sea evidente la injusticia de ninguna de las partes, caso en el cual se reconoce como improcedente la condena en costas, con lo cual se llega al mismo resultado que persiguen los códigos del sistema contrario. Nuevamente acudimos a otra tesis de la Suprema Corte de Justicia en la que, interpretando el precepto correspondiente del Código del Estado de Jalisco, dice lo que sigue:

El artículo 143 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, establece que la condena en costas no procede: "IV. En los demás casos en que a juicio del Juez, el punto haya sido verdaderamente dudoso o existan razones de apariencia suficientes para fundar la creencia u opinión sustentada por el perdidoso en el juicio." Ahora bien, según es de verse de la transcripción anterior, la fracción aludida refiere la excepción a dos causas diferentes: una, cuando el punto cuestionado en el juicio es verdaderamente dudoso y, la otra, cuando existan razones de apariencia suficiente para fundar la creencia u opinión sustentada por el perdidoso, o sea que la apreciación correspondiente por el Juzgador implica el ejercicio de facultades discrecionales apoyadas en el prudente arbitrio...⁸⁰

Esta no es sino una manera negativa de sostener el mismo principio antes indicado, consistente en que, para que proceda la condena en costas, se requiere que sea evidente la injusticia de la pretensión u oposición sostenida en el litigio, pues cuando falta esa evidencia por ser dudoso el caso o por existir "razones de apariencia suficiente para fundar la creencia u opinión sustentada", como dice el precepto que se comenta, no puede condenarse en costas al que sustentó tal opinión, pues estuvo en su derecho para hacerlo, sometiéndola a resolución judicial aun cuando posteriormente le resultare desfavorable ésta.

Volviendo al tema que nos ocupa en esta obra, hemos dicho que las anteriores ideas puedan ser aplicadas para resolver el problema de la revelación de secretos cuando la hace el profesionista al ejercitar su derecho de defensa legal, en los casos en que hemos considerado admisible tal revelación, como son aquellos en que se ve en la necesidad de denunciar un delito cometido contra él por su cliente, o bien de defenderse de la acusación penal presentada por éste, o de una injustificada reclamación que le haga en demanda civil por responsabilidades que le atribuya. En todos estos casos tendrá que exigirse que no haya injusticia evidente en la posición sostenida por el profesionista, pues si la hubiere, no podría justificarse de ningún modo la revelación que hiciera para defenderse, ya que ella entrañaría temeridad o mala fe notorias, es decir, el dolo por parte suya. También

⁸⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. CXX, 4ª parte, amparo directo 4775/65, Jorge Javier Ceballos Preciado, p. 13.

creemos que aquí debe entrar en juego el concepto de culpa, en los términos en que lo emplea la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, que en párrafos anteriores transcribimos, siguiendo la opinión de Carnelutti o, por lo menos, coincidiendo con ella. Si la injusticia de la causa no es notoria a primera vista, pero puede llegar a conocerse por el profesional mediante un examen del caso que esté a su alcance, también debe hacérsele responsable por la revelación del secreto. Y esto es particularmente aplicable al abogado, pues ningún profesionista mejor que él está en condiciones de examinar el caso y conocer si la posición que sostiene en el mismo entraña o no una injusticia notoria.

Sólo de esta manera pueden evitarse dos soluciones extremas que resultarían por ello inadmisibles: la que consistiera en hacer responsable por la revelación al profesionista, en todo caso que llegue a ser vencido, pues ella restringiría injustificadamente su derecho de defensa, y también la posición opuesta, consistente en permitirle que pueda hacer en todo caso, para defenderse, revelación de secretos conocidos en el ejercicio de la profesión, aún cuando su defensa fuera evidentemente injusta, pues esto último podría conducir al abuso de llegar a tomar esa defensa legal solamente como pretexto para revelar, con perjuicio del cliente y sin utilidad alguna para el profesionista.

VI. La siguiente causa de justificación a examinar en relación con el secreto profesional es el cumplimiento de un deber, establecido, igual que la anterior, en la fracción V del artículo 15 del Código Penal. Aquí contemplamos, como dijimos antes, el conflicto entre dos deberes que se excluyen entre sí y cuyo cumplimiento resulta por tal causa incompatible. De allí que, por tanto, el cumplimiento de uno de esos deberes justifique el necesario incumplimiento del otro.

Conforme al citado precepto, ambos deberes tienen que ser de carácter legal, esto es, impuestos por el ordenamiento positivo. La observancia de deberes puramente morales, religiosos, etcétera, es decir, que no tengan carácter jurídico, no es razón válida para el incumplimiento de estos últimos, de acuerdo con esa disposición.

Pero no basta que revistan carácter legal ambos deberes en conflicto para que opere la eximente de responsabilidad penal. Se requiere además que el deber incumplido sea el de menor importancia, es decir, que se sacrifique el menor en beneficio del mayor —para poder cumplir este último— y no a la inversa. Volvemos pues a encontrar el concepto de jerarquía, de desigualdad de los bienes en conflicto y a enfrentarnos con el problema de la valoración, con el que ya antes hemos tropezado, para po-

der identificar el bien jurídico mayor y saber de ese modo si el sacrificio del que se le contrapuso resultó justificado.

El problema reviste tanta más importancia cuanto que hay ocasiones en que ambos deberes en colisión están penalmente tutelados; es decir, que configura hecho delictuoso el incumplimiento de cada uno de ellos. Y entonces el sujeto que se ve ante ese conflicto, cuando la ley no lo resuelve suficientemente, tiene la necesidad ineludible de determinar cuál es el deber que ha de cumplir y cuál el que debe sacrificar; ya que errar en esta apreciación lo haría incurrir en delito e impediría su justificación.³¹

El deber del secreto en el profesionista puede entrar en colisión con dos deberes, según la mayoría de los autores que estudian este problema: con el de declarar en juicio como testigo y con el de denunciar, para su represión, los hechos delictuosos cometidos de que tenga conocimiento. En resumen, se puede decir que el secreto profesional como deber llega a contraponerse en el profesionista obligado a guardarlo, a los deberes que también le incumben, no ya como tal, sino como persona miembro de la sociedad, para cooperar con la administración de justicia en su tarea de conocimiento e investigación de los hechos, que precede al pronunciamiento de una sentencia.

Vamos a ocuparnos del primero de esos deberes, que tanto ha dado que decir en la literatura jurídica. Al hablar de colisión entre el deber de reserva profesional y el de declarar como testigo, se implican, en realidad, tres situaciones diferentes en las que el secreto entra en conflicto:

1º Con la obligación de deponer ante autoridad, informando sobre hechos de que se tiene conocimiento y que la autoridad está interesada en conocer por ser determinantes del sentido en que deba dictar una resolución.

2º Con la obligación de exhibir documentos u objetos que el profesionista tenga en su poder con motivo del ejercicio de su profesión y de cuya lectura o vista se obtenga algún conocimiento por la autoridad, para el mismo fin antes indicado.

3º Con la obligación de permitir visitas o inspecciones a locales ocupados por el profesionista, tales como su domicilio u oficina, permitiendo que la autoridad investigue en ellos para obtener el conocimiento de los

³¹ Eusebio Gómez dice a propósito del secreto profesional lo siguiente: "La ley penal, reconociendo la necesidad de que ese secreto sea mantenido, reprime al que lo revela. Sean razones de orden político y social las que fundan la obligación del silencio; sean las normas que la imponen la simple reproducción de normas éticas, como, por lo general, lo son todas las normas penales... lo cierto es que dicha obligación existe, y que su incumplimiento, cuando reviste las modalidades que la ley prevé, constituye un delito" (*Tratado de derecho penal*, t. III, cap. LXXIII, núm. 840, p. 433).

hechos que necesita, también con el mismo objeto que en los dos casos anteriores.

Estas tres obligaciones tienen un común denominador, que es el de servir a la autoridad en su función cognoscitiva, previa a la función decisoria, en los casos que le son presentados para su resolución. Por ello es que tales obligaciones incumben a toda persona capaz de cumplirlas, independientemente de su estado, nacionalidad o residencia, pues de acuerdo con el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal:

Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos 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 más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral. En el artículo 288 el mismo Código dispone que: Los terceros están obligados, en todo tiempo a prestar auxilio a los Tribunales en la averiguación de la verdad. En consecuencia, deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos. . .

Y, finalmente, el artículo 356 del referido Código Procesal dispone que

“Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben de probar están obligados a declarar como testigos.” Idénticas o similares disposiciones se encuentran en otros códigos procesales de nuestro país.

He aquí planteado el conflicto entre los dos deberes legales, el de guardar el secreto y el de auxiliar a la autoridad en el conocimiento de los hechos, que ésta necesita tener para poder dictar resolución; conflicto que se agrava más, debido a la circunstancia de que el incumplimiento de ambos deberes puede llegar a constituir delito. Del de revelación de secretos ya hemos tratado en el capítulo segundo. Y en cuanto al otro deber, también se encuentra penalmente tutelado, puesto que el hecho de faltar al mismo, llega a dar lugar a los delitos de desobediencia o resistencia a mandato legítimo de autoridad, descritos en los artículos 178 y 180 del Código Penal.

La primera y más sencilla solución que se ha intentado dar a este problema por los tratadistas, consiste en dejarlo a la conciencia del profesional, para que éste, con libertad jurídica, constreñido por sus principios morales únicamente, resuelve en qué casos puede o debe revelar en auxilio de la autoridad y en qué casos está impedido de hacerlo. En otros términos, se sustrae este conflicto del campo del derecho para trasladarlo al de la ética profesional.

Así, conforme a este criterio, se expresa en los siguientes términos Eusebio Gómez:

Pero ¿quién decide acerca de la posibilidad de revelar el secreto sin daño para la persona que lo confió o a quien pertenece? No, ciertamente, los tribunales, que no conocen ese hecho, sus modalidades, sus consecuencias. No puede haber otro juez que la conciencia del profesional para pronunciarse respecto de la naturaleza secreta del hecho, cuando la justicia exige su revelación.³²

Fernández Serrano es de opinión similar:

Finalmente, en todos los casos de duda o de conflicto de deberes en materia de secreto, el abogado obrará, en orden a la administración de su secreto, de acuerdo con las necesidades de la defensa y conforme a los dictados de su conciencia de varón justo.

Y más adelante añade:

El abogado citado como testigo para deponer en un asunto en el que hubiera intervenido profesionalmente, en lugar de prestar el juramento de decir verdad, debe manifestar: "Que habiendo sido consultado sobre el asunto que motiva su comparecencia ante el juez, le repugna a su corazón y a su conciencia deponer, directa ni indirectamente, y solicita se le dispense de declarar."³³

En el mismo sentido se pronunció el Quinto Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Roma en 1958, una de cuyas resoluciones con relación al secreto profesional del notario y de sus colaboradores, tema tratado en dicho Congreso, dice textualmente: "III. Corresponde únicamente al notario juzgar según su propia conciencia, la apreciación de una justa causa que permita revelar el secreto profesional."

En sentido opuesto Sebastián Soler, a quien no satisface del todo la solución de dejar el problema a la conciencia del profesionista —como tampoco nos satisface a nosotros por las razones que más adelante habremos de exponer— dice lo siguiente:

Ha dicho reiteradamente nuestra jurisprudencia, que esto es una cuestión totalmente librada a la conciencia del profesional llamado en una causa como testigo. Esta afirmación, que acuerda a la referida jurisprudencia una tendencia de humana y simpática amplitud, es exacta, sin embargo, solamente desde el punto de vista procesal y externo, en el sentido de que verificada la situación que puede dar lugar al secreto, la afirmación del profesional de ser el hecho un secreto es incontrolable por el Juez. Es exacta, pues, en un cierto sentido negativo; pero no puede significar que basta que el profesio-

³² *Op. cit.*, t. III, p. 441.

³³ *Op. cit.*, p. 131.

nal se resuelva a hablar para que el hecho deje de constituir un secreto protegido.³⁴

Este último punto de vista nos parece acertado. Efectivamente, el profesionista es el único que está en posibilidad de calificar si el hecho sobre el que se le pide declaración tiene carácter secreto o no. Intentar someter esa calificación al Juez requirente, sería tanto como destruir el secreto, haciendo la revelación antes de determinar si es procedente. Es en este sentido que creemos debe interpretarse la expresión de Perraud-Charmantier consistente en que el profesionista "no podría ser constreñido a suministrar la prueba de la calidad en la que ha podido actuar, sin que sea aniquilada la regla de discreción a la cual está obligado;...".³⁵ Por nuestra parte, hemos expuesto en otro trabajo la opinión que sustentamos sobre este intento de solucionar el problema creado por el conflicto entre el deber del secreto profesional y la obligación de declarar ante autoridad, remitiéndole a la conciencia moral del profesionista exclusivamente y la reiteramos ahora en los mismos términos:

La solución, cara a algunos autores, de dejar a la conciencia moral del profesionista la decisión de si debe o no revelar el secreto en casos de conflicto, es encomiable en principio porque manifiesta el respeto al fuero interno, lo cual significa reconocimiento de los derechos de la persona humana. Pero en el fondo constituye una aportación jurídica muy pobre, que reconoce, casi expresamente, la impotencia legislativa para resolver el problema. Es una capitulación en la lucha por el Derecho. Soler ha atacado vigorosamente esa solución desde el punto de vista de las leyes de su país. Como quiera que sea, una conclusión se evidencia: es la de que no se puede dejar a criterios morales individuales la solución de casos en que el interés social se halla presente en los dos extremos en conflicto. El Estado, a quien compete la guarda de este interés, debe dar su solución a través de las leyes y solamente en los casos en que esa solución resulte imposible, deberá dejarse ella al arbitrio moral del profesionista.³⁶

Otros intentos para resolver este mismo problema han consistido en sostener que el profesional queda libre de toda responsabilidad por la revelación, si hace ésta en cumplimiento de alguna disposición legal o de alguna orden de autoridad. Lo primero es cierto, pues si la ley le manda declarar en algún caso, ella misma está limitando el secreto profesional al crearle una excepción y en tal supuesto no existe ya propiamente conflicto entre los dos deberes. Pero lo segundo nos parece del todo inexacto, pues la orden de autoridad no resuelve por sí sola el problema. Si se funda ella en una disposición legal, se iguala esta situación

³⁴ *Op. cit.*, t. iv, p. 142.

³⁵ *Op. cit.*, p. 110.

³⁶ *Los notarios frente a la legislación fiscal punitiva*, 1965.

con la anterior. La ley es la que manda declarar; no ya la autoridad, que solamente la aplica. Pero si no se funda esa orden en disposición legal ¿qué puede ocurrir entonces? El error está en que solamente se contempla el conflicto desde el punto de vista subjetivo del profesionista, para eximirlo de responsabilidad penal, pero no desde el punto de vista objetivo de la revelación en sí misma, para determinar si ella es lícita o no. Y este último es el decisivo, pues la autoridad se encuentra igualmente interesada en resolver el problema, toda vez que ella, por su parte, puede incurrir en delito si constriñe al profesionista indebidamente a revelar, dándole orden para que declare (artículo 13, fracción II, Código Penal).

Partiendo, pues, del criterio de buscar una solución objetiva al conflicto de deberes que aquí estudiamos, nos parecen interesantes los siguientes conceptos de Perraud-Charmantier:

La cuestión del testimonio en justicia es muy delicada, la obligación del artículo 378 se encuentra en conflicto directo con los artículos 80 y 317 CIC. Ninguna excepción de testificar está formalmente establecida en favor de los confidentes necesarios. En principio, pues, ellos están obligados a testificar; el testimonio en justicia es un verdadero servicio público; la obligación que está hecha a todo ciudadano de deponer lo que sabe, es de orden público absoluto. Ella debería pues prevalecer sobre la obligación del secreto, que no está sancionada sino por un orden público secundario.³⁷

Sin duda alguna este autor, que considera el secreto como una obligación de orden público secundario o relativo, ya que admite limitaciones, olvida que la obligación opuesta o sea la de testificar, también es limitada, siendo por tanto inexacto que se funde en un orden público absoluto. Por ello es que en párrafos siguientes al que acabamos de transcribir da marcha atrás Perraud-Charmantier, sin atreverse a llegar a la conclusión a que lógicamente lo conducirían sus anteriores premisas. Y así sostiene que

la dispensa de testificar debe ser acordada en los casos estrictamente indispensables, es decir a los confidentes de las grandes profesiones, pero que conviene rehusarla, a otros. Entre esos confidentes de las grandes profesiones incluye a los abogados y notarios y más adelante confirma esta solución ecléctica o intermedia a que llega, diciendo: "Este es un principio admitido y nosotros lo admitimos con ciertas restricciones, que la obligación al secreto prevalece sobre la de testificar. Los confidentes necesarios deben quedar dispensados de testificar por un privilegio especial de sus funciones... No podría ser cuestión sino de reducir al mínimo el número de personas beneficiadas de este privilegio exorbitante."³⁸

³⁷ *Op. cit.*, p. 275.

³⁸ *Ibid.*, pp. 276-278.

Pero el acierto de Perraud-Charmantier está en que califica a la obligación de testimoniar, de "verdadero servicio público". Esto último implica ya una orientación atinada para plantear el problema, por más que el jurista francés no penetre en el mismo para examinar a fondo la naturaleza de ese servicio público.

Importa pues examinar la naturaleza jurídica que tiene la obligación de testimoniar. Y sobre esto es al derecho público al que corresponde dar la respuesta. Dejamos pues la palabra a dos eminentes tratadistas de derecho administrativo para que nos digan lo que sobre esta materia se ha investigado en la doctrina.

El primero de ellos es Benjamín Villegas Basavilbaso, quien en su obra, en un capítulo que intitula: "Servicios Personales Obligatorios", escribe los siguientes interesantes párrafos:

Se ha establecido que la nota específica que distingue tanto al funcionario como al empleado público de todos los demás agentes públicos es la voluntariedad de sus prestaciones a la administración pública. Si las prestaciones son obligatorias se está en presencia de un instituto distinto denominado servicio obligatorio o carga pública. Esta figura es conocida en la doctrina alemana con el nombre de obligación de servicio forzado. Según Mayer, es una obligación de servir reglada por el derecho público, impuesta por la autoridad, independientemente del consentimiento de la persona interesada.

En este instituto no funciona la voluntad del individuo frente a la voluntad del Estado. Como bien se ha dicho, el Estado se apropia, por así decirlo, del individuo por un acto imperativo respecto del cual el particular no tiene ninguna facultad de decisión, y por ello la prestación o el servicio es obligatorio. Es el Estado quien impone unilateralmente la obligación de la prestación o del servicio.

El servicio personal obligatorio es una especie de carga pública. No toda carga pública es una obligación de servicio forzado. La doctrina diferencia las cargas públicas en personales y reales. Las primeras tienen por contenido la prestación directa y personal de un servicio al Estado (*Latu sensu*); las segundas consisten en la prestación de cosas, y su forma típica está constituida por el impuesto.³⁹

En estas cargas públicas o servicios personales obligatorios coloca Villegas Basavilbaso al servicio militar, las obligaciones censales y electorales y también, de manera especial, la que aquí nos ocupa o sea la obligación de testimoniar, señalando como características comunes de ellas las siguientes:

I. *La Legalidad*. Como las cargas públicas constituyen una restricción a la libertad individual, deben ser impuestas por una ley, entendiendo ésta en su sentido formal, o sea como disposición de carácter general emanada del poder legislativo.

³⁹ *Derecho administrativo. Instituciones Fundamentales*, Buenos Aires, Editora Argentina, 1954, primera parte, t. III, cap. III, núm. 282, p. 341.

II. *La Igualdad*. Todos los sujetos pasivos deben ser iguales ante la Ley para soportar las cargas públicas. Sin embargo, ello no impide que éstas recaigan a veces sobre determinado círculo de personas, como ocurre con el servicio militar, que la misma ley establece y tampoco impide que ella señale excepciones en virtud de razones de índole moral o política.⁴⁰

III. *La Temporalidad*. La carga pública o servicio personal obligatorio debe estar limitada por la ley, en cuanto a su duración, a un plazo determinado. De lo contrario "equivaldría a sancionar la esclavitud".⁴¹ A veces esa limitación no está constituida por un término sino por razón del objeto mismo del servicio personal —como es el caso de la obligación de testimoniar— una vez consumado el cual, la obligación se extingue. Pero —añade el mismo autor— en todo caso esa extinción no se produce de pleno derecho, sino que requiere declaración expresa de la autoridad. A veces puede concluir la obligación antes del vencimiento del término o de la consumación del objeto, por causas accidentales o contingentes.⁴²

IV. *La Gratuidad*. El servicio personal obligatorio no es remunerable, pero ello no impide que se indemnice en algunos casos al obligado que lo presta, por los daños o perjuicios sufridos.

V. *La Impermutabilidad*. No puede el servicio ser prestado por un tercero diverso del que tiene a su cargo la obligación, pues ello iría contra el principio de igualdad antes señalado, ni tampoco puede sustituirse por pago de dinero, pues esto último transformaría en real la carga que es por esencia personal. Tampoco pasa a los herederos del obligado. Además, añadimos nosotros, esto último sería imposible en algunas obligaciones, como la de testimoniar, que es *intuitu personae*, y

VI. *La Certeza y Determinación*. El objeto de la prestación debe ser específicamente conocido. La ley que impone la carga pública personal no puede dejar en la indeterminación la naturaleza de la prestación.⁴³ Esto último no es sino una consecuencia del principio de legalidad que mencionamos en primer término y con objeto de evitar decisiones arbitrarias de las autoridades.

Refiriéndose ya especialmente al tema que nos ocupa —o sea la obligación de testimoniar— añade Villegas Basavilbaso los siguientes conceptos, que atañen al poder del Estado para hacerla eficazmente exigible: "Tratándose de ciertas cargas públicas, como la del testigo en juicio o la del servicio militar, la resistencia al cumplimiento de la prestación

⁴⁰ *Ibid.*, p. 346.

⁴¹ *Ibid.*, p. 344.

⁴² *Ibid.*, p. 349.

⁴³ *Ibid.*, p. 345.

es eliminada por el empleo de la fuerza; el deudor de la obligación será conducido *manu militari*".⁴⁴

En consecuencia, conforme a las ideas anteriores de Villegas Basavilbaso, la carga de testigo tiene dos obligaciones diversas: la de comparecer ante la autoridad requirente y la de declarar. La primera puede hacerse cumplir, en caso de resistencia, mediante la presentación forzada del obligado y tiene algunos casos de excepción. Ejemplo de ellos es el de la declaración por oficios, que en nuestro derecho establece, para los altos funcionarios, el artículo 359 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. En cuanto a la segunda obligación, o sea la de declarar, no hay posibilidad, en caso de negativa, de obtenerla mediante coacción; sólo puede actuarse con ella represivamente, esto es, aplicando medidas de apremio y hasta sanciones penales. El testigo no tiene el derecho de no responder, "pero contra derecho puede negarse a declarar y no hay coacción pública capaz de vencer esa resistencia. . . ; el silencio del testigo podrá ser castigado como delito, pero no suple ni remedia la falta del testimonio".⁴⁵

También esta segunda obligación admite excepciones y entre ellas menciona Villegas Basavilbaso el caso del profesionista, en los siguientes términos: "Además, constituye una excepción a la obligación de declarar en juicio el denominado, no muy correctamente por cierto, secreto profesional".⁴⁶

El segundo tratadista de derecho administrativo, cuyas ideas resultan de interés en el tema que nos ocupa es Otto Mayer, el mismo que cita Villegas Basavilbaso en los anteriores párrafos suyos. Al tratar Mayer lo que llama él "servicio forzado" se expresa en los siguientes términos:

La entrada al servicio del estado como funcionario de profesión constituye la forma universal de derecho público, en vista de hacer nacer toda clase de obligaciones de servir de un contenido cualquiera. El servicio forzado y el servicio de honor no encuentran aplicación en este lado, sino de una manera restringida y para obligaciones de servir con objetos determinados. Hay también una categoría aparte, de un carácter de hecho excepcional y por decirlo así, anormal, que llamaremos obligaciones mixtas; ellas forman una especie de transición entre el servicio de honor y el servicio profesional. . .⁴⁷

Más adelante, coincidiendo en lo fundamental con las ideas de Villegas Basavilbaso, matiza más Otto Mayer expresando:

⁴⁴ *Ibid.*, p. 347.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 356.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 357.

⁴⁷ *Derecho administrativo alemán. Parte especial*, París, Ed. Francesa V. Giard y E. Brière, 1906, t. iv, cap. 43, p. 14.

Con la entrada en el servicio el cumplimiento de la obligación comienza: la relación jurídica hace aparecer por completo su carácter. La entrada al servicio es, de parte del obligado, esencialmente un hecho material que no tiene en sí nada del acto jurídico. Ella consiste pura y simplemente en la presentación de la persona obligada. . .⁴⁸

Añade Mayer que con la entrada al servicio, la autoridad tiene a su disposición a la persona obligada. Implica una toma de posesión de ella, una relación de sujeción particular que —ésta sí— tiene carácter jurídico. En la función judicial, o sea en el cumplimiento de la obligación de testimoniar que nos ocupa, esa sujeción es leve. El obligado queda investido de una función a la cual sirve, pero sin ser funcionario.⁴⁹

De las anteriores ideas podemos concluir que la obligación de testimoniar es una carga impuesta a los particulares por el derecho público, para servir a fines en cuyo logro se encuentra interesada la colectividad y que por tal razón se imponen por el Estado en forma unilateral, sin consideración a la libertad del obligado y sin remuneración para él. Son obligaciones típicamente extra-convencionales, cuyo nacimiento y exigibilidad no pueden ser dejados al arbitrio de los particulares, porque van encaminadas a la realización de un servicio público destinado a satisfacer una necesidad social ineludible como es la de conocer la verdad para poder administrar justicia.

Los anteriores principios se pueden aplicar extensivamente a las otras dos formas de colaboración con la autoridad a que el particular está obligado y a las que nos referimos al comienzo, o sean las de exhibir documentos u objetos que tenga en su poder y la de tolerar visitas o inspecciones en locales ocupados por él, como la oficina o el domicilio, permitiendo en ellas la investigación de lo que interesa conocer para el mismo fin que persigue la administración de justicia.

Como hemos dicho antes, el conflicto en que pueden entrar tales obligaciones en el profesionista con la que tiene de guardar secreto acerca de los hechos conocidos en el ejercicio de su actividad, debe ser resuelto de acuerdo con la prevalencia de una de esas obligaciones.

En primer lugar, debe hacerse notar que la obligación de reserva reviste un carácter especial, supuesto que recae sobre el obligado solamente en razón de las funciones profesionales que desempeña, en tanto que el deber de colaborar con la justicia tiene carácter general, ya que corresponde a toda persona que tenga conocimiento de los hechos o pueda aportarlo, sin tomar en cuenta su calidad ni la actividad u ocasión en que los haya conocido. Resultan de allí algunas consecuencias: el testigo o colaborador, en principio, puede ser fungible, reemplazable por otra

⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 18.

persona que también conozca los hechos o ayude a conocerlos. En cambio, el profesionista obligado por el secreto, no puede serlo. La especialidad de esta última obligación, fundada en la singularidad que tiene el obligado, le da un mayor rango que el que tiene la obligación de carácter general.

Si ahondamos más en el fundamento filosófico de las obligaciones, es posible que hallemos mejores razones en pro del deber de reserva que del deber de auxiliar a la autoridad en el conocimiento de los hechos. El primero constituye una obligación de justicia conmutativa, en tanto que el segundo pertenece a la distributiva. Esta distinción entre ambas clases de justicia, hace que se rijan por principios diversos. La conmutativa regula deberes de particulares entre sí, nacidos, ya sea de relaciones voluntarias —contratos— o involuntarias —hechos ilícitos damnificantes—. La justicia distributiva, en cambio, rige relaciones del Estado con los particulares en la actividad que el primero tiene de repartir a los segundos tanto los beneficios con que los debe servir, como las cargas con que los debe gravar para exigirles su cooperación al bien común.

El principio de igualdad en que se funda toda justicia se aplica a ambas clases, pero de manera diversa. La conmutativa exige proporción aritmética, es decir, equivalencia o paridad en las prestaciones que se hacen los particulares entre sí, de manera que ninguno de ellos medre a expensas del otro, pues esto último constituiría la desigualdad propia de la injusticia. En cambio, la distributiva requiere proporción geométrica en el reparto de beneficios y cargas que el Estado hace entre los particulares. Estos últimos quedan obligados para con el Estado o beneficiados por él, en grado y forma diferentes, según son ellos también diferentes en su situación, méritos o posibilidades. La primera forma de justicia considera a los hombres en lo que tienen de igual, la segunda, en lo que tienen de desigual. Y tan injusto resulta tratar desigualmente a quienes son iguales, como lo inverso, o sea tratar igualmente a los desiguales. Tal ha sido la doctrina aristotélica sobre la justicia y sus diversas especies, que hasta nuestros días es aplicable a relaciones de derecho público y privado.⁵⁰

⁵⁰ Aristóteles se expresa en los siguientes términos, en el libro que trata de la justicia: "De la justicia particular y de lo justo según ella, una forma tiene lugar en las distribuciones de honores o de riquezas o de otras cosas que puedan repartirse en los miembros de la república, en las cuales puede haber desigualdad e igualdad entre uno y otro. La otra forma desempeña una función correctiva en las transacciones o conmutaciones privadas." Y después de esta distinción entre la justicia distributiva y la conmutativa, añade más adelante refiriéndose a la primera: "Si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales. De aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o los no iguales porciones iguales. Lo cual es manifiesto además por el principio de que debe atenderse al mérito. Todos reconocen que lo justo en las distribuciones debe ser conforme a cierto mérito; sólo que no todos entienden que el mérito sea el mismo" (*Ética a Nicómaco*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Ed. Porrúa, S. A., 1967, núms.

Ahora bien, el deber de secreto profesional surge de relaciones entre el profesionista y su cliente, las cuales, independientemente de que tengan o no origen contractual, producen normalmente obligaciones recíprocas entre ambos. Es decir, son relaciones bilaterales de justicia conmutativa que inflexiblemente exigen igualdad entre las partes, lo cual impide eximir las de los deberes que las ligan entre sí. La obligación de colaborar con el Estado en la administración de justicia (testimonio, exhibición de documentos u objetos, tolerancia de visitas o inspecciones, etcétera), es carga impuesta al particular por el poder público. Lo obliga con justicia, pero distributiva, que es menos directa e inmediata para aquél que la conmutativa. Y la carga pública, cuya imposición debe ser proporcional a los obligados, tiene que tomar en cuenta las desigualdades de ellos. Es por esto que el profesionista, colocado en situación diferente de quien no lo es, por razón del secreto que lo obliga y cuya revelación implica graves consecuencias individuales y sociales, no puede ser tratado igual en la distribución de la carga pública, que quien no está obligado por secreto profesional alguno y puede, por ello mismo, soportar más esa carga, cumpliendo deberes de justicia distributiva sin faltar por ello a los de la conmutativa.

Verdad es que los tratadistas de derecho público que antes citamos, señalan como uno de los caracteres de las cargas públicas o servicios personales obligatorios, la igualdad de los sujetos pasivos ante la ley. Pero ello no se opone a lo que acabamos de decir, pues dicha igualdad debe entenderse en el sentido de que no se haga excepción de personas, es decir, que no haya distinciones injustificadas, eximiendo de la carga o agravando ésta sin motivo fundado. De ninguna manera implica desconocer la desigualdad de situación de las personas existentes en una sociedad, desigualdad que exige un trato para ellas también desigual, para que sea justo, esto es, proporcionado a la condición de los obligados. El mismo

i y iii). Por su parte, Santo Tomás de Aquino, comentando los anteriores pasajes aristotélicos en su tratado de *La justicia*, dice que según el filósofo de Estagira: "lo justo que consiste en las conmutaciones, conviene en algo con lo justo distributivo, ya que lo justo es lo igual y lo injusto lo desigual. Mas difieren en esto: que lo igual en la justicia conmutativa no se considera según aquella proporcionalidad que hemos llamado geométrica, que es la que se tiene en consideración en lo justo distributivo; sino más bien según la proporción aritmética, la cual se considera según una igualdad de cantidad, y no según la igualdad de relación como la geométrica" (lección sexta, trad. de Benito R. Raffo Magnasco, Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1964). Siguiendo estas mismas ideas, el reverendo P. Antonio Peinador Navarro C. M. F. dice respecto de la justicia distributiva: "Hemos dicho que esta justicia relaciona la sociedad con el súbdito en la repartición de las cargas y de los beneficios comunes. En ella, la igualdad propia de la justicia está en la proporción entre los méritos del súbdito y los honores o beneficios que se le otorgan; entre su capacidad de contribuir al bien de la comunidad y las cargas que se le exigen" (*Tratado de moral profesional*, Madrid, B. A. C., 1962, cap. v, núm. 154, p. 87).

Villegas Basavilbaso conviene en que el principio de la igualdad admite excepciones, "en virtud de razones de índole moral o política".

En este sentido se encuentra orientado el tratamiento que da al secreto nuestra legislación procesal. Los artículos 288 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles, regulan esta materia con idéntica disposición y redacción casi igual. El primero de ellos dice textualmente:

Los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad. En consecuencia 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 terceros, por los apremios más eficaces, para que cumplan con esta obligación; y en caso de oposición, oírán las razones en que la funden y resolverán sin ulterior recurso. De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuge y personas que deben guardar secreto profesional en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que están relacionados.

De estos dos preceptos procesales, el primero —o sea el local— tiene aplicación supletoria en materia mercantil (artículo 1051 del Código de Comercio) en tanto que el segundo —o sea el federal— la tiene en materia fiscal y de amparo (artículo 169 del Código Fiscal de la Federación y artículo 2º de la Ley de Amparo). Por consiguiente, en todas estas materias rige el mismo principio que exime a los profesionistas de la obligación de auxiliar a la administración de justicia, en los casos en que dicha obligación no pudiera ser cumplida sin detrimento del secreto profesional.

La disposición procesal que acabamos de transcribir se refiere ciertamente al deber de "exhibir documentos y cosas", pero es indiscutible que también comprende la obligación de testimoniar, pues resultaría nugatoria la protección al secreto si se exime al profesionista solamente de lo primero, dejando en pie su obligación a lo segundo. Sería absurdo que se impidiera la revelación mediante documentos u objetos, permitiéndola o imponiéndola en cambio en forma verbal. Además, tomando la expresión dentro del contexto total del precepto, debe tenerse en cuenta que la parte inicial de éste es genérica al referirse a la obligación de prestar en todo tiempo auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad, lo que indiscutiblemente lo hace aplicable a toda clase de pruebas.

No podrá argüirse contra esta interpretación, el principio de que las normas de excepción son de aplicación estricta y solamente comprenden los casos expresamente señalados en ellas, pues en realidad lo que aquí ocurre es que la verdadera excepción la constituye la carga pública de auxiliar a los tribunales, como limitación que es a la regla general de libertad; por lo que establecer excepciones a esta excepción no es, en el

fondo, sino volver a dicha regla general, a la que no puede aplicarse el indicado principio de aplicación restringida.

Menos clara aparece la protección al secreto en nuestro sistema legislativo dentro del procedimiento penal, ya que no existe disposición alguna al respecto ni en el Código Federal de Procedimientos Penales ni en el que rige en el Distrito Federal, habiendo además el antecedente de que la excepción que existió en el artículo 400 del Código Penal para las personas obligadas al secreto, fue suprimida en la reforma que de ese precepto se hizo en 1946. Sin embargo, estimamos que para la resolución del problema en esta materia penal son aplicables los mismos principios que existen para la obligación de denunciar, de que trataremos más adelante.

Como conclusión, podemos sostener que dentro del procedimiento civil y en aquellos otros en que supletoriamente rigen sus disposiciones, la obligación de auxiliar al Estado para conocer la verdad de los hechos, en su función de aplicar la ley, cede ante la obligación a la guarda del secreto profesional. La autoridad no puede ordenar al profesionista ningún acto que conduzca a la revelación de aquél, porque ella será delictuosa en todo caso. No hay justa causa para revelar, desde el momento en que, ante el conflicto de deberes, la ley misma exime al profesionista del que tiene para auxiliar a la administración de justicia, ya sea declarando como testigo o en cualquier otra forma. Por el contrario, la desobediencia a una orden de la autoridad para prestar ese auxilio, con menoscabo del secreto, no podrá ser delictuosa —y si, en cambio, lo será tal orden que compele a delinquir— ya que encontrará una causa de justificación suficiente en el cumplimiento del deber de guardar el secreto.

Algunas limitaciones señala Perraud-Charmantier para esta regla. La primera consiste en exigir que la confidencia haya sido hecha sin dolo por el cliente al profesionista. Así se expresa este autor: "En el caso en que un fraude fuera de temerse, porque la confidencia no hubiera sido hecha sino para ligar al confidente necesario e impedir su testimonio, es cierto que él debe deponer."⁵¹ El caso es interesante, pero nos parece de difícil realización. Si el profesionista no conoce el hecho secreto, no podrá declarar sobre él; ¿para qué entonces confiárselo con el sólo objeto de inhabilitarlo como testigo? Y si ya lo conoce con anterioridad a la prestación de sus servicios, como no es la confidencia maliciosa la que se lo hace saber, no podrá crearle ningún deber de reserva profesional.⁵²

La segunda limitación, la expresa el mismo autor en los siguientes términos: "Dispensado de deponer el confidente necesario, de ninguna manera queda dispensado de responder a la citación y de prestar jura-

⁵¹ *Op. cit.*, p. 279.

⁵² Posiblemente, sólo tenga deber de reserva por razón del secreto natural. De este tema trataremos en el capítulo último.

mento.”⁵³ Ello significa que la disposición legal que releva al profesional de la obligación de declarar, no lo exime de la de comparecer ante la autoridad al ser citado por ésta. En consecuencia, el profesionalista sí debe acudir al llamado de la autoridad para no hacerse pasible de medidas de apremio ni cometer, en su caso, delito de desobediencia. Pero deberá manifestar, bajo la protesta de decir verdad que entre nosotros reemplaza al juramento, el motivo legal que le impide declarar. La falsedad de esta manifestación puede constituir, a su vez, otro delito diferente.

En estrecha conexión con este tema se encuentra el que se refiere a la protección del secreto profesional, intentada por algunas legislaciones. Consiste ella en privar de validez probatoria a la declaración que se haga con revelación de ese secreto. Tal es el caso del Código Procesal italiano de 1913 en el que no podían, según dice Soler, “bajo pena de nulidad, ser obligados a deponer” los profesionistas, sistema éste que fue mantenido en el Código de 1930, como lo dice el mismo autor.⁵⁴ Y también es el caso del Estatuto Judicial portugués, cuyo artículo 555, párrafo sexto, establece que “no pueden hacer prueba en juicio las declaraciones hechas por el abogado con violación del secreto profesional”.⁵⁵

Es este sistema de protección al secreto profesional el que creemos que ha dado motivo al interesante problema que plantea Carrara en los siguientes términos:

Otro grave problema se presenta cuando se considera el influjo de la condena criminal sobre un pleito civil; mi adversario le arranca a mi defensor el secreto confiado por mí; me quejo criminalmente, y obtengo la condena, ¿podrá mi adversario, en un pleito civil, valerse de ese secreto en mi contra? Y aquí se ponen en oposición dos principios fundamentales; el que proclama el triunfo de la verdad en los juicios y el que proclama que la justicia no puede ilustrarse por medios inmorales, y menos aún, por medios criminosos. Estos dos principios parecen ambos absolutos, pero hay que decir que no son tales, pues como pueden oponerse entre sí, es lógicamente necesario que uno de ellos ceda, y por lo tanto, se vuelva relativo. ¿Podré oponer la excepción del dolo? ¿Podré oponer la excepción *frustra petis quod restitutus est* (de que se me pide en vano lo que debe restituirse), ya que debo recuperar, bajo el título de indemnización por el delito de que fui víctima, cuando el adversario va a ganar con el pleito? Pero no quiero tratar estas graves cuestiones, porque se salen de los límites penales.⁵⁶

Comprendemos las prudentes reservas de Carrara al no querer estudiar en el caso las consecuencias civiles, ajenas a su obra penal, de la re-

⁵³ *Ibid.*, p. 279.

⁵⁴ *Op. cit.*, t. iv, cap. 107, núm. ix, p. 139.

⁵⁵ Lo menciona Fernández Serrano en nota puesta al pie de la página 136, en su trabajo varias veces citado.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 449.

velación del secreto. Pero como nosotros no escribimos aquí precisamente sobre materia penal, sino sobre el secreto profesional en particular, considerándolo en todos sus aspectos, independientemente de la rama del derecho a que pertenezcan, no podemos hacer valer la misma excusa para negarnos a examinar esta cuestión.

Creemos que ella proviene de confundir dos cosas muy diferentes: La ilicitud de una declaración hecha con violación del secreto profesional, con su ineficacia probatoria. En efecto, cuando la revelación de secretos es ilícita, debe prohibirse y, por lo mismo, no se puede constreñir al abogado a que declare haciendo esa revelación. Pero si a pesar de su ilicitud la declaración se produce y la revelación queda hecha, creemos que no puede deducirse de allí su invalidez como medio probatorio, aún cuando el acto ilícito tenga que ser necesariamente castigado como delito. Y la razón de esto nos parece que se encuentra en que las disposiciones legales italiana y portuguesa, a que antes nos hemos referido, conducen a una ficción al establecer la ineficacia probatoria de la declaración reveladora. Por una parte, porque si tal declaración, a pesar de su ilicitud, ha llevado al conocimiento de la verdad sobre los hechos sujetos a prueba, no puede desestimarse. Seguramente que no dejará ella de influir en la convicción del juzgador, cuando encuentre éste que tal declaración es materialmente eficaz para probar, por el sólo hecho de que una disposición legal la declare formalmente ineficaz. Además, si la revelación se ha producido ya, contra todo derecho, no podrá evitarse ni repararse el daño causado por ella, con sólo declararla procesalmente inválida.

Sirve para aclarar esta confusión de conceptos la disposición contenida en el artículo 1262 de nuestro Código de Comercio, que expresa: "No pueden ser testigos XII. El abogado y el procurador en el negocio de que lo sea o lo haya sido...". Tal prohibición no tiene por objeto, cuando menos de modo directo, proteger al secreto profesional. Su razón de ser se encuentra en el sistema de señalar tachas en la ley para los testigos, que se conserva en el precepto citado como supervivencia de nuestro Código Procesal Civil de 1884.

Que el abogado no pueda ser testigo en el mismo negocio en que ha patrocinado, se debe a que no se le considera suficientemente imparcial y, por lo mismo, desinteresado para rendir una declaración conducente al conocimiento de la verdad. Por ello es que, si tal declaración se rindiere en juicio mercantil, independientemente de que entrañe o no revelación de secreto profesional, deberá ser desestimada en todo caso; pero esto sólo como una consecuencia de la tacha de que adolece el testigo; de ningún modo porque contuviere una revelación. Sostener esto último implicaría incurrir en la misma confusión que acabamos de puntualizar.

Mayor ineficacia que la que se quiere dar como prueba a una declaración reveladora es la que tiene el sistema legal que pretende establecer aquélla, ya que de ningún modo sirve para proteger al secreto y sí, en cambio, vuelve desaprovechable una prueba que, aunque contenga una revelación ilícita, puede ser conducente al conocimiento de la verdad. Por esta razón mostramos completo acuerdo con la opinión expresada por Perraud-Charmantier en los siguientes términos: "El hecho revelado en justicia no debe en ningún caso ser rechazado de los debates. Él debe hacer prueba plena y entera. . .".⁵⁷

VII. Entramos finalmente a tratar el segundo caso, antes apuntado, de conflicto de deberes o sea el que se presenta entre el secreto profesional y la obligación de denunciar. Esto nos hace abordar la relación que existe en nuestro derecho, entre tres figuras jurídicas diferentes: el deber de reserva o secreto profesional, la denuncia de hechos ilícitos, delictuosos, y el delito de encubrimiento. La vinculación que se ha creído encontrar entre las dos últimas figuras, impone su examen.

La denuncia de un hecho delictuoso —o sea el acto por el cual se le pone en conocimiento de la autoridad competente— puede ser de dos clases, que se impone distinguir para evitar los equívocos en que tan a menudo han incurrido la doctrina y las autoridades sobre este punto. Puede tener por objeto la denuncia hacer saber un delito que se ha cometido ya, con el fin de que se persiga a su autor y, en su caso se le castigue, tras de seguir para ello el procedimiento que la ley establece. Pero también puede tener por objeto hacer saber a la autoridad los actos encaminados a la perpetración de un delito, antes de que se cometa éste. Es decir, darle noticia de que va a cometerse —segura o probablemente— un hecho delictuoso, que no ha sido cometido todavía.

En el primer caso, la finalidad de la denuncia es punitiva; persigue la represión, el castigo del delincuente. En el segundo, en cambio, es preventiva —por lo menos predomina en ella este aspecto— busca evitar que se cometa el delito.⁵⁸

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 313.

⁵⁸ Esta es una manera un tanto esquemática de plantear el problema de la denuncia para hacerlo inteligible, pero no debe perderse de vista que la realidad es bastante más compleja, principalmente por dos causas: 1ª porque puede haber denuncias de carácter mixto o sea que participen de los caracteres de ambas clases. Tal ocurre en el caso de los delitos continuos, cuando "se están cometiendo" (expresión ésta, usada por nuestra ley al describir el delito de encubrimiento). Aquí hay a la vez denuncia de la primera clase —por lo que toca a la parte del delito que ya se cometió— y denuncia de la segunda clase, respecto a la parte del mismo que todavía no se comete. Y 2ª, porque las denuncias de la segunda clase, o sean las que consideramos que tienen un carácter preventivo o policiaco, puesto que tienden a evitar la perpetración del delito, pueden entrañar también denuncia de la primera clase, ya que los actos preparatorios del delito, todavía no consumado, que se denuncia,

Pero ya sea curativa y reparadora en un caso, profiláctica y cautelar en el otro, la denuncia tiene siempre por objeto último una finalidad eminentemente social: colaborar con el Estado en su lucha contra la delincuencia. Y como es este último el único competente —por lo menos en principio— para llevar a cabo esta lucha, se ha presentado el problema de saber hasta qué punto, para qué personas y en qué casos es obligatoria esa colaboración con el Estado, que se lleva a cabo mediante la denuncia.

Contra quienes consideraron que la denuncia de los particulares es sólo conveniente o útil, pero que no debe imponerse jurídicamente como obligatoria, ya que hay órganos del Estado encargados de hacerla a los que son competentes para perseguir o castigar, se ha levantado la voz de Ferri, expresando:

Pero es innegable que la intensidad siempre creciente de las relaciones recíprocas en el consorcio civil y la necesidad de reforzar la defensa social contra los delincuentes, pueden conducir también a la incriminación de tal inercia o complicidad negativa. . . Por las mismas razones de solidaridad humana debiera incriminarse al acto de quien, sin riesgo propio, no impide al delincuente la continuación de sus actos criminales, o por lo menos no lo pone en conocimiento de la autoridad".⁵⁹

En acuerdo con estas ideas, el artículo 400 de nuestro Código Penal tipifica en su fracción I, como una de las formas del delito de encubrimiento, la omisión del que "No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio." Fundándose en esta disposición punitiva, algunos autores, sostienen la existencia, en nuestro derecho, de una obligación general de denunciar, obligación cuyo incumplimiento entrañaría la comisión del hecho delictuoso que se acaba de describir. Por esta opinión están, entre otros, Franco Sodi y González Bustamante.⁶⁰

De manera un poco diferente, y a nuestro modo de ver más atinada, piensa Rivera Silva, quien sostiene que la obligación de denunciar impuesta en nuestro derecho debe limitarse a los casos antes apuntados que señala el tipo delictuoso de encubrimiento, esto es, cuando se trata de delitos que van a cometerse o se están cometiendo, pero sin poder ir más allá, pues, como bien lo reconoce dicho autor, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no contiene disposición algu-

pueden constituir tentativa o bien configurar en sí mismos otro delito diverso del que con ellos se prepara".

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 528.

⁶⁰ *El procedimiento penal mexicano*, México, Ed. Porrúa Hnos. y Cía., 2ª ed., 1939, cap. x, pp. 163-164; y González Bustamante, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, México, Ed. Porrúa, S. A., 1959, cap. xi, núm. 57, pp. 127 y ss.

na que obligue a denunciar y, por lo que toca a las contenidas en el Código Federal de Procedimientos Penales imponiendo tal obligación, ni la del artículo 116 que es para los particulares, ni la del 117 que se dirige a las autoridades, contienen sanción alguna para su incumplimiento.⁶¹

Como conclusión —a que llegamos por nuestra parte con relación a este tema—, podemos expresar las siguientes ideas. Obligación de hacer denuncias de la primera clase, o sea de las que tienen por objeto delitos ya cometidos, no existe en nuestro derecho para los del orden común, pues no hay precepto que la imponga. Por lo que hace a delitos de carácter federal, existe la obligación impuesta por los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, a que antes nos hemos referido, los que por no contener sanción alguna para el caso de que se omita la denuncia, son normas jurídicas imperfectas. En cuanto a la obligación de hacer denuncias de la segunda clase, o sea las que tienen por objeto delitos que se están cometiendo o que van a cometerse, ¿puede decirse que exista en nuestro derecho, atenta la configuración del delito que, como una de las formas de encubrimiento, hace la fracción I del artículo 400 del Código Penal? Creemos que para contestar esta pregunta hay que precisar los conceptos, pues dicha fracción se refiere en forma genérica a la obligación de evitar —no precisamente de denunciar— la perpetración de los delitos todavía no cometidos o la prosecución de los ya iniciados, cuando, por ser estos últimos de carácter continuo, no han quedado aun totalmente consumados. Ahora bien, esta obligación de evitar los delitos se puede cumplir mediante la denuncia a la autoridad y ésta será la forma normal y más común de hacerlo, pero no necesariamente la única, pues el precepto indica que se deben impedir por los medios lícitos que el particular tenga a su alcance, entre los cuales puede existir no solamente la denuncia, sino también cualquier otra actividad que, no siendo contraria a la ley, resulte idónea para la frustración del delito. El particular que emplee cualquiera de esos medios, que no se reducen exclusivamente a la denuncia, habrá cumplido con la obligación que la ley le impone y, por tanto, no se hará reo de encubrimiento. Es por ello que no existe relación tan estrecha, como la que se ha creído ver por algunos penalistas y autoridades, entre dicho delito y el deber de denunciar. La relación existe con el deber de impedir los delitos, que es el que de manera general impone la ley.⁶²

Por cuanto a la disposición contenida en la fracción III del mismo ar-

⁶¹ *El procedimiento penal*, México, Ed. Porrúa, S. A., 1958, cap. v, pp. 95-96.

⁶² De acuerdo con esta conclusión a que llegamos, ¿será obligatorio el ejercicio de la legítima defensa cuando se trata de bienes de los que no puede disponerse libremente mediante el consentimiento del ofendido?

título 400 del Código Penal, que tipifica otra forma de encubrimiento al establecer castigo para el que "requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes", menos aún consideramos que implique el deber de denunciar. En efecto, dicha fracción se refiere a la obligación de aportar pruebas, particularmente testimonios, de la que antes nos hemos ocupado, pero nada tiene que ver con la denuncia, pues esta última presupone una actividad espontánea del particular que pone en conocimiento de la autoridad lo que sabe, sin previo requerimiento de ella. Es indiscutible que al ser requerida una persona por la autoridad para que la auxilie en la investigación de los delitos o en la persecución de los delincuentes, como dice el precepto, es porque ya hubo denuncia con anterioridad. De no ser así tendríamos que admitir la existencia de pesquisas que nuestro derecho prohíbe (artículo 16 de la Constitución Federal).

En resumen, el sistema actual de nuestro derecho penal en la materia que nos ocupa, supone el deber en los particulares, de acuerdo con las ideas de Ferri antes expuestas, de colaborar con el Estado en la defensa social, auxiliándolo en su lucha contra la delincuencia, deber que se cumple impidiendo por medios legales la comisión de los delitos aun no consumados o la continuación de los que, habiéndose iniciado ya, no se han concluido aun. Es decir, se impone la protección obligatoria de bienes jurídicos en cuanto no han sido dañados todavía, pero no la obligación de denunciar los delitos que ya se consumaron y causaron la lesión de esos bienes, lesión que resulta ya imposible de evitar y solamente es susceptible de reparación y de castigo.⁶³

Las consecuencias que dimanar de las anteriores conclusiones deben ser aplicadas al conflicto que se presenta no ya entre el secreto profesional y el deber de denunciar, pues esto implicaría un inexacto planteamiento del problema, por las razones que acabamos de exponer, sino entre dicho secreto profesional y el delito de encubrimiento. Por lo que toca al tipo delictuoso descrito en la fracción I del artículo 400 del Código Penal, que supone en todos los particulares el deber de impedir la consumación de los delitos que se están cometiendo o van a cometerse, estimamos que dicho deber prevalece en el profesional sobre la obligación que tiene de guardar secreto, pues este último existe para

⁶³ Esta opinión se encuentra sostenida por la Suprema Corte de Justicia en la ejecutoria dictada en el amparo directo número 2633/64, promovido por Miguel Agustín Silva Hernández y publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, vol. ciii, segunda parte, p. 24, que expresa refiriéndose al encubrimiento: "...no se tipifica el mencionado delito por el solo hecho de que el inculcado tuvo conocimiento de que su coacusado había cometido un robo uno o dos días antes, mismo que no denunció, puesto que este delito ya se había consumado". Similar opinión se encuentra expuesta en *Anales de Jurisprudencia*, t. 11, p. 35, según cita hecha por Carrancá y Trujillo en su *Código penal anotado*, comentario al artículo 400.

servir el derecho, no a lo antijurídico. De ninguna manera puede admitirse que a su sombra se oculte la tolerancia con la preparación de un delito que se pretende cometer o con la continuación del mismo, si ya fue iniciada su comisión. En consecuencia, este deber de impedir el acto contrario a derecho y penalmente sancionado, que incumbe al profesionista lo mismo que a todo miembro de la sociedad, puede estimarse como "justa causa" para revelar, sin que deba admitirse la solución inversa. Es decir, que no puede jurídicamente sostenerse que el deber de guardar el secreto sea causa de justificación para cometer el delito de encubrimiento tipificado en la fracción I, a que nos estamos refiriendo.

Cosa muy diferente ocurre con el otro tipo, también de encubrimiento, que describe la fracción III del mismo artículo 400 del Código Penal. Como este último ya no supone el deber de impedir la comisión de delitos todavía no cometidos o consumados y, por tanto, de evitar la lesión de bienes jurídicamente protegidos, sino tan sólo la obligación de auxiliar a la autoridad, cuando ésta lo pida, en la investigación de los delitos o la persecución de los delincuentes, la situación es completamente diversa. Aquí el secreto profesional debe prevalecer. Ya no se trata de evitar la lesión a un bien, sino tan sólo de castigar —o en todo caso de reparar— la que ya se causó. Es indiscutible el deber que la autoridad tiene de hacer esto último y para ello es indispensable que investigue el delito y lo reprima, valiéndose de todos los medios lícitos que tenga a su alcance, pero sin utilizar en tales casos el auxilio del profesionista, constriñéndolo a que traicione a su cliente. El profesionista representa aquí a este último, quien tiene el derecho a no ser compelido para declarar en su contra, derecho que, como garantía individual, consagra el artículo 20 de la Constitución Federal. Obligar al profesionista a que declare contra su cliente sería tanto como obligar a este último a que lo haga, lo cual volvería nugatoria esa garantía constitucional. Desde el momento en que un delincuente se entrega a la defensa del abogado confiándole sus secretos expresa o tácitamente, lo hace con el propósito de defenderse, no de denunciarse. Y esto último se produciría fatalmente si el secreto no fuese guardado. Todo cliente infractor se vería ante la alternativa de tener que denunciarse, declarando en su contra con el solo hecho de acudir al auxilio del profesionista, o bien renunciar a éste, quedando privado de su derecho de defensa.

Queremos —por último— tratar de la reforma que sufrió el artículo 400 del Código Penal en el año 1945 en la descripción de los dos tipos delictuosos de encubrimiento que venimos estudiando. La redacción originaria de ellos decía textualmente:

Se aplicarán de quince días a diez años de prisión y multa de veinte a quinientos pesos al que: I. No procure por los medios lícitos que tenga a su alcan-

ce, impedir la consumación de los delitos que sepa van a cometerse, o se estén cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio. Quedan exceptuados de pena aquellos que no puedan cumplir tal obligación sin peligro de su persona o intereses, o de la persona o intereses del cónyuge, de algún pariente en línea recta o de la colateral dentro del segundo grado, y los que no puedan ser compelidos por las autoridades a revelar secreto que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión o encargo; II. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la averiguación de los delitos o para la persecución de los delincentes; salvo las excepciones consignadas en la fracción anterior y cuando se trate del cónyuge o de parientes del requerido, o de personas a quienes éste deba respeto, gratitud o amistad. . .

Por lo que puede verse, los tipos delictuosos descritos actualmente en las fracciones I y III del artículo 400, lo estaban en las fracciones I y II de acuerdo con la redacción anterior, pero conteniendo el párrafo que eximía de pena, en ambos casos de encubrimiento, a diversas personas, entre las que se encontraban aquellas que no pudieran ser compelidas por las autoridades "a revelar secreto que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión o encargo". Esto constituía para el profesionista una verdadera excusa absolutoria, atentos los términos en que estaba redactado el precepto correspondiente, hoy suprimida, que solamente exceptuaba de pena. Así lo estimó Ceniceros en su artículo denominado: "Encubrimiento y participación".⁶⁴

La supresión de dicho párrafo y de los casos de excusa contenidos en el mismo, por efecto de la reforma de 1945, motivó acerbas críticas de parte de Jiménez Huerta, al decir que:

Esta supresión ha creado una situación legal de duda e incertidumbre, pues, a *prima facie*, dijérase que la voluntad de la Ley después de la reforma citada, es la de no respetar, a los efectos de impedir la consumación de los delitos o lograr su averiguación, el secreto que a otro hubiere sido confiado en ejercicio de su profesión o cargo. Antes de la reforma de 1945, el profesional que revelaba a las autoridades el secreto que hubiere conocido por razón de su cargo actuaba "sin justa causa" pues no era destinatario del deber jurídico impuesto en las fracciones I y II del artículo 400 por estar exceptuado expresamente; después de la reforma mencionada, el deber jurídico de denunciar y auxiliar entra también en función en orden a su persona y, por ende, actúa con justa causa si en dicha coyuntura revela el secreto profesional. Empero por nuestra parte, contemplamos con repugnancia esta conclusión que sólo engarza con los lineamientos de un estado totalitario e inquisitorial.⁶⁵

Queremos expresar nuestro desacuerdo con esta opinión, del eminente catedrático citado, por las siguientes razones. Suprimir el párrafo que eximía de pena al profesionista encubridor por la omisión tipificada en

⁶⁴ *Criminalla*, junio 1944, núm. 10.

⁶⁵ *Op. cit.*, t. III, p. 198.

la fracción I, fue un acierto del legislador, pues ya hemos dicho que el secreto profesional no releva del deber que tiene todo miembro de la sociedad de impedir por medios legales la comisión o continuación de los delitos. Este último deber es superior y prevalece en todo caso.

Por cuanto al hecho de haber suprimido la exención de pena para el profesionista, ligado por el secreto, en el caso de la fracción II (que en la actual redacción es III), está en parte justificado. Ciertamente, es deseable que en la ley —y constituye un ideal del derecho— se encuentren resueltos todos los casos de conflicto de deberes, mediante precepto expreso que decida cuál es el que debe prevalecer. Pero no al modo como lo hacía el suprimido párrafo del artículo 400 del Código Penal, que solamente eximía de pena. Esto degradaba jurídicamente al secreto profesional, reduciéndolo a una simple excusa absolutoria. No es así. El secreto constituye una verdadera causa de justificación; implica el cumplimiento de un deber, haciendo que la conducta no sea delictuosa aun cuando corresponda a la descrita en el tipo. Por las razones que antes expusimos debe prevalecer el secreto sobre la obligación de auxiliar a la autoridad en su labor de investigar los delitos y perseguir a los delincuentes. Por lo mismo, el profesionista que por guardar aquél no accede al requerimiento que le haga la autoridad con tal objeto, no comete delito, su conducta es legal, de ningún modo puede ser antijurídica.

Capítulo Séptimo: El secreto en el derecho internacional	252
I. El conflicto de legislaciones nacionales sobre el secreto profesional. La extraterritorialidad del deber de reserva	252
II. Planteamiento correcto del problema	255
III. Determinación de la ley aplicable al secreto profesional	257
IV. El problema en el derecho penal internacional	260
V. La responsabilidad por hecho ilícito y el conflicto de leyes en materia civil	276
VI. Aplicaciones al secreto	292

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL SECRETO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *El conflicto de legislaciones nacionales sobre el secreto profesional. La extraterritorialidad del deber de reserva.* II. *Planteamiento correcto del problema.* III. *Determinación de la ley aplicable al secreto profesional.* IV. *El problema en el derecho penal internacional.* V. *La responsabilidad por hecho ilícito y el conflicto de leyes en materia civil.* VI. *Aplicaciones al secreto.*

I. En los dos capítulos anteriores hemos examinado los límites del secreto profesional por razón de su importancia, cuando entra en colisión con otras obligaciones ante las cuales tiene que ceder o cuando se encuentra con algún derecho que hace cesar la obligación de reserva. Estos son los que podríamos llamar límites normativos del secreto, que parten del principio de que no constituye éste una obligación absoluta o suprema. Por otra parte, en el capítulo tercero, al estudiar el secreto como obligación civil y sus consecuencias en este ámbito, nos referimos a la duración que debe tener, es decir, a sus límites en el tiempo. Ahora queremos examinar el alcance que debe tener en el espacio.

Este problema, que ha revestido singular importancia con el acrecentamiento de las relaciones internacionales y por la disparidad de legislaciones que rigen al secreto, fue abordado por las convenciones de International Bar Association celebradas en Edimburgo (1962) y México (1964). En ellas se consideró el caso de los abogados que, saliendo de su país por causa de negocios o aun por recreo, fueren llamados a declarar ante alguna autoridad del país visitado, cuyas leyes no reconocieran al secreto una eficacia bastante para eximir al profesionista de prestar esa declaración. Se ha visto que estas situaciones no son raras en la materia fiscal. Entonces, si conforme a las leyes del país en que se halla de paso el profesionista, la revelación es lícita y puede ser hasta obligatoria, ¿qué hacer si las leyes de su país de origen —nacionalidad o domicilio— le imponen el deber estricto de guardar el secreto? ¿Por qué ley debe determinarse la “justa causa” para revelar —noción ésta que admite diversas estimaciones— cuando hay diferencias al respecto entre las legislaciones de ambos países?

El informe presentado en la convención de México por L. Hartenberg, jurista del Colegio de Abogados de Amsterdam, ofrece algunos aspectos

de importancia que conviene comentar. Expresa lo siguiente al referirse a lo que él llama "invasiones al secreto profesional":

2. Una comparación de las invasiones —que existen en todas partes, como lo han demostrado las investigaciones anteriores— hace suponer que existe una idea más o menos uniforme, internacionalmente aceptada, del secreto profesional en el cual se hacen dichas invasiones. En la Conferencia de Edimburgo se aclaró no solamente que existe dicha idea, a pesar de variaciones locales, sino también que en ningún país se reconoce una excepción especial o invasión a favor de algún tribunal o autoridad gubernamental, a menos que exista una previsión legal expresa a ese efecto (ver el Libro de la Conferencia de Edimburgo, página 117); esto se deduce de los informes nacionales. Durante las discusiones en el *symposium* se informó que existían países —de los cuales no hay reportes por escrito— en donde el gobierno, pensando en el interés público, determina si un abogado debe o no insistir en el secreto profesional, pero esta tesis no fue debidamente comprobada.

Las invasiones, que varían de un país a otro, son causadas, sin excepción, teniendo en cuenta el interés público; por lo que, como el privilegio mismo, es una sorprendente contradicción que puede llegar a presentarse como sigue: el Gobierno, actuando en beneficio del interés público, desea evitar, digamos, una evasión de impuestos que es también en contra de dicho interés; el abogado —aunque ciertamente se supone que no favorecerá ninguna evasión de impuestos— puede tener, a pesar de todo, graves dudas en el caso de que la acción de las autoridades gubernamentales implique una inspección de sus libros o archivos, dudas que están firmemente apoyadas en el principio que beneficia también el interés público, es decir, el secreto profesional. Es evidente, por lo tanto, cómo puede surgir la antes mencionada idea uniforme de este privilegio, dado que la habilidad profesional y los conocimientos legales, varían mucho de un abogado a otro y las demandas que a este respecto se exigen de un abogado, pueden también variar seriamente; pero el secreto profesional es un secreto que todos respetan y comparten al máximo, puesto que es la base de su condición de consejeros de confianza y, de ser necesario, de defensores de sus clientes. Suprimir esa base, sería el fin de dicha condición, es decir, de la razón de ser de un abogado como confidente de su cliente.

Lo expuesto hasta aquí en el informe nos parece exacto y va de acuerdo con lo que ya expresamos en los capítulos anteriores, al sostener que, tanto la obligación de reserva para el profesionista, como el deber, que a veces le es contrario, de colaborar con la administración de justicia, se fundan en último término en el orden público. Pero contra el planteamiento que de esta cuestión se hace en párrafos posteriores del informe, tenemos algunas reservas que oponer. Tales párrafos son los siguientes:

3. Cuando los abogados viajan por países extranjeros, surgen dificultades especiales. Durante una discusión de un grupo especial en Edimburgo, el señor Eric Plunkett de Irlanda afirmó que el abogado extranjero debería ser tratado en la misma forma que un nacional, sin gozar de prerrogativas; el señor Georg

Lous de Noruega, por su parte, sostuvo que un abogado de viaje en el extranjero debería respetar las exigencias de su propio Colegio y legislación nacional y que los tribunales extranjeros no deberían insistir en una conducta contraria a esas exigencias, y menos aún si eso implicara una ofensa criminal (abuso de confianza); y, finalmente, el señor John P. Bracken, de los Estados Unidos de Norte América, argumentó que no debería concederse privilegio alguno a un abogado extranjero. Los miembros del grupo especial gentilmente pusieron a disposición del Secretario del Comité Consultor, los argumentos escritos y también algunos relatores nacionales han tratado este interesante problema. El presente informe no es más que un intento para delimitar dicho problema que es, en sus aspectos principales, cuando menos, un problema de legislación y no de ética. Se podría, y ya se ha discutido, que un abogado no debería ejercer en el extranjero —lo cual podría considerarse como un asunto de ética profesional— pero aún así, un abogado que viajara por placer podría verse obligado a invocar su privilegio cuando, por ejemplo, el oponente de uno de sus clientes le pidiera que compareciera ante un tribunal extranjero del país que por casualidad visitara, para testificar en un caso entre su cliente y la parte contraria. Sin embargo, un gran número de abogados viaja actualmente por todo el mundo representando y ayudando a sus clientes, a menudo, por supuesto, en cooperación con sus colegas locales, especialmente cuando el caso se presenta ante los tribunales. Existen, sin embargo, tribunales en los que la representación no está exclusivamente reservada a los abogados residentes, como por ejemplo, la International Court of Justice, en la Haya; la Court of the European Community, en Luxemburgo, y la European Court for Human Rights, en Estrasburgo.

Como el punto de vista del señor Bracken no parece ser el de la mayoría de los que han estudiado este problema, incluimos a continuación una parte esencial de su argumentación: "Es cierto que los privilegios están basados en interés del bien público. Pero una política así establecida, ¿concede privilegios a todos aquellos que reciben y guardan las confidencias de sus semejantes? Por supuesto que no. El privilegio es concedido a un hombre escogido, el abogado, por razones tales como su habilidad, carácter e integridad. Ha sido calificado para esta condición extraordinaria, al presentar un examen de su competencia profesional, al aceptar los cánones de ética profesional normalmente promulgados y aprobados por los tribunales y sus colegas, y al someterse a la disciplina de los mismos tribunales y colegas. En mi opinión, esto último es lo que impide al abogado extranjero reclamar privilegios. Un abogado puede familiarizarse totalmente con la ley y los procedimientos de otra jurisdicción, pero si puede eludir su disciplina, ¿qué seguridad pueden tener los tribunales de dicha jurisdicción sobre la integridad del abogado, tal como se define en ese país? ¿Qué seguridad sobre la honradez de su reclamación en el sentido que existe en verdad una relación de cliente y abogado, de que las confidencias recibidas y por las cuales reclama un privilegio son de naturaleza tal que lo autorizan a negarse a descubrir las antes mencionadas confidencias?" Sigue diciendo el señor Bracken: "Con pena debo añadir que también nos preocupan los códigos morales individuales. Afortunadamente, el número de aquellos cuya conducta personal deja que desear, es mínimo, pero las constantes suspensiones de los Colegios de Abogados, demuestran que existen. La única protección en contra de estos caracteres inmorales, es el brazo disciplinario de los tribunales. ¿Cómo puede éste levantarse en contra de un abogado que se encuentra hoy dentro de una jurisdicción extranjera, y mañana, al declararse fraudulenta su reclamación

del privilegio, regresa a su propio país y nada le impide ahí el ejercicio de su profesión?"

II. Creemos que este planteamiento del problema adolece de algunos defectos. En primer lugar contempla al secreto como un "privilegio" que la legislación otorga al abogado, en su carácter de tal, para eximirlo de la obligación de declarar ante la autoridad; obligación que en otro caso le hubiera correspondido. Tal parece que el secreto se vuelve entonces una especie de concesión graciosa o distinción que la ley otorga en favor de una clase, a semejanza de las que constituían los antiguos privilegios nobiliarios, aquí sería a la de los profesionistas, dejando a éstos en situación más ventajosa que a los demás miembros de la sociedad.

Ahora bien, nada más inexacto que esto. El secreto profesional en ningún caso es un privilegio. Es una obligación estricta que liga a quien lo posee. Este no se encuentra dispensado de declarar, como si lo favoreciese una exención, sino obligado a callar. El profesionista no es un individuo privilegiado a este respecto, sino tan sólo más fuertemente obligado por la reserva, en razón de la necesidad social que hay de ella, que por el deber de colaborar con la autoridad en la administración de justicia. Muy atinadas nos parecen en este sentido las palabras de Sebastián Soler, que dice refiriéndose al tema:

Desde este punto de vista, como un privilegio acordado a ciertas profesiones, la institución carece totalmente de sentido y de razón de ser. La ley aquí no acuerda privilegios a nadie: hace incidir deberes sobre determinadas personas. Tutela un bien jurídico en la esfera de intimidad de las personas, y no se inclina ante la arbitraria decisión de un profesional, en cuyas manos quedaría colocada la suerte de los particulares, ni funda los procesos en la voluntad de un profesional.¹

De opinión similar es Fernández Serrano cuando dice:

No se trata tampoco de defender un atributo excepcional del abogado, a título personal, sino de mantener un principio esencial establecido por público interés, en consideración a una función pública.²

El segundo error que a nuestro modo de ver contiene el informe de Hartenberg es una consecuencia forzosa del anterior. Si el secreto es visto como un privilegio para el profesionista y no como un deber prevalente, la solución del conflicto entre la obligación de callar y la

¹ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, t. iv, cap. ix, p. 141.

² "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado* abril-junio 1952, núm. 14, p. 133.

de declarar, se desplaza en tal caso, reduciéndose a determinar si el individuo obligado es o no un profesionista. En otros términos, como aquí el problema es de carácter internacional, lo que interesa, según el informe, es determinar la ley nacional conforme a la cual debe calificarse si el profesionista se halla o no debidamente titulado, para que, como resultado de esa calificación, se le reconozca el supuesto privilegio de no declarar, en el primer caso, negándosele en el segundo. Así aparece claramente en los siguientes párrafos del informe, que van a continuación de los anteriormente transcritos:

No nos queda otro recurso que aceptar las consideraciones del señor Bracken, advirtiendo, sin embargo, que los argumentos anteriores son válidos únicamente en los casos en que un supuesto abogado que ejerce su profesión en el extranjero y quizás hasta establezca ahí una oficina, no sea un abogado debidamente calificado en su propio país; de otra manera, el Tribunal y/o el Consejo de su Colegio seguramente tomarían medidas disciplinarias en su contra al regresar a su país, si su conducta en el extranjero lo ameritara. Pero el problema de los abogados no calificados, no es un problema que debiera preocupar a la IBA en estos momentos, pues no difiere, en principio, con las bien conocidas dificultades que existen en la mayoría de los países en relación con los practicantes legales no calificados. Nuestro problema se refiere solamente —y es en sí un problema bastante serio— a la posición de un abogado debidamente calificado que, al viajar por el extranjero, puede ser considerado sospechoso por un tribunal o cualquiera otra autoridad. Si el sistema de Mr. Bracken fuera adoptado en todo su rigor, tanto los viajes necesarios de negocios, como las vacaciones en el extranjero, resultarían sumamente peligrosos desde un punto de vista profesional.

4. Aparecen aquí dos puntos por decidir: el primero, cómo determinar que la persona que se dice abogado lo es realmente, y el segundo, qué alcance tiene el privilegio que reclama.

El primer punto parece ser más bien asunto de la ley nacional del abogado, o, cuando menos, de la ley del país en donde regularmente ejerce. En otras palabras, no hay razón para que un abogado al cruzar la frontera de un país extranjero, pierda su capacidad como tal, y se convierta en un ciudadano sin profesión. . .

Pero el lugar en que a nuestro modo de ver debe situarse el problema internacional del secreto no es precisamente el de la posición —privilegiada o no— del profesionista, buscando evitar a éste incurrir en responsabilidad frente a la ley que deba regir su actuación, sino el de determinar los bienes jurídicos que el secreto está destinado a proteger y que resultarían dañados en caso de hacerse una revelación. Esta es para nosotros la cuestión principal, a la que el informe parece no dar suficiente importancia. La anterior, que es a la que presta más atención, resulta ser tan sólo una consecuencia de esta última.

Si se toma en cuenta este carácter finalista del secreto, que no es sino

un medio destinado a proteger ciertos bienes jurídicos y si se toman también en consideración los caracteres peculiares de la obligación de reserva, cuyo incumplimiento, cometido en cualquier país que fuere, puede producir efectos lesivos en el de origen o en otro diferente, ya que la revelación del secreto es susceptible de difundirse, convirtiéndose en divulgación, podrá orientarse mejor el problema del conflicto de leyes para obtener una solución más satisfactoria.

Este planteamiento del problema que hace surgir el secreto en el derecho internacional, comprende la formulación de tres preguntas diversas:

1ª ¿Por qué ley debe regirse la obligación de reserva cuando ella es contraída en el territorio de un Estado y debe ser cumplida en el de otro u otros?

2ª En el supuesto de que falte ese cumplimiento, ¿conforme a qué ley debe calificarse la ilicitud de la revelación y, en su caso, también la delictuosidad de ella, para ser castigada? y

3ª ¿Conforme a qué ley debe determinarse la responsabilidad civil del profesionista que ha revelado y el monto de la indemnización que debe pagar?

III. La primera pregunta contempla el caso de la obligación en sí misma, tal como la hemos estudiado en el capítulo tercero de este trabajo. Cuando esa obligación es contraída en un país, ¿vincula también fuera del mismo al profesionista? Y en caso afirmativo ¿hasta qué punto? El problema está en determinar si la obligación que el secreto produce debe regirse por el principio de territorialidad o por el de personalidad de la ley. Porque puede ocurrir que se den a la obligación un alcance y una prioridad diversos en el país en que ella nace y en el país en que el profesionista se encuentra a un momento dado. Y así, mientras que en uno la revelación será ilícita en determinadas circunstancias, en el otro será lícita y hasta obligatoria en las mismas.

Planiol ha sostenido en términos precisos lo siguiente:

Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan el Territorio (artículo 3-1). Se necesita añadir: "o que se encuentren en él de paso", pues basta que un extranjero atraviere Francia, ya fuere en ferrocarril, para estar sometido a nuestras leyes. Cada nación es soberana sobre su territorio, y cesaría de serlo si las leyes destinadas a hacer reinar ahí el orden no se imponen a los extranjeros como a sus nacionales.

Esta regla comprende en primer lugar todas las leyes penales (policía repressiva), después las leyes de policía propiamente dichas (policía preventiva o administrativa), ya se trate de la policía general del Estado o de la policía (ferrocarriles, tránsito, mercados, ejercicio de las profesiones, etcétera). Entran en esta categoría las leyes concernientes a la libertad del trabajo, la reglamenta-

ción del trabajo industrial de los niños y de los adultos. . . , la protección de los alimentos y de los niños maltratados o abandonados. . . las profesiones ambulantes, las profesiones que requieren un diploma y que están monopolizadas (abogados, farmacéuticos, médicos).³

Estos principios pueden conducir a una regulación estrictamente territorial del secreto, es decir, a la conclusión de que el mismo obliga al profesionista sólo dentro del territorio en que el mismo ejerce y que lo establezcan las leyes del lugar. En ese mismo sentido parecen ir las ideas de Perraud-Chamantier al expresar este autor, refiriéndose a lo que califica de abuso del secreto profesional, que existe ese abuso "en extender la noción del secreto médico a los médicos extranjeros y a los hechos constatados en el extranjero. El orden público de que se trata en nuestra materia, no es, en efecto, sino secundario".⁴

Y en otro lugar de su obra comenta el mismo autor:

. . . es un hecho constatado que la noción (del secreto profesional) se debilita; . . . la guerra, sin duda, ha apresurado esta evolución. El secreto no podría ser absoluto. Todo se opone a la doctrina absolutista, principalmente la necesidad de orden público absoluto, para no obstaculizar sino al mínimo la administración de justicia.⁵

Sin embargo, dada la naturaleza especial de la obligación de reserva y los diversos aspectos que la misma presenta, los cuales hemos venido examinando en capítulos anteriores, no creemos que corresponda ella a un orden público estrictamente territorial. Los intereses que el secreto protege, se encuentran ubicados en un país determinado, pero pueden ser dañados desde fuera de éste si no se da al secreto una validez extraterritorial. Esa protección se vuelve ilusoria si la obligación de reserva desaparece para el profesionista tan sólo porque salga del país en que la contrajo. Tratándose de una obligación continua y permanente, cabría hacer extensivo el problema a todas las de esta clase, preguntando si ellas cesan siempre que el deudor se encuentra en un territorio en que no existe o no es reconocida su obligación.

Como este problema se presenta para el secreto, principalmente en el caso de tener que declarar el profesionista ante autoridades de otro país que le exijan esa declaración, se podría examinar el mismo desde otro punto de vista, preguntando cuál es la relación del particular con un Estado extranjero en cuyo territorio se encuentra como visitante, como

³ *Droit Civil*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1920, t. 1, cap. iv, núm. 188, p. 75.

⁴ *Le secret professionnel*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926, segunda parte, núm. iv, p. 301.

⁵ *Op. cit.*, conclusiones, p. 317.

transeúnte o aun como residente. Sin duda las respuestas tendrían que ser diferentes para cada caso, pero lo que no puede admitirse es que esa relación del profesionista con el Estado extranjero lo desvincule totalmente del orden jurídico de su país, conforme al cual tiene ya obligaciones contraídas. Las leyes de policía y de seguridad del país extranjero visitado, obligarán seguramente al profesionista, como quiere Planiol, por ser leyes de orden público territorial, pero lo obligarán para los actos que realice durante su permanencia en ese país. No podrán aplicarse esas leyes retroactiva ni extraterritorialmente a obligaciones contraídas con anterioridad por el mismo profesionista, con carácter permanente y conforme a las leyes de otro Estado.

Si se aplicaran al secreto ya conocido con anterioridad, las leyes del país extranjero en que se encuentra el profesionista, aduciendo como motivo que son ellas de aplicación territorial —como la que obliga a informar a las autoridades— producirían dichas leyes un efecto extraterritorial que afectaría a los intereses protegidos por el secreto dentro de otro país.

Por nuestra parte, pensamos que la ley aplicable al secreto debe ser la del Estado en que es conocido por el profesionista. La obligación de reserva que recae sobre éste, debe regirse, no precisamente por la ley de su nacionalidad ni por la de su domicilio, sino por la del país en que se contrae, ya sea por confidencia expresa que el cliente le haga o ya sea porque el profesionista se entere del hecho secreto al ejercer su actividad profesional.

La razón de esta solución se encuentra en la presunción de que el cliente, al confiarse al profesionista expresa o tácitamente por el hecho de utilizar sus servicios, lo hace tomando en cuenta la obligación que este último tiene de guardar reserva, de acuerdo con las leyes del país en donde deposita la confianza en él. ¿Si el cliente supiera que esas leyes daban una menor protección a su intimidad, aceptaría no obstante ello, darla a conocer al profesionista? Ante la imposibilidad de contestar afirmativamente con certeza a esta pregunta, tenemos que sostener que la obligación de reserva no puede ser modificada por una ley diversa de aquella que la configuraba en cuanto a su objeto, extensión y modalidades al momento de ser contraída. Los derechos adquiridos por el beneficiario del secreto, ya fuere el mismo cliente o un tercero, no pueden quedar a merced de una ley posterior o de una ley extranjera capaz de modificarlos o extinguirlos. Esto último dejaría en situación de permanente inseguridad al secreto profesional.

El problema no se encuentra resuelto de manera expresa en nuestro derecho interno y nos parecería deseable que lo fuera mediante tratados internacionales en que los Estados concertaran, ya sea una igual

protección al secreto, uniformando las disposiciones legales que lo rigen, ya sea el respeto para la obligación de reserva de acuerdo con las leyes del país en que se contrajo, en los términos que acabamos de exponer.

IV. La segunda pregunta que formulamos antes, recae sobre la ley que debe aplicarse para calificar la ilicitud o aún la delictividad de una revelación y determinar la pena que le corresponde. Ella supone el incumplimiento ya cometido a la obligación de reserva y concierne al llamado derecho penal internacional. Creemos que este problema, a diferencia del anterior, sí puede hallar una solución más precisa conforme a los principios que rigen nuestras leyes sobre tal materia.

En principio la ley penal es territorial, pues siendo una expresión típica de la soberanía del Estado que la dicta, no puede tener aplicación sino dentro del territorio de éste. Sin embargo, su aplicación por hechos cometidos fuera de ese territorio, se ha venido haciendo cada día más imperiosa, por las relaciones existentes entre diversos Estados y la necesidad que tienen de ayudarse en la lucha contra la delincuencia; punto de interés común en el que ellos convergen.

Así pues, con el principio de territorialidad de la ley penal han venido a combinarse otros diversos como son: el de universalidad y el de personalidad de esa ley, pero, sobre todo, el principio real o de defensa de los bienes jurídicamente protegidos, que es el más interesante para el tema que aquí tratamos.

Si partimos del supuesto de que el derecho norma relaciones inter-humanas en las que diversos bienes entran en juego y cuya protección se hace necesaria por el valor social o individual que ellos entrañan, se comprenderá la función tutelar que el derecho ejerce respecto de esos bienes, función que culmina en la tutela penal, expresión máxima de esa finalidad defensiva que el derecho debe cumplir. Pero el logro de este objeto se ve necesariamente impedido por la limitación que el derecho sufre en su aplicabilidad —a causa del ámbito espacial determinado que ella tiene— y de allí nace la necesidad de crear excepciones a esa limitación, fundadas en un principio diverso al de la territorialidad de la ley, como es el principio real o de defensa de los bienes. Este principio, sin dejar de reconocer la soberanía del Estado, en que se funda el anterior, encuentra menos apoyo en ella que en la necesidad de protección contra lo antijurídico, es decir, contra todo aquello que lesiona los bienes, cuya protección es misión suprema del derecho en todos los Estados. Y como existe cada vez una mayor coincidencia entre ellos, en cuanto al reconocimiento y valoración de esos bienes, resulta, en última instancia, que el principio real, lejos de ser una limitación a la soberanía de cada Estado, se vuelve como un complemento o prolongación de ella,

ya que la aplicación extraterritorial de su ley penal, le permite alcanzar hechos ilícitos, contra cuyos efectos lesivos necesita defenderse ese Estado y defender a sus nacionales.

Con razón ha dicho Soler del principio de defensa:

Llámase principio real o de defensa al que determina la competencia de un Estado para el ejercicio de sus pretensiones punitivas conforme sea nacional el interés vulnerado por el delito. Ejemplo clásico de aplicación de este principio es el del delito de falsificación de moneda cometido en el extranjero, pero que afecta fundamentalmente el interés del Estado cuya moneda se falsifica. La consecuencia de ese principio es la frecuente aplicación del Derecho penal a delitos cometidos en el extranjero, pues, según aquél, la principal finalidad de ese derecho es la defensa o protección de los intereses nacionales, de donde, por aplicación de tal principio, un Estado pretenderá ejercer su acción punitiva toda vez que un hecho sea dirigido a perjudicar al Estado, o cuando vulnera un bien jurídico de un ciudadano, donde quiera que se encuentre.⁶

Nuestro Código Penal, después de disponer en su artículo primero que “se aplicará en el Distrito y Territorios Federales, por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República por los delitos de la competencia de los tribunales federales”, añade en el artículo segundo: “Se aplicará, asimismo: I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República;...”. Este precepto, que debe ser interpretado en estrecha relación con los dos que le siguen de inmediato, como veremos adelante, presenta tres hipótesis diversas en su fracción I, las que enumeradas, por razón de método, en orden diverso al que tienen en el precepto, serán éstas: a) delitos que solamente se preparen en el extranjero, es decir, en territorio de otro Estado, pero cuya comisión se realice íntegramente en el territorio nacional; b) delitos que se preparen también en el extranjero, iniciándose allí su comisión para continuarse o concluirse ésta en territorio nacional y c) delitos que se preparen y cometan totalmente en el extranjero, pero que produzcan algún efecto en territorio de la República o, por lo menos, se pretenda que lo produzcan.

En la primera de estas tres hipótesis, lo único que tiene lugar en el extranjero es la preparación del delito, esto es, la realización de actos que, al decir de Fernando Castellanos, “se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y puedan realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir”.⁷ Sin embargo, debemos hacer, una precisión a esta manera de

⁶ *Op. cit.*, t. I, p. 161.

⁷ *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, cap. XXVIII, núm. 4, p. 289.

definir los actos preparatorios. No es que sean de naturaleza "inocente en sí mismos", como dice Castellanos, supuesto que teleológicamente van dirigidos a la comisión de algo antijurídico. Lo inocente es sólo su apariencia y lo característico de ellos es que la malicia puesta en la intención del activo no se hace ostensible al exterior, ya que, aparentemente, no existe una relación necesaria entre esos actos y el ilícito que con ellos se prepara. La vinculación que existe entre ambos no puede ordinariamente conocerse sino hasta etapas más avanzadas de la realización delictuosa. Estos actos se caracterizan pues, por su ambigüedad externa. De aquí que en sí mismos no sean punibles por regla general, pues para que lo sean, se necesita que el derecho configure con ellos solos un diverso tipo delictuoso, independiente en su realización del que con dichos actos se prepara. Soler expresa este fenómeno en los siguientes párrafos que transcribimos por su interés:

La ley solamente castiga en forma excepcional algunos actos preparatorios, para lo cual los erige en figura delictiva *sui generis*. Así, la mera tenencia de instrumentos conocidamente destinados a cometer falsificaciones (C. P., 299); la conspiración del artículo 216, que es punible como tal cuando fuere descubierta "antes de empezar su ejecución", es decir, la ejecución del delito de traición.

Estos dos ejemplos nos muestran claramente la naturaleza y finalidad de los casos de actos preparatorios especialmente punibles. Unas veces el acto preparatorio, aun cuando no importa, como tal, un principio de ejecución, no resulta equivoco en sí mismo, por las circunstancias de hecho, cual sucede en el primero de los casos recordados. La tenencia de máquinas conocidamente destinadas a fabricar moneda o documentos falsos, es una acción tan inequívoca en general, que ante esa adecuación genérica cede la posible, aunque improbable, inadecuación específica.

Pero a la punibilidad de esos hechos contribuye otra razón más decisiva, derivada, en general, de la calidad del bien jurídico o del interés protegido por la norma principal: la necesidad de reforzar la defensa de ciertos bienes jurídicos en razón de su extraordinaria importancia. Mientras más avalorado se halla un bien jurídico, más extenso es el cerco de incriminaciones defensivas con que está protegido, de modo que con ellas se abarca no solamente la violación de ese bien (delito de daño), sino su agresión potencial (figura de delito de peligro); y no únicamente en la forma de peligro inmediato (tentativa), sino también remoto (acto preparatorio).⁸

De este modo puede ocurrir que mientras los actos preparatorios constituyan un delito en sí mismos y, consecuentemente, sean punibles en el país en que se realizan, el delito preparado con ellos, cuya comisión se efectúa en territorio mexicano, se castigue en éste, sin que para ello obste el principio *non bis in idem*, ya que se trata de dos hechos delictuosos diferentes, que caen bajo diversas jurisdicciones nacionales. Pero en tales

⁸ *Op. cit.*, t. II, cap. 48, núm. VI, p. 217.

casos la aplicación de la ley penal de cada país es típicamente territorial, ya que se efectúa por hechos cometidos dentro de sus fronteras y la calificación de éstos como delictuosos deberá hacerse, lo mismo que la determinación de la pena, de acuerdo con la ley del país en que se realicen. No se requiere, por tanto, dentro de esta primera hipótesis que estamos examinando, que el hecho sea delictuoso conforme a las leyes de ambos países, requisito éste que exige el artículo 4º, fracción III, de nuestro Código Penal, para los casos de franca aplicación extraterritorial de la ley, como veremos más adelante.

Fuera del caso en que los actos preparatorios constituyen por sí solos un delito autónomo, hemos dicho que no son punibles, a causa de su indeterminación, ya que no llegan a configurar tentativa. A este respecto dicen Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas:

La tentativa requiere actos de ejecución. En consecuencia, los actos preparatorios no la integran si son equívocos (portar armas, adquirir una escalera si se imputase un robo con escalamiento), no así si son unívocos (adquirir la máquina de fabricación de moneda falsa, salvo si se tratase *verbi gratia*, de un coleccionista), pues los actos preparatorios son, por lo general, por sí mismos insuficientes para demostrar el propósito de ejecutar un delito determinado. El pensamiento criminal menos puede importar, ya que *cogitationes delinquere non potest*.⁹

Sin embargo, debemos añadir que la anterior regla solamente es aplicable al caso en que los actos preparatorios no llegan a alcanzar su finalidad, pues si el delito preparado con ellos, se comete, por lo menos en grado de tentativa, evidenciándose así la relación, al principio oculta, entre dichos actos y el delito, entonces sí son punibles. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 13, fracción I, del Código Penal, que los toma en cuenta para los efectos de la participación, al decir: "Son responsables de los delitos: I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos."

Y es precisamente con relación a este tema de la participación delictuosa, que pueden surgir problemas de aplicación extraterritorial de la ley, a los actos preparatorios que nos ocupan dentro de esta primera hipótesis del artículo 2º, que aquí examinamos. Si la preparación del delito se realiza en el extranjero por el mismo autor, que posteriormente lo ejecuta en territorio nacional, no puede ser grave el problema, pues al castigarse a dicho autor conforme a las leyes mexicanas, por la comisión del delito, se le castiga también por los actos preparatorios del mismo que, en tal caso, quedan como absorbidos por éste y forman con él un todo

⁹ Código penal anotado, México, Ed. Porrúa, 1972, comentario al artículo 12, nota 38, p. 49.

ilícito. Pero si dichos actos preparatorios son realizados por persona diversa del autor del hecho delictuoso, que lo auxilia desde el extranjero para delinquir en México, ¿en qué situación queda ese auxiliar frente a las leyes mexicanas, que también lo consideran penalmente responsable de acuerdo con el artículo 13, Fracción I, del Código Penal, que acabamos de citar? Si dicho auxiliar es castigado en el país extranjero en que realizó los actos preparatorios, porque constituyan allí éstos un delito autónomo respecto del cual es autor, ello no impedirá que las leyes mexicanas lo castiguen como cómplice del delito cometido en México, que es un delito diverso del anterior, pero para ello será preciso que las autoridades de México lo tengan en su poder o que obtengan su extradición, si ésta procede conforme a los tratados correspondientes. También puede ocurrir que el cómplice reciba castigo como tal en el país en que realizó los actos preparatorios, porque dicho país tome en cuenta el delito cometido en México, para el cual sirvieron. En tal caso, nuestro país ya no podría castigarlo nuevamente. Pero ello dependerá del grado en que el derecho interno del otro Estado tome en cuenta las legislaciones extranjeras para los efectos de la penalidad, es decir, del grado en que permita un efecto ciertamente extraterritorial a la ley mexicana. En caso contrario, esta última deberá alcanzar a dicho cómplice, como preparador del delito, pues resulta haber allí una función de complicidad. Así lo expresan Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas al decir del precepto que nos ocupa: "También el inciso comentado se refiere a los que intervienen en la preparación del delito. El suministro de medios para la ejecución —armas, llaves, planos, etcétera— configura la complicidad."¹⁰

Por su parte Ricardo Franco Guzmán estima que "La participación o complicidad se puede presentar en cualquiera de los estadios del *inter criminis*, es decir, lo mismo en la concepción que en la resolución, en la preparación o ejecución y consumación del delito."¹¹

De allí la importancia de celebrar tratados internacionales en que los países acuerden su forma de auxilio mutuo contra la delincuencia, evitando lo mismo la doble punición que la impunidad de actos penalmente inculminables, tanto a título de autoría como de complicidad. Por ello las conclusiones del VIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Lisboa en 1961, aconsejaron, entre otras medidas, la de tomar acuerdos para aplicar el derecho extranjero en materia penal cuando el nacional (*Lex fori*) no sea aplicable, ya por defecto de la acusación, ya a causa de reglas que fijen el campo de aplicación de la legislación penal de los Estados.

¹⁰ *Op. cit.*, comentario al artículo 13, nota 41, p. 52.

¹¹ *El concurso de personas en el delito*, México, Edición de la Procuraduría General de la República, 1959, núm. 10, p. 16.

La segunda hipótesis prevista en la fracción I del artículo 2º que venimos examinando y que en dicho precepto está enumerada en primer lugar, se refiere a delitos que se inicien en territorio extranjero. Esto supone que el delito ha sido preparado allí y que, además, en ese territorio se ha comenzado su ejecución. Es decir, a diferencia de que ocurría en la hipótesis anterior, en que el delito preparado en otro país, se perpetraba en México íntegramente, en esta segunda hipótesis se comete en parte en territorio del otro Estado y en parte en el nacional. Ello puede ocurrir, desde luego con el delito permanente, que nuestro Código Penal llama continuo, el cual define en el artículo 19 diciendo que es “aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen”. Soler dice que en estos delitos “la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos”.¹²

En esta segunda hipótesis, que ahora examinamos, el delito continuo o permanente iniciado en el extranjero y continuado o concluido en nuestro país, deberá ser castigado en éste, no sólo por la comentada disposición del artículo 2º, fracción I, del Código Penal, sino también por la del siguiente artículo, o sea el 3º, que dice: “Los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delinquentes”. La posición de nuestra legislación respecto a estos delitos es pues bien clara. Basta que se cometa una parte de ellos en territorio nacional, para que el Estado mexicano tenga poder para castigarlos de acuerdo con sus leyes. Pero ello debe entenderse en el sentido de que tal castigo tiene que ser por el delito continuo tomado en su integridad o sea por la totalidad del mismo, incluyendo la parte que se cometió en el extranjero, pues lo contrario implicaría desconocer la unidad del delito continuo o delito permanente, como tal. La noción de éste se opone a la de acumulación delictuosa y así lo dice expresamente en su primera parte el ya citado artículo 19 del Código Penal. La idea de continuidad en el delito excluye la de pluralidad. Por eso dice con razón Fernando Castellanos:

que la determinación de que un delito es instantáneo, permanente y continuado, no solamente tiene relevancia para los efectos del concurso, sino muy especialmente para marcar el momento en que debe empezar a correr el término para la prescripción; para la determinación del lugar en que se realiza y estar en condiciones de fijar la competencia; para precisar si ya se ejecutó, o si se está ejecutando, caso éste en que puede oponerse la defensa legítima.¹³

¹² *Op. cit.*, t. 1, cap. 21, núm. III, p. 275.

¹³ *Op. cit.*, p. 310.

La duración del delito continuo habrá de tener interés para la graduación de la pena por su prolongación en el tiempo, pero no porque pueda considerarse como una repetición de actos delictuosos iguales (reincidencia). El delito cometido no es más que uno, aunque su comisión se prolongue a través del tiempo y se extienda a diversos lugares en el espacio. De allí que el delito continuo castigado en México de acuerdo con el artículo 3º del Código Penal, deba ser tomado en su integridad, desde su inicio en el extranjero. No podría admitirse que en tales casos castigara cada país la porción del delito cometida en su territorio, pues el delito continuo no es divisible. Tampoco podrá castigar el Estado Mexicano si ya fue castigado el delito en el país de iniciación, porque esto iría contra el principio *non bis in idem*, reconocido expresamente por el artículo 4º, fracción II, del mismo Código Penal.

Esta unidad delictuosa, que implica también unidad punitiva, se encuentra confirmada por la ley al regular la competencia para castigar los delitos continuos cuya comisión se realiza en diversas entidades federativas de nuestro país. El artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales que:

Es competente para conocer de los delitos continuos, cualquiera de los tribunales en cuya jurisdicción se hayan ejecutado actos que por sí solos constituyen el o los delitos imputados.

Y el siguiente precepto dice a su vez:

Artículo 11. Para la decisión de las competencias se observarán las siguientes reglas:

I. Las que se susciten entre tribunales federales se decidirán conforme a los artículos anteriores, y si hay dos o más competencias, a favor del que haya prevenido. . .

Al regular la competencia, reconocen la unidad del delito continuo las anteriores disposiciones, impidiendo su fragmentación para los efectos de la pena, lo mismo que un doble castigo para el mismo. Esto implica, como decíamos antes, la necesidad de tomar al delito continuo en su integridad, por todo el tiempo que ha durado. Y cuando el Estado Mexicano, de acuerdo con los artículos 2º y 3º del Código Penal, que estamos comentando, castiga un delito iniciado en el extranjero, que se continúa o concluye en nuestro país, existe ya un principio de aplicación extraterritorial de la ley penal mexicana, toda vez que ella se aplica a un hecho delictuoso, cuya parte inicial se llevó a cabo en territorio de otro Estado.

En este mismo sentido, de reconocer la unidad del delito y también la unidad de la pena, van las ideas expuestas por Pasquale Fiore, quien dice:

Es igualmente claro que así como los actos de ejecución cumplidos por el agente del delito con una voluntad explícita, los actos de perpetración que hacen completa la violación del derecho atacado, responden a la concepción jurídica del delito, y son por su naturaleza indivisibles. Desde luego la represión penal y la competencia relativas al hecho criminal entero pertenecen a una u otra de las dos soberanías, según que una u otra tenga en su poder al criminal.

Por lo demás, en los casos restantes el derecho de la soberanía del lugar en que el delito ha sido consumado, debe prevalecer siempre.¹⁴

Sin embargo, esta segunda hipótesis, que ahora examinamos, de las tres que prevé el artículo 2º, fracción I, del Código Penal, o sea el caso de los delitos iniciados en otro país y proseguidos o concluidos en México, no comprende tan sólo delitos continuos o permanentes, sino que puede referirse también a delitos instantáneos. Ello ocurre cuando algunos elementos del tipo delictuoso se realizan en el territorio del otro Estado (iniciación) y los restantes en el territorio nacional (consumación). Entonces estamos en presencia de los que Soler llama "delitos a distancia" y de los cuales dice:

Delitos que se consuman en el territorio argentino, porque en él tiene lugar algo que es más que "los efectos" del delito, ello es, el evento mismo que lo constituye: la muerte en el homicidio, el perjuicio en la defraudación. Sin embargo, la acción o una parte de ella, tuvo lugar en el extranjero. La doctrina tiende a considerar tales hechos como cometidos en el territorio, de modo que sería irrelevante para su punición el hecho de que el Estado desde el cual fueron cometidos, los considere o no punibles. Ello resulta del sentido o el alcance que se dé a las expresiones "cometer" (artículo 1º, Código Penal) o "perpetrar" (artículo 1º, Tratado de Montevideo), ya sea dando prevalencia al lugar donde se produce la manifestación de voluntad o al lugar donde se produce el resultado a uno u otro, según los casos, o a cualquiera de ellos.¹⁵

Según esta autorizada opinión, no es necesario que el hecho, tomado en su integridad, tenga carácter delictuoso en el país de iniciación —como ocurre en los hechos de la tercera hipótesis que más adelante vamos a examinar— para que pueda ser castigado por el Estado mexicano conforme a sus leyes. Pero sin ser necesario tal requisito, puede ser que exista, es decir, que el hecho sea punible conforme a las leyes de ambos países y entonces, ¿qué hacer en México si el otro Estado castigó ya, aplicando su legislación, por la iniciación del hecho en su territorio, considerándola cuando menos como tentativa? El problema puede ser más grave tratándose de algunos delitos como es precisamente la revelación de secretos objeto del presente trabajo. Ya hemos visto en el capítulo segundo cómo

¹⁴ *Tratado del derecho penal internacional y de la extradición*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1880, cap. I, núm. xxv, p. 24.

¹⁵ *Op. cit.*, t. I, cap. 15, núm. iv, p. 173.

en nuestro derecho está configurado este hecho ilícito como delito de daño o de lesión. Es decir, se necesita que efectivamente se produzca un daño con la revelación a algún bien jurídicamente protegido, para que ella sea delictuosa. En otros países, en cambio, la considera la ley como delito solamente de peligro. No necesita causar daño la revelación para que ella sea punible. Basta que pueda causarlo, esto es, que amenace a algún bien protegido por el derecho. Y en tales condiciones puede ocurrir que en el otro Estado se lleve a cabo la revelación ilícita, aunque sin causar daño alguno, viniéndose a producir en México este último. De ese modo podrá estimarse el delito como consumado en ambos países, de acuerdo con la legislación penal de cada uno de ellos. El Estado extranjero puede castigarlo conforme a su ley propia y esta vez no sólo en grado de tentativa, como en el caso anterior, sino como delito consumado. En tales situaciones, pensamos, no puede el Estado mexicano ejercitar su acción punitiva si el otro Estado castigó ya, a pesar de lo dispuesto en el artículo 2º, fracción I, de nuestro Código Penal, por impedirlo el principio *non bis in idem*.

Finalmente, la tercera hipótesis contemplada en dicho precepto es la de los delitos cometidos en el extranjero, esto es, consumados allí, pero que producen o se pretende que produzcan efectos en territorio nacional. También a estos delitos los alcanza la ley mexicana para su punición y aquí sí la aplicación de esta última resulta francamente extraterritorial, pues si suponemos que el hecho delictuoso ha sido perpetrado íntegramente, esto es, consumado, en el extranjero, el único vínculo que lo une con el derecho mexicano está constituido por los efectos —lesivos— que produzca en territorio nacional después de su consumación en otro Estado.

Aquí entra en juego visiblemente el principio real o de defensa, pues lo que se busca con esta aplicación extraterritorial es la tutela penal de intereses o de bienes ubicados en territorio mexicano y que, por lo mismo, son objeto de protección por nuestro derecho. Aunque el evento lesivo de esos bienes o intereses se haya realizado íntegramente en el extranjero, con todos los elementos del tipo delictuoso, ello no impide al Estado mexicano castigarlo conforme a sus leyes, pues el daño se ha producido aquí. Indiscutiblemente este daño debe constituir un efecto extratípico del hecho, ya consumado plenamente en el extranjero. No debe ser la consumación del mismo, porque entonces esta tercera hipótesis que examinamos carecería de razón de ser al identificarse con la anterior. El efecto lesivo producido en México debe ser para agotar el delito, no para consumarlo. A este respecto distingue Soler, diciendo:

c) Finalmente, las situaciones analizadas deben distinguirse de una tercera, representada por los demás casos en que un delito sea cometido en el extranjero,

es decir, iniciado y consumado en el extranjero, y que sólo tenga en el país efectos indirectos, que no constituyen el evento mismo, o que afectando bienes argentinos o de ciudadanos argentinos, esos bienes no sean de los enumerados sub b. Recuérdese sobre esto la distinción carrariana entre delito consumado y delito agotado. Las acciones que agotan un delito son también efecto de ese delito, pero presuponen la consumación.¹⁶

Y en otro lugar añade ese mismo autor:

Aun por encima de la figura del delito consumado cabe hablar de un delito agotado, según la terminología de Carrara, cuando el sujeto, además de realizar la acción delictiva, logra el resultado final que se propuso.¹⁷

Pero la pregunta que surge al examinar esta tercera hipótesis consiste en saber conforme a qué ley debe considerarse consumado el delito que se comete en el extranjero; si conforme a la del país en que se realiza o conforme a la mexicana. Y la respuesta creemos que sólo puede hallarse interpretando el artículo 2º del Código Penal, que ahora nos ocupa, en relación con el artículo 4º del mismo ordenamiento, que dispone:

Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes:

- I. Que el acusado se encuentre en la República;
- II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró; y
- III. Que la infracción de que se le acusa tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.¹⁸

La aplicación extraterritorial de la ley penal mexicana que este artículo establece, haciéndola alcanzar delitos cometidos —esto es, consumados— en el extranjero, comprende, como puede verse, tres casos diversos: delitos cometidos por mexicanos contra mexicanos, delitos cometidos por mexicanos contra extranjeros y delitos cometidos por extranjeros contra mexicanos. Esta enumeración tan amplia, comprende, por tanto, casi

¹⁶ *Op. cit.*, t. I, cap. 15, núm. IV, p. 174.

¹⁷ *Op. cit.*, t. II, cap. 48, núm. I, p. 211.

¹⁸ El Código Penal de 1871 era más explícito, en la redacción de los dos requisitos anteriores. La expresión de ellos en su artículo 186 era la siguiente: "I. Que el acusado esté en la república, ya sea porque haya venido espontáneamente, o ya porque se haya obtenido su extradición... III. Que el reo no haya sido juzgado definitivamente en el país en que delinquiró o que si lo fue, no haya sido absuelto, amnistiado o indultado..."

todos los supuestos posibles, ya que solamente deja fuera uno de ellos, el de delitos cometidos en otro país por extranjeros contra extranjeros, caso único en que la ley mexicana ya no es aplicable extraterritorialmente, de acuerdo con el citado artículo 4º.

Este precepto vincula a la nacionalidad de los sujetos del delito, la aplicabilidad de nuestra ley. Si uno cualquiera de ellos, el activo o el pasivo, es mexicano, será aplicable la ley nacional. Solamente si ambos son extranjeros, no habrá lugar a su aplicación. Pero esta disposición queda complementada por la del artículo 2º que antes hemos venido examinando, conforme a la cual no sólo la nacionalidad de los sujetos determina la aplicación extraterritorial de nuestra ley, sino también la ubicación en territorio mexicano de los bienes o derechos dañados por efecto del delito, independientemente de que el titular de ellos sea mexicano o extranjero y también independientemente de la nacionalidad del activo, pues el precepto no distingue a este respecto. Así ocurre en la tercera hipótesis, del referido artículo 2º que hemos venido examinando, según la cual es aplicable la ley penal mexicana a delitos cometidos en el extranjero cuando producen o se pretende que produzcan efectos en la República Mexicana. Aquí la aplicación extraterritorial de nuestra ley se funda en el principio real o de defensa que en el caso extiende la tutela penal aun a los bienes situados en México, pertenecientes a extranjeros, los que también deben ser protegidos por la ley mexicana por el solo hecho de encontrarse en México, no obstante que no sean nacionales.

Considerando pues a los artículos 2º y 4º del Código Penal como un precepto de conjunto, que señala los casos en que nuestra ley debe aplicarse extraterritorialmente, podemos contestar a la pregunta antes formulada acerca de la ley que debe determinar la consumación del delito perpetrado en territorio extranjero. El hecho debe tener tal carácter conforme a las dos leyes, la del país en que se cometió y la mexicana, de acuerdo con la fracción III del artículo 4º. En consecuencia, debe reunir los elementos de los dos tipos delictuosos para que pueda considerarse consumado a efecto de aplicarle extraterritorialmente nuestra ley. Ello no significa que esos dos tipos deban ser necesariamente iguales, esto es, que se confundan en uno solo, por contener los mismos elementos. Pueden ser diferentes. Pero si el hecho reúne todos los de ambos tipos, a la vez —como en el concurso formal en que un mismo acto viola varias disposiciones penales (artículo 19 del Código Penal)— entonces sí habrá quedado consumado conforme a ambas leyes, la nacional y la extranjera y podrá ser castigado por la de nuestro país.

Para concluir con el examen de la tercera hipótesis del artículo 2º, que nos ha ocupado, debemos hacer notar que se refiere no solamente

a delitos cometidos en el extranjero cuando producen efectos en territorio mexicano, sino también cuando se pretende que los produzcan. En este último caso, como se trata de un delito que ya quedó consumado y lo que se frustra es sólo su agotamiento, al no producirse los efectos extra-típicos que se quería producir, la tentativa existe sólo respecto de estos últimos, no del primero. Fernando Castellanos distingue entre tentativa inacabada o delito intentado, por una parte y tentativa acabada o delito frustrado, por otra. La primera se da cuando "se ejecutan los actos encaminados a la producción del resultado, pero se omite alguno de ellos y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución". En tanto que la segunda se presenta "cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad".¹⁹ Como ejemplo de esta última forma de tentativa señala el caso en que alguien administra veneno en cantidad suficiente para causar la muerte de una persona, pero ésta no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, como sería la oportuna intervención de un médico.

Esta segunda forma de la tentativa, o sea la que llama Castellanos tentativa acabada, es la que se da en el caso último previsto por el artículo 2º del Código Penal, ya que se trata de un delito consumado en el extranjero, esto es, realizado totalmente en cuanto a los elementos que lo constituyen. La conducta típica se realizó íntegramente, pero los efectos excedentes a ella, no necesarios para la consumación del delito sino sólo para su agotamiento que se intentaba producir en territorio mexicano, no se realizaron por causas ajenas a la voluntad del activo, a pesar de haber consumado éste el hecho delictuoso en su integridad.

Finalmente, el examen de los tres casos de aplicación extraterritorial de nuestra ley, señalados por el artículo 4º del Código Penal y que éste determina por la nacionalidad mexicana de alguno de los sujetos del delito o de ambos, pueden fundarse de acuerdo con los siguientes principios. Si el sujeto activo es mexicano, rige el principio de la personalidad de la ley, que lo hace quedar sujeto a la de su país, esto es, a la de México, por la vinculación que tiene con el Estado a que pertenece. Sobre este punto ha resuelto nuestra Suprema Corte de Justicia:

Delitos cometidos en el extranjero por mexicanos. El juez federal tiene la jurisdicción de su competencia y no obstante ser el principio de territorialidad el que rige fundamentalmente la aplicación espacial de la ley penal, de acuerdo con el artículo 4º del Código Penal Federal, este precepto, en su primera hipótesis —delito cometido por mexicano en territorio extranjero— admite el principio o estatuto personal, sea por respeto, según la opinión de algunos pe-

¹⁹ *Op. cit.*, cap. XXVIII, núm. 7, p. 291.

nalistas, al vínculo de fidelidad que debe unir al súbdito con su Estado, sea porque no es posible concebir que un Estado se transforme en seguro refugio para sus nacionales, autores de crímenes fuera de su frontera, o sea porque esta regla de persecución es la justa contrapartida de la no extradición de nacionales, práctica indudable de la mayor parte de los países.²⁰

Sin duda, los penalistas a que alude esta ejecutoria son Francisco González de la Vega y Fernando Castellanos Tena, que sustentan las mismas ideas en que aquélla se funda.

Cuando el sujeto pasivo del delito cometido en el extranjero es quien tiene nacionalidad mexicana rige el principio real o de defensa, ya que lo que en tal caso se busca es la protección penal, por el Estado mexicano, de los bienes, patrimoniales o de otra clase, pertenecientes a sus nacionales. Finalmente, si son de nacionalidad mexicana ambos sujetos, el activo y el pasivo —caso de delito cometido por mexicano contra mexicano— se aplican a la vez los dos principios, el personal y el real, persiguiéndose con ello las finalidades correspondientes a ambos.

Pero esta aplicación de los referidos principios, que determina la vigencia extraterritorial de nuestra ley penal, en los casos señalados por el citado artículo 4º, y pensamos que también en la última hipótesis, antes estudiada, del artículo 2º, queda sujeta al cumplimiento de los tres requisitos que aquel precepto señala en su parte última. El primero es “que el acusado se encuentre en la República”. Ello resulta evidente, desde que el activo necesita estar en poder de las autoridades mexicanas para poder ser consignado y en su caso juzgado. Es por esta razón que el Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo 468: “Iniciado el procedimiento judicial, no podrá suspenderse sino en los casos siguientes: I. Cuando el responsable se hubiere sustraído a la acción de la justicia. . .” El delincuente podrá encontrarse en la República ya sea por haber sido extraditado o bien porque penetre a ella por otra causa, pero lo primero difícilmente será posible si es nacional del mismo Estado en que consumó el delito. El segundo requisito es que “el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró”. Aquí se aplica el principio *non bis in idem* cuya procedencia en materia internacional no siempre ha sido admitida. Nuestra ley no quiere que se castigue a quien ya fue castigado en otro país por el mismo hecho delictuoso. Ni siquiera admite que se le juzgue de nuevo, pues la sentencia penal extranjera, cuando ella es definitiva o sea que no admite recurso alguno en su contra conforme a las leyes del país en que se dictó, tiene en el nuestro autoridad de cosa juzgada. Por últi-

²⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. IV, 2ª parte, amparo directo 4789/57, Carlos Ramírez Gutiérrez, p. 56.

mo, el tercer requisito es "que la infracción de que se le acusa tenga carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República".

Este último es, sin duda, el que presenta para nosotros mayor interés. Tiene como característica común con el anterior, la consistente en que se da con ambos cierta vigencia a la ley extranjera dentro del territorio de nuestro país. En efecto, el segundo requisito obliga a la autoridad penal mexicana a hacer una constatación de la realidad y definitividad de la sentencia extranjera, de acuerdo con las leyes del país en que fue dictada. En cuanto al tercer requisito, pone a nuestras autoridades penales en la necesidad de examinar la ley del Estado en que se perpetró el hecho inculpinable conforme a nuestras leyes, para saber si también tiene allá ese carácter. Hay pues en ambos casos un reconocimiento de validez de la ley extranjera, haciéndola producir efectos en territorio mexicano, toda vez que esa ley condiciona la aplicabilidad de la nuestra al caso de que se trate. El Juez penal mexicano tiene que tomar en cuenta la ley del otro país, para aplicar la propia. Se da aquí el fenómeno contrario a la extraterritorialidad. Conforme a este último, la ley penal mexicana puede alcanzar hechos cometidos en el extranjero. En cambio, en el supuesto que examinamos, la ley penal extranjera posibilita o imposibilita la punición en territorio mexicano, de los referidos hechos. El fenómeno debería llamarse, por equivalencia, intraterritorialidad, ya que consiste en la penetración que en cierto modo realiza el derecho extranjero, al ámbito de vigencia espacial de nuestras leyes.

La opinión sustentada por Eugenio Cuello Calón se aproxima bastante a la que acabamos de expresar, según puede observarse en los siguientes párrafos:

Las leyes penales extranjeras no son aplicables en territorio nacional, pues su eficacia en el mismo constituiría un atentado a la soberanía del Estado territorial. Pero esta norma, en todas partes admitida, no es obstáculo para que en ciertas circunstancias, en atención a consideraciones de justicia y de solidaridad internacional, las legislaciones nacionales reconozcan la legislación extranjera y la tengan en cuenta. Así disponen algunas leyes que ciertos hechos cometidos en el extranjero por nacionales o extranjeros podrán ser perseguidos y penados en territorio nacional cuando la ley del país en que delinquieron los considere delictivos, pero en caso contrario aun cuando la ley nacional los reputa punibles no serán perseguidos. Aquí no se reconoce eficacia alguna a la ley extranjera, pero se toma en consideración su existencia. Este principio sufre limitaciones respecto de determinados delitos de suma gravedad atentatorios a elevados intereses del Estado.

Por igual razón de respeto al principio de soberanía del Estado nacional no se reconoce efecto ejecutivo a las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros, sin embargo, en unos países con carácter obligatorio y en los más con carácter potestativo, cada día con más amplitud, se les va otorgando para ciertos efectos el valor de cosa juzgada. Semejante reconocimiento se halla en

armonía con el sentido de ayuda mutua y de colaboración internacional en la lucha contra la delincuencia. Tal reconocimiento tiene lugar, en obsequio del principio *non bis in idem*, para los delitos cometidos por nacionales o extranjeros en el extranjero que son perseguibles y punibles conforme a la legislación nacional cuando los culpables se hallen en el territorio de la nación. En el caso de haber sido penados en el extranjero se tendrá en cuenta si la pena impuesta fue ya cumplida, parcialmente ejecutada, o si los presuntos culpables fueron absueltos; si la pena impuesta fue ya ejecutada o si el presunto culpable fue absuelto no serán objeto de nueva persecución en el país donde se hallen, y si cumplieron parcialmente su condena se rebajará proporcionalmente la pena que le correspondería.²¹

Del tercer requisito que ahora tratamos, consistente en que la infracción debe tener carácter delictivo tanto en el país en que se ejecutó como en la República Mexicana, para que pueda ser castigada conforme a las leyes de ésta, nos hemos ocupado ya antes al expresar que dicha infracción debe coincidir con los tipos delictuosos de ambos países. Es decir, que aun cuando no sean necesariamente iguales en sus elementos ambos tipos, la infracción debe contener los de uno y los de otro. Pero lo más importante de esta tercera exigencia o requisito de la ley mexicana no es la doble tipicidad del acto, esto es, su adecuación a los dos tipos delictuosos, sino su doble antijuridicidad o sea la valoración que del mismo acto se haga en ambos órdenes jurídicos, el nacional y el extranjero, estimándolo opuesto a la vez a cada uno de ellos, para que pueda ser castigado en México. En efecto, no basta la tipicidad para que el acto tenga ese carácter doblemente delictuoso que nuestro derecho exige como condición de punibilidad. El acto puede no ser antijurídico aun siendo típico, si para el mismo existe alguna causa de justificación. Y esto nos pone ante el delicado problema de determinar hasta qué punto pueden ser extraterritoriales las causas de justificación ya que ellas son las que determinan o delimitan el campo de la antijuridicidad y, por lo mismo, en el presente caso, el de la delictuosidad del acto.

Es bien sabido que las causas de justificación son, en principio, objetivas, es decir, referibles al acto en sí mismo y no al sujeto, como ocurre con otras eximentes de responsabilidad penal que determinan la imputabilidad de este último o su excusa por razones muy personales, que las hacen eminentemente subjetivas. En consecuencia, si las causas de justificación son referibles al hecho, deben ser establecidas por la misma ley que lo hace inculminable y no por otra. Solamente la ley que tipifica penalmente a un hecho, y no otra, puede quitarle carácter delictuoso, señalando los casos en que deja de tenerlo.²² También hemos

²¹ *Derecho penal*, México, Editora Nacional, 9ª ed., 1970, cap. xiv, núm. iv, p. 208.

²² Este principio, sin embargo, no debe entenderse con carácter absoluto. Vale para determinar lo que ante un orden jurídico extranjero significa cierto acto; es decir, para

visto antes que en opinión de Planiol las leyes penales deben considerarse en principio de carácter territorial. Pero como entre las causas de justificación existe la de obrar en cumplimiento de un deber legal, que estudiamos en el capítulo sexto, surge la necesidad de saber si no hay deberes de carácter personal, esto es, pertenecientes al fuero de la persona como tal y que, por lo mismo, deben seguir a ella en donde quiera que se encuentre. El respeto a la persona humana en las relaciones que tiene para con su Estado, como nacional de éste, crea un serio problema para el derecho internacional, pues es evidente que no pueden cesar todos los deberes que una persona tiene contraídos en un Estado por el solo hecho de que abandone el territorio de éste.

Al reconocimiento de la personalidad de algunos deberes, que les diera validez y los hiciera oponibles en todas partes, conduce la opinión que Pasquale Fiore expresa en el siguiente párrafo:

La violación de nuestras leyes por un nacional que las infrinja en país extranjero, no puede dar a nuestros tribunales una jurisdicción especial para juzgar al culpable, sino en el caso de que el nacional hubiera infringido en el extranjero una de las leyes especiales que obligan en todas partes al ciudadano, y para las cuales existe una sanción penal contra el autor de la violación. Este es un carácter que a nuestro modo de ver no es común a todas las leyes penales, sino solamente a algunas, es decir, a aquellas en que se dictan sanciones penales para hacer respetar ciertas leyes civiles. Ahora bien; las leyes civiles que tienen el carácter de personales, obligan en todas partes a los nacionales. Por esto, si dichas leyes se han infringido en el extranjero, podrá hacerse aplicación de nuestras leyes penales en nuestro país a uno de nuestros súbditos que fuese autor de esa violación. Tales son, por ejemplo, las leyes protectoras de los derechos de los miembros de la familia, cuya violación es causa de varios delitos, que pueden comprenderse bajo el título de delitos contra los derechos de familia.²³

Nuestra ley penal, siguiendo este criterio, se muestra respetuosa de las causas de justificación extranjeras, ya que para poder castigar un delito cometido en otro país, exige que tenga allí tal carácter, lo que no ocurriría si hubiese a su respecto alguna causa justificante reconocida por el derecho de ese país. Pero si la ley extranjera no exige, por reciprocidad, lo mismo para castigar un delito cometido en territorio mexicano, no respetaría nuestras causas de justificación. No debe olvidarse que el se-

saber si tiene o no carácter delictuoso conforme a las leyes de otro país. Este es el problema que aquí nos ocupa y al que nos referimos. No podría, en cambio, aplicarse a otras situaciones como, por ejemplo, si se pidiera extradición por un hecho que apareciendo justificado por alguna causa de validez universal, conforme a los principios éticos de nuestra civilización (legítima defensa, estado de necesidad, etcétera) fuese no obstante anti-jurídico de acuerdo con las leyes del país reclamante por no reconocer ellas esa causa de justificación. Sería indebido en tales casos negar validez a ésta, a pretexto de su territorialidad.

²³ *Op. cit.*, cap. II, núm. LXXIX, p. 60.

creto profesional presenta a este respecto un doble carácter. Por una parte es causa de justificación su cumplimiento como deber, para no cometer el delito de desobediencia al mandato de la autoridad que obliga a declarar al profesionista. Pero por otra parte, la revelación del secreto, como hecho típico penal, puede quedar justificada y no ser delictuosa en virtud del cumplimiento de un deber legal, como sería el acatamiento de ese mandato de autoridad. La solución de esta antinomia depende de la prevalencia que se dé en cada país a uno de estos deberes con respecto al otro, cuando ellos entran en conflicto. Pero si esa prevalencia difiere de un país a otro, el secreto profesional se encuentra en peligro, pues su revelación puede quedar justificada en un Estado, cuando ella es delictuosa en otro. La revelación, antijurídica en el país de origen del secreto, podría ser lícita y hasta obligatoria en otro país en que el profesionista se encontrara. Y la guarda del secreto, lejos de ser en este último país el cumplimiento de un deber, que justificara la negativa del profesionista a declarar ante autoridad, resultaría un hecho delictuoso.

En el estado actual de nuestras leyes no puede resolverse este problema dando un alcance extraterritorial a las causas de justificación. Solamente tienen un valor de "*lege ferenda*" las consideraciones que antes hemos hecho, siendo de desearse que los Estados uniformen sus legislaciones penales en cuanto al tratamiento que deben dar al secreto profesional o que lo definan mediante acuerdos internacionales, en el sentido de respetar cada país, dentro de su territorio, el secreto conocido fuera del mismo, conforme a las leyes del país en que se conoció.

V. La última cuestión a tratar acerca de los problemas originados por el secreto en el derecho internacional, la concretamos antes en la tercera pregunta, acerca de cuál debe ser la ley aplicable para determinar la responsabilidad civil del profesionista revelador y para fijar el monto de la indemnización que deba pagar por los daños y perjuicios causados.

Esta cuestión se encuentra íntimamente vinculada a la anterior, desde que en nuestro derecho la reparación del daño causado por hecho delictuoso, forma parte de la sanción pecuniaria, siendo imponible y exigible, junto con la multa, por la misma autoridad penal (artículo 29). Pero pueden contemplarse algunos casos en que no existe esa vinculación y en los que, por consiguiente, la obligación de reparar quede reducida a los estrictos términos de una obligación civil, destinada a regirse por el derecho privado.

El primero de esos casos, previsto en el mismo artículo 29 del Código Penal, es aquel en que la obligación de reparar el daño recae sobre terceros, diversos del autor del delito, no responsables penalmente por éste. Además, dentro del aspecto internacional del problema, que estudiamos

en este capítulo, debemos recordar que no en todos los países existe el mismo sistema, seguido por el nuestro, de acumular la reparación del daño a la sanción pecuniaria. Algunas legislaciones dan competencia concurrente a la autoridad civil y a la penal, quedando capacitado para elegir el que ha sufrido el daño, ante cuál autoridad debe exigir su reparación. Finalmente, podemos suponer el caso de revelaciones de secretos cometidas en el extranjero, que, por no tener carácter delictuoso en el país en que se perpetraron, de acuerdo con lo que antes expusimos, no puedan castigarse por la autoridad mexicana, no obstante producir sus efectos lesivos en México. En tales supuestos es evidente que la no punición del hecho, como penalmente delictuoso, de ningún modo significa negar su autijuridicidad para efectos civiles, conforme al derecho mexicano, de acuerdo con el cual podrá ser considerado una fuente de responsabilidad civil.

Tenemos, pues, dos vertientes distintas en las que se divide este último tema que tratamos. La primera está formada por la responsabilidad civil que proviene de hechos penalmente inculminables, delictuosos, que en nuestro derecho obliga a la reparación del daño y tiene el carácter de sanción pública, exigible, en beneficio de la víctima, por el mismo órgano encargado de ejercitar la acción penal. La segunda, en cambio, está formada por la responsabilidad civil causada por hechos que no son delictuosos o, por lo menos, que no producen responsabilidad penal en el obligado, como ocurre con el que responde por hechos de terceros.

La primera de esas dos vertientes de la responsabilidad civil creemos que se rige en todo caso por los mismos principios que antes expusimos para la responsabilidad penal. En otros términos, las autoridades mexicanas son competentes para determinar esa responsabilidad civil, de acuerdo con nuestras leyes, por hechos cometidos en el extranjero, en tanto que sean competentes para castigar éstos y siempre que lo sean. Formando parte de la sanción pecuniaria la reparación del daño, juntamente con la multa, vienen a ser inseparables ambas de acuerdo con el artículo 29 del Código Penal, que previene:

La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, pero cuando la misma reparación deba exigirse a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales.

Cuando el condenado no pudiere pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, o solamente pudiere pagar parte de ella, el juez fijará en sustitución de ella, los días de prisión que correspondan, según las condiciones económicas del reo, no excediendo de cuatro meses.

Por su parte el artículo 34 del mismo ordenamiento establece:

La reparación del daño proveniente de delito se exigirá de oficio por el Ministerio Público, en los casos en que proceda.

Esta imposibilidad de separar la reparación del daño causado por hechos delictuosos, de la sanción pecuniaria que les corresponde de acuerdo con la ley, ha sido reconocida por nuestra Suprema Corte de Justicia en diversas ejecutorias en que sostiene la tesis siguiente:

Si conforme a la ley local respectiva, la reparación del daño que debe ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, el tribunal de segunda instancia está obligado a resolver en la apelación interpuesta por el acusado, contra la sentencia de primera instancia, si aquél debe ser absuelto o condenado, por lo que hace a la reparación del daño, y no aplazar la resolución de esa acción y dejar a salvo los derechos del ofendido para que los ejercite en la vía y forma que corresponda.²⁴

En consecuencia, de acuerdo con esta interpretación judicial, no queda la autoridad penal en libertad de condenar o no a la reparación del daño cuando éste se ha causado por un delito, sino que debe hacerlo como parte de la sanción que ha de imponer en tales casos. Pero por efecto de los mismos principios en que se funda este deber de la autoridad, no puede ella imponer la reparación cuando el daño no es efecto de hecho delictuoso alguno. También esta consecuencia ha sido sostenida por el mismo Alto Tribunal, expresando en otra ejecutoria:

La tesis de esta Suprema Corte, que ha invocado el demandante, dice que no es necesario que exista una condenación de orden criminal, para que se pueda condenar el pago de la responsabilidad civil. . . Aun cuando la responsabilidad civil es independiente de la penal, ya que puede existir sin la concurrencia de esta última, como acontece en el caso de existir algunas de las excluyentes señaladas en la ley. . . sin embargo, dicha responsabilidad exige como antecedente necesario, la existencia de un hecho calificado por la ley como delito, de manera que si en el proceso se declara que no hay delito que perseguir, no pudiendo haber efecto sin causa, habrá que establecer que no existe la responsabilidad civil consiguiente. . . En las condiciones que se han anotado, es indiscutible que es improcedente la acción ejercitada, por concepto de responsabilidad civil proveniente de delito. . .²⁵

La forma de reparación del daño, preferible a todas, es la restitución o sea la devolución de la misma cosa sustraída con el delito. Esto es lo que algunos civilistas llaman reparación en naturaleza y que nuestro Código Civil señala en su artículo 2011 al mencionar "la restitución de

²⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, t. LIII, 2ª parte, 5ª Época, amparo directo 7093/36, Macario Castillo, p. 2168.

²⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXIV, 3ª parte, 5ª Época, amparo directo 4223/42. "sucesión de Abundio Vargas Martínez", p. 3796.

cosa ajena o pago de cosa debida" (fracción III). La indemnización de resarcimiento para la víctima sólo es admisible como una reparación sucedánea, cuando la primera es imposible, ya sea por no haber sustracción sino daño o perjuicio, ya por haber desaparecido la cosa sustraída, por haberse vuelto irreivindicable, etcétera.

Cuello Calón dice a este respecto:

La restitución consiste en la devolución al perjudicado, por el delincuente o el civilmente responsable, de la misma cosa de que fue privado por el delito. Ha de ser de la misma cosa, pues la entrega de otra equivalente o de su valor no es restitución sino reparación del daño causado, a menos que se trate de numérico u otras cosas fungibles que fueren de la misma calidad.

Por su naturaleza sólo será posible en ciertos delitos, en particular en los delitos contra la propiedad, robo, hurto, usurpación, estafa, apropiación indebida, etcétera. La restitución debe hacerse siempre y no puede ser sustituida por la indemnización del perjuicio sufrido.

Como la cosa, por mal trato o por uso, puede haber sufrido daños o defectos que disminuyan su valor, en este caso el responsable civilmente está obligado —a más de restituirla— a abonar los deterioros o menoscabos que la cosa hubiere sufrido con arreglo a la estimación del Tribunal.

Y más adelante añade este mismo autor:

En ciertos casos la restitución no es posible, y aun cuando lo sea, no siempre deja las cosas en el estado en que se encontraban, entonces la única manera de restablecer el equilibrio patrimonial perturbado por el delito es la reparación del daño causado.²⁶

Podemos sostener, por tanto, que en los casos de resarcimiento, existe para la autoridad, conjuntamente con la obligación de imponer la reparación del daño, la de fijar el monto de lo que debe pagarse a la víctima como indemnización. Y esto ocurre en los siguientes supuestos: a) cuando no es posible restituir la cosa obtenida con el delito y hay que pagar el precio de ella (artículo 30, fracción I, del Código Penal); b) cuando dicha cosa es restituida después de haber sufrido menoscabo, esto es, merma en su valor, en cuyo caso el resarcimiento debido a la víctima se limita a ese menoscabo, sin extenderse a todo el precio de la cosa, ya que ésta queda restituida y c) cuando no hay cosa a restituir por no haber sustracción sino daño (destrucción de bienes del pasivo sin apoderamiento de ellos por el activo o por un tercero) o perjuicio (privación de una ganancia lícita).²⁷

²⁶ *Op. cit.*, cap. XLVIII, núm. II, pp. 664 y 665.

²⁷ Artículo 30, fracción II del Código Penal.

Es en estos tres supuestos que se acaba de indicar cuando procede la estimación judicial para fijar el monto de la indemnización, siguiendo los principios establecidos por el artículo 31 del Código Penal, que dice textualmente:

La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla.

Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos por imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación.

Este precepto atiende a un doble criterio, objetivo y subjetivo a la vez. Por una parte al valor del daño en sí (determinado mediante pruebas, especialmente periciales); por otra, a la capacidad económica del obligado a repararlo. Se busca con este sistema de estimación, conciliar dos fines que pueden ser incompatibles entre sí, dando a la víctima tanto como perdió y a la vez exigiendo al obligado tanto como esté a su alcance pagar. Difícil combinación de equidad y justicia, que sólo mediante el principio cristiano de caridad, llevado a la aplicación del derecho, podrá satisfactoriamente lograrse.

Pero en el caso de restitución de la cosa sustraída —que es el preferente a todos como expresa Cuello Calón en el párrafo que acabamos de citar— ya no puede resultar aplicable este criterio de estimación, objetivo y subjetivo a la vez, porque allí sí habría notoria injusticia, enriquecimiento ilegítimo para el delincuente. Así lo ha entendido nuestra Suprema Corte de Justicia, que expresa con acierto en una ejecutoria:²⁸

Séptimo. En el último término se reclama la violación del artículo 31 del Código Penal, porque para obligar al quejoso a la restitución de lo obtenido con el delito debió atenderse a su capacidad económica, ya que el citado precepto no hace ningún distingo entre restitución e indemnización del daño. En el caso, la reparación del daño a que fue condenado el quejoso, sólo consiste en la devolución de la cantidad que sustrajo de los fondos públicos que tenía a su cuidado o sea la restitución de lo obtenido con el delito. La autoridad responsable al estudiar aquel concepto de violación, contenido en uno de los agravios en la apelación, estimó que no existía la infracción del artículo de referencia, porque la restitución se impone en todos los casos teniendo en cuenta exclusivamente lo dispuesto en la fracción I del artículo 30 del Código Penal, sin que sea aplicable el artículo 31, porque tal precepto sólo puede referirse a la indemnización del daño material o moral causado a la víctima o a su familia, en la que debe atenderse para decretarla, a la capacidad económica del

²⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLVIII, 2ª parte, 5ª Época, amparo directo 2168/35, Ortega Romero Joaquín, p. 2387. Igual tesis en t. LXI, 5ª Época, amparo directo 9169/38, Guillermo Gómez Arellano, p. 4163.

obligado a pagarla. El razonamiento es fundado, pues aunque a primera vista el artículo 31 parece contener una regla general aplicable a las dos modalidades de la reparación del daño, o sean la restitución y la indemnización, sin embargo, la misma naturaleza de las cosas indica que la restitución no puede ser afectada en su cuantía por la capacidad económica del obligado a pagarla, pues no se concibe sino íntegra, ya en especie o si esto no es posible, pagando el precio de la cosa, de donde resulta que aquella circunstancia no debe atenderse más que cuando se trata de fijar la indemnización y, por otra parte, no debe darse ocasión a que el delito pueda convertirse en una fuente de lucro para el autor.²⁹

Así pues, podemos concluir, que la reparación del daño causado por hecho delictuoso se halla íntimamente vinculada a la imposición de la pena que le corresponde y que, por lo tanto, la autoridad mexicana será competente para imponer esa reparación y fijar su cuantía por delitos cometidos en territorio extranjero, en los casos en que sea competente para castigarlos de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2º y 4º del Código Penal, que antes hemos examinado.

Hay que señalar, sin embargo, algunas excepciones a esta regla. Si el delito no puede ser castigado en México porque ya lo fue en el país en que se cometió (artículo 4º, fracción II) sin que en el mismo se hubiera resuelto sobre la reparación del daño, podrá exigirse esta última ante autoridad mexicana, en la vía civil. Y a la inversa, si ya se condenó en el extranjero a pagar esa reparación, sin castigar el delito, deberá imponerse pena por las autoridades mexicanas, cuando sean ellas competentes conforme a los preceptos antes indicados, pero sin condenar nuevamente a la reparación del daño. Esto último sólo procedería si la condena dictada en el extranjero hubiera sido notoriamente desproporcionada para la víctima o para el delincuente. Y tratándose de éste, podría dar lugar incluso a una acción restitutoria en su favor, a cargo de la víctima, si ya le hubiere hecho el pago de la reparación, indebido conforme a nuestras disposiciones legales que antes hemos comentado (artículo 31). Esto nos parece procedente, por el fundamento de orden público interno que tienen esas disposiciones, que en materia internacional constituye siempre un límite para la aplicación del derecho extranjero.³⁰

²⁹ Nuestra Suprema Corte de Justicia ha sostenido diferentes opiniones a este respecto. En otras ejecutorias estima que la disposición del artículo 31 que manda tomar en cuenta la capacidad económica del obligado a pagar la reparación, solamente es aplicable tratándose de daño moral, no de daño material.

³⁰ Esta última opinión nuestra se aproxima al sistema seguido por el derecho alemán en la materia de reparación del daño. Según Enneccerus "el artículo 12 de la ley de introducción presupone, siquiera tácitamente, que los nacionales sólo responden de los delitos cometidos en el extranjero a tenor del derecho extranjero, pero añade por vía de atenuación que, en contra de un alemán y en virtud de un acto semejante, no pueden deducirse pretensiones de alcance mayor que las que se constituirían conforme al derecho alemán". Y en una nota de pie de página señala este autor, como ejemplo, las limitaciones debidas

La segunda vertiente de la responsabilidad civil, a que antes nos hemos referido, está constituida por los casos en que el daño es causado por hechos ilícitos no delictuosos o sea por hechos que las leyes no han tipificado, a pesar de su ilicitud, para señalarles una pena como consecuencia jurídica. Tal es el supuesto que contempla el artículo 1910 del Código Civil, que dice a la letra:

"El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres causa daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

La común distinción entre ilicitud civil e ilicitud penal, como dos maneras diferentes de oponerse al derecho, no parece exacta. Sebastián Soler, partidario de una concepción unitaria de la ilicitud, combate aquella opinión expresando:

Todas las figuras delictivas suponen que su realización es delictiva no ya cuando es típica, sino cuando es ilícita, y ese carácter de ilicitud no se lo imprime a la acción la ley penal, sino el derecho total y unitariamente entendido. No hay una antijuridicidad penal específica, autónoma o distinta, como no hay una antijuridicidad civil, administrativa, etcétera. Antijurídico es el acto que contradice al derecho todo, pues lo contrario llevaría a la atomización del derecho y eventualmente a la contradicción interna.³¹

Por su parte, nuestra Suprema Corte de Justicia ha sostenido esta tesis en una ejecutoria que citan Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas en su *Código Penal anotado* (página 118) al comentar el artículo 29, la cual dice como sigue:

Aunque normalmente se habla de ilícito civil e ilícito penal, lo cierto es que la antijuridicidad de un hecho se precisa cuando a través de un juicio de apreciación objetiva se concluye teniéndolo como contrario a las normas o lesivo a los bienes tutelados por el derecho; de aquí que se afirme que el campo de la antijuridicidad es sólo uno y que es impropio hablar de ilicitud civil e ilicitud penal, ya que un acto traerá consecuencias de uno u otro orden según la consecuencia que la ley asocia al mandato de obrar o abstenerse.³²

Al estudiar la ilicitud en materia administrativa, Miguel Montoro Puerto se inclina a esta misma concepción unitaria, sosteniendo:

a la prescripción (*Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones* 1, Barcelona Ed. Bosch, 1944, cap. VIII, p. 470). En contra de este sistema Niboyet expresa: "Véase también el artículo 12 de la ley de introducción al Código civil alemán, que no permite reclamar en Alemania daños y perjuicios superiores a los concedidos por la ley alemana. El legislador alemán parece haber confundido aquí el orden público y las leyes de policía." (*Principios de derecho internacional privado*, trad. de Andrés Rodríguez Ramón, adicionado con legislación española, México, Editora Nacional, 1969, núm. 266.)

³¹ *Op. cit.*, t. 1, cap. 28, núm. 1, p. 363.

³² Primera sala 469/59 — 1ª

Las instituciones jurídicas citadas y con ellas la ilicitud, han de ser aceptadas como conceptos únicos, si bien la utilización en las diversas ramas jurídicas, y en muchas ocasiones sólo en las diversas disciplinas jurídicas, obliga a destacar aspectos peculiares que podrán valorar o individualizar la institución, pero nunca transformarla en otra distinta. Así, con frecuencia, hablaremos del ilícito civil, del penal o del administrativo, pero nunca querremos con ello afirmar que se trata de tres ilícitos distintos. Será posible considerar de distinta manera la consecuencia, por ejemplo, de la ilicitud civil, obligación de indemnizar; la penal con su secuela de la pena; la administrativa atrayendo una sanción de esta índole, sin perjuicio de responsabilidades de otro tipo, cual es la civil, que puede a la par producirse en el orden penal y en el orden administrativo simultáneamente con respecto a la consecuencia específica, sin que ello suponga, sin embargo, una alteración de la esencia misma de este concepto de ilícito.³³

Por nuestra parte, pensamos que la antijuridicidad, o sea la característica de una conducta opuesta al derecho, que aparece en la realización —humana, desde luego— de algo no querido por el orden jurídico, no es genéricamente sino una. Si esa conducta repugna al derecho, no sólo en cuanto éste es norma impositiva sino también valorativa, es porque va contra la justicia y el orden social, o sea contra todo o parte de los bienes que lo constituyen y que el mismo derecho protege. Pero según cual sea esa parte del orden social que resulte atacada por el comportamiento antijurídico y según cuales sean la naturaleza o el alcance del daño que se le cause, así será la consecuencia sancionatoria que el derecho le asocie. La pena es la sanción de máxima intensidad que el derecho impone y que emplea en los casos en que presentan mayor gravedad (por su peligrosidad, por la importancia de los bienes dañados, etcétera) los hechos que lo contradicen, tipificando éstos como delitos. Es una sanción predominantemente aflictiva. Las sanciones que no tienen este carácter, sino que persiguen una finalidad restitutoria o reparativa del daño, restableciendo la situación anterior a éste, son las que utiliza principalmente el derecho civil, pero pueden coexistir con las primeras, como antes hemos visto, al asociarse la pena y la reparación daño, sin perjuicio de que también puedan darse por separado, pues ni se excluyen necesariamente ni tampoco se requieren unas a otras de modo forzoso.

Esta diversidad de naturaleza en las sanciones, por razón de los fines que persiguen, es la que ha hecho pensar indebidamente en una diversidad de naturaleza en la antijuridicidad de los hechos sancionados. Pero por lo dicho puede ya verse que esta última no existe y que lo único que se da en tales hechos son características diferenciales que si bien explican la diversidad de sanciones para ellos, de ninguna manera implican una diferencia esencial en la antijuridicidad de los mismos.

³³ *La infracción administrativa, características, manifestación y sanción*, Barcelona, Ed. Nauta, 1965, 2ª parte, cap. I, núm. 1, p. 77.

En primer lugar puede notarse que en el ilícito penalmente sancionado predomina el aspecto de violación al derecho objetivo, desobediencia o rebeldía contra la norma jurídica imperativa —no contra el tipo delictuoso, que, por el contrario, resulta cumplido y con el que no debe confundirse aquélla— en tanto que en el ilícito civilmente sancionado, con restitución o reparación, lo que predomina es el daño causado. Este último no es esencial al primero, tanto porque hay delitos sin daño, los llamados delitos de peligro (amenazas, disparo de arma de fuego, etcétera) opuestos a los delitos de daño o lesión, como porque en materia penal es punible la tentativa, que no llega a causar daño. Inversamente, la nota de desobediencia a la norma o rebeldía contra su mandato o prohibición no es esencial a los hechos que el derecho civil sanciona por el daño que causen, como lo prueba la llamada responsabilidad objetiva, en que se incurre sin infringir precepto legal alguno.

En segundo lugar, y como consecuencia del predominio que en los delitos tiene el aspecto de rebeldía o desobediencia a la ley, aparece la circunstancia de que en éstos hay una ilegalidad más estricta, más circunscrita y determinada por razón de las exigencias de un tipo legal que los describe y los precisa. Su oposición al derecho resulta más notoria. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. La ley estricta resulta un presupuesto de la rebeldía contra ella y, por consiguiente, también de la pena imponible a esa rebeldía. Así pues, la tipicidad exigida por el moderno derecho penal, que es una garantía del particular contra el Estado, tendiente a evitar un uso arbitrario del poder punitivo por parte de éste, viene a ser el antecedente de esa oposición o rebeldía al derecho, que predomina en el delito y que implica una vinculación negativa más estrecha al mismo.

El ilícito no delictivo, que interesa al derecho civil, presenta, en cambio, una ilegalidad menos determinada y exacta. Su oposición al derecho, aunque realmente existe, es más borrosa e imprecisa, susceptible de reconocerse interpretativamente aun por simple analogía o por mayoría de razón. Así resulta inevitablemente de la disposición —antes citada— del artículo 1910 del Código Civil, que se refiere de modo genérico al que obra “ilícitamente”, esto es, contra derecho legislado, desobediendo un mandato o prohibición del mismo, disposición que resulta todavía más indeterminada por cuanto que no reduce a este solo caso la ilicitud productora de responsabilidad civil, sino que la extiende también a la conducta que es contraria a las “buenas costumbres”; expresión ésta todavía menos precisa para el jurista, ya que alcanza supuestos de ilicitud moral sobre los que ni siquiera se ha legislado de manera expresa por el Estado. Aquí la interpretación es más ética y sociológica que jurídica. Falta la disposición de derecho escrito que determine cuáles son esas “buenas costumbres” y en qué casos se obra contra ellas.

Tal expresión sólo adquiere fuerza jurídica por la disposición del citado artículo 1910, y por otras similares, que la incorporan al derecho genéricamente, sin determinación de su contenido.

Pero si bien ese ilícito, que sólo produce consecuencias civiles y no penales, puede existir sin una ilegalidad precisa y exacta, no es menos cierto que no puede existir sin ser causa de un daño; daño que debe lesionar bienes protegidos por el derecho, esto es, que el derecho quiere conservar ilesos y que, cuando no se mantienen en ese estado, busca el mismo derecho restablecerlos en él mediante la figura jurídica de la responsabilidad civil, o sea de la obligación de reparar. La sola creación de un peligro —daño potencial sin daño actual— carece generalmente de relevancia para el derecho civil, a diferencia de lo que ocurre con el penal, y sólo excepcionalmente la toma en cuenta, como ocurre en el caso de la construcción u obra peligrosa que da una acción de interdicto al amenazado y crea una obligación de destruir la obra, a cargo del autor de ella (artículo 20 del Código de Procedimientos Civiles), pero sin obligarlo a reparar, ya que no ha causado daño alguno.

En una extraña ejecutoria —de la que a continuación transcribimos la parte que nos interesa— ha reconocido nuestra Suprema Corte de Justicia, aunque de modo un tanto confuso, las características diferenciales que acabamos de señalar a la ilicitud, cuando ella es delictiva y cuando no lo es. Dice así la tesis de la ejecutoria:

Reparación de daño. La realización de un daño considerado en la Ley Penal como delito, pueda dar origen a dos expectativas diferentes en relación con el pasivo de la conducta; una, la reparación del daño proveniente de la sentencia penal condenatoria en la que se decide sobre la culpabilidad del agente, previa la realización de la conducta típica; otra, la que está constituida por la obligación que tiene todo aquel que actúa ilícitamente, con independencia de la tipicidad o ausencia de la misma del hecho ilícito. La reparación del daño proveniente de una declaratoria de culpabilidad tiene como supuesto la ilicitud tipificada y culpable; su fuente hay que buscarla en la sentencia penal condenatoria; en cambio, la expectativa del pasivo de una conducta ilícita no declarada delito, radica en el daño objetivo; la ilicitud en el caso de reparación del daño proveniente de delito, debe de tener objetividad legislada que precisa en qué consiste la conducta de referencia; la ilicitud en el caso de la expectativa del pasivo de lo ilícito no tipificado puede no tener objetividad legislada, es decir, es bastante con que a través de una interpretación sistemática se concluya la no autorización del derecho en relación con la conducta realizada.³⁴

Ante todo nos parece inadmisibile la opinión sustentada en esta ejecutoria en el sentido de que, tratándose de delitos o sea “ilicitud tipificada

³⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, t. cxviii, 5ª Época, amparo directo 4420/51. “Sindicado de propietarios de autocamiones de la línea México, Atzacapotzalco, Tlalnepantla y Anexas y coops”, p. 1070.

y culpable" como los llama ella, la fuente de la obligación se encuentra en "la sentencia penal condenatoria" y no en el hecho ilícito que la motiva. Se confunde aquí el hecho causante del daño, que es el que origina la responsabilidad civil, con la resolución judicial que solamente la reconoce y cuantifica la indemnización correspondiente. Pero dejando a un lado esta crítica, puede notarse en la ejecutoria que comentamos, el acierto de haber distinguido, aunque sin la precisión que fuera de desearse, el significado que tienen, por una parte, para el hecho delictuoso, la ilicitud tipificada y, por otra parte, para el hecho ilícito no delictuoso que genera sólo responsabilidades civiles, la producción del daño como efecto necesario del mismo.

También en este sentido se encuentra orientada la posición doctrinaria de José Guarnieri, cuyas ideas no compartimos del todo, porque se muestra partidario de una radical diferencia entre ilícito civil e ilícito penal, que nosotros hemos desechado antes. He aquí algunos pasajes de este eminente autor, que expresan su pensamiento sobre el tema que nos ocupa:

El hecho es que todo ilícito (en particular lo ilícito penal) es en primera línea violación de las obligaciones sociales que incumben al particular, y no puede darse esta violación sin que en la base de ella no haya un acto consciente de rebelión contra el orden constituido. Sólo en segundo lugar tiene importancia la cuestión sobre la naturaleza del bien jurídico concretamente agredido, es decir, sólo después de que se compruebe la lesión de la obligación jurídica, en cuanto importa no tanto y siempre para la subsistencia de lo ilícito como, sobre todo, para la medida de la antijuridicidad y la punibilidad. . .

Además, no puede negarse una *diferentia specifica*, aunque se diga que mientras el Estado, aun habiendo puesto la norma de que las deudas deben pagarse, se desinteresa luego del hecho de las deudas mismas, mientras que no se desinteresa de la punición de los delitos. Esto se explica sin más que notar que todo el contenido de lo ilícito civil se concreta en la lesión del interés privado; y, en cambio, en el delito la antisocialidad es de inmediata consideración, absorbiendo todo el contenido de la ilicitud. Como se ve, la diferencia está en que la antisocialidad tiene un interés y un valor distinto para la dos especies de ilícito. . .

La antítesis entre derecho civil y el penal, en orden a este punto, no podría ser más marcada: el primero, decidido a perseguir lo ilícito productivo de daño en toda hipótesis; el segundo, en cambio, autolimitándose intencionalmente a la persecución de aquellas formas de ilícito que la ley prevé y castiga expresamente. . .

Ahora bien: nada pasa de todo esto en el derecho civil. La noción de lo ilícito puede extenderse sobre la base del hecho humano culpable productor de daño sin que deban deplorarse consecuencias inaceptables. Sentado el principio de que cualquier *damnum iniuria datum* obliga al resarcimiento, no hay

dificultad en determinar la injuria bajo cualquier forma de contradicción al derecho. . .³⁵

A través de la oscuridad de los anteriores párrafos, pueden apreciarse las ideas profundas, aunque no en todo caso exactas, que sustenta Guarnieri sobre la distinción entre ilicitud civil e ilicitud penal, distinción que para él es esencial. Por nuestra parte, siguiendo las opiniones de otros autores, que antes hemos expuesto, creemos que esa diferenciación no es esencial; que la ilicitud o antijuridicidad, como ya lo expresamos, no es más que una. La oposición al derecho en que ella consiste, puede producir consecuencias de diversa índole, penales o civiles, que el mismo derecho establece. Pero esa diversidad de consecuencias no se funda en una diferente naturaleza de la ilicitud, sino en su mayor o menor temibilidad por razón de los intereses que ataca, de la frecuencia con que se produce, de la eficacia de los medios empleados para atacar esos intereses, de la mayor facilidad de evasión a las sanciones impuestas, de las normas violadas, etcétera. En todo caso, ello no obsta para que entre la ilicitud penalmente sancionada y la que sólo produce consecuencias de carácter civil, se puedan observar algunas diferencias, que si bien no afectan a la esencia misma de la ilicitud, no por ello dejan de darle matices diferentes, de particular interés para el tema que estudiamos. Así, hemos dicho que el elemento daño es preponderante en los hechos ilícitos productores de consecuencias civiles, con respecto a la violación legal que ellos entrañan, a la inversa de lo que ocurre con los hechos ilícitos penalmente sancionados, cuya vinculación a la ley es mayor y en los que destaca de modo principal su oposición al derecho objetivo, su rebeldía a la norma, teniendo, en cambio, el daño que ellos producen, un lugar secundario con respecto al elemento anterior. Debe entenderse bien, sin embargo, que esa preponderancia del daño que se presenta en un caso y de la rebeldía al orden jurídico que destaca en el otro, no significan exclusividad, sino que solamente dan un carácter principal, pero no único. Los dos elementos pueden presentarse juntos, y de hecho se presentan en la mayoría de los casos, en las dos formas de ilicitud, sin que la intensidad mayor de alguno de ellos excluya necesariamente la presencia del otro. Pero esta diferenciación entre ambas formas de ilicitud, en que estamos insistiendo, caracterizada por el elemento que prepondera en ellas —daño o violación a la norma— tiene gran importancia, como veremos en seguida, para el problema internacional de la responsabilidad civil que aquí examinamos pues es precisamente en este

³⁵ *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1952, cap. iv, núm. 45, p. 177, núm. 46, p. 182 y núm. 48 pp. 186 y 190.

tema en el que se cuenta con menos elementos de derecho positivo que conduzcan a su solución, dado el silencio que sobre el mismo guardan nuestras leyes. Fuera del artículo 13 del Código Civil que dispone que "los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código", no hallamos disposición alguna que pudiera resultar aplicable a la responsabilidad civil proveniente de hechos ilícitos no delictuosos, cuando respecto a ella se presenta el conflicto de leyes.

Ciertamente este precepto, interpretado a la letra, se refiere tan sólo a contratos y demás actos jurídicos, es decir, a los actos lícitos cuya validez reconoce el derecho, asegurando para ellos la producción de sus efectos, que los autores de esos actos han querido alcanzar. Pero no se refiere a hechos jurídicos, esto es, a las conductas ilícitas cuyos efectos necesarios no son los queridos por sus autores, sino los impuestos por la ley como sanción. Sin embargo, lo importante de este artículo 13 es que consagra un principio general de territorialidad de la ley mexicana, muy en consonancia con los demás preceptos del Código Civil que se refieren al conflicto de leyes (artículos 12, 14 y 16), principio que, por su alcance tan extenso, ha hecho decir a Trinidad García: "Este Código, que en otras materias ha significado un adelanto sobre la anterior legislación, en Derecho Internacional Privado adopta un sistema que implica un retroceso:..."³⁶

Si el sistema de nuestro Código actual en materia de conflicto de leyes, cualquiera que sea la valoración que se haga del mismo, lleva a la adopción del principio de territorialidad, como regla general, debe concluirse que la ley mexicana rige, de acuerdo con sus propias disposiciones, todo lo que se encuentra y todo lo que acontece en territorio nacional. Así, los efectos dañosos producidos en este territorio por un hecho ilícito realizado en el extranjero, no estarán menos sujetos a nuestras leyes, en lo tocante a la responsabilidad civil y a la reparación del daño, que los efectos lícitos "de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el territorio de la República".

Y en apoyo de esta conclusión viene la consideración doctrinaria antes expuesta. Si lo primordial en el ilícito no delictuoso es la producción del daño, más que su oposición o rebeldía al derecho, inversamente a lo que ocurre en los delitos, deberá prevalecer la ley del país en donde el daño se produce, para regular las consecuencias civiles de ese daño, como son la restitución o en su caso la reparación del mismo. Así habrá de ocu-

³⁶ *Introducción al estudio del derecho*. México, Ed. Manuel de Jesús Nucamendi, 1935, cap. xi, núm. 117, p. 121.

rrir con los efectos dañosos que produzca en territorio mexicano una revelación de secreto profesional llevada a cabo en el extranjero y en tal caso será la ley mexicana la aplicable a esos efectos dañosos para determinar la responsabilidad civil del revelador y para cuantificar el monto de los daños y perjuicios por los que debe éste indemnizar de acuerdo con los artículos 1910 y 2590 del Código Civil. Verdad es que el primero de esos preceptos exige que la acción productora del daño sea ilícita o contraria a las buenas costumbres y bien podría ocurrir que ella no fuera ni lo uno ni lo otro en el país en que se realizó. Pero como esto último atañe al aspecto de menor relevancia en dicha acción para los efectos civiles de ella, según lo que antes hemos expuesto, deberá estarse a la calificación que la ley mexicana haga a ese respecto. Por otra parte, el daño sin justificación basta para determinar la ilicitud, ya que no podría considerarse lícita, conforme a las leyes de nuestro país ni de acuerdo a las buenas costumbres que en él existen, una conducta que dañase sin derecho, esto es, sin derecho reconocido por las propias leyes mexicanas, a bienes que se hallan jurídicamente tutelados por ellas.

La doctrina francesa, respetable por muchos conceptos, particularmente en esta materia del conflicto de leyes, no llega sin embargo a conclusiones del todo aplicables a nuestro derecho sobre el tema que nos ocupa. Savatier sostiene que: "Parece que se debe considerar como lugar de realización del delito, el del cumplimiento del hecho ilícito, más bien que el de la realización del perjuicio."³⁷ Pero en otra parte de la misma obra, al tratar de la competencia territorial, se guarda bien este autor de matizar su opinión, diciendo que "El hecho dañoso que determina la competencia no es la falta originaria del demandado, sino el acontecimiento inmediatamente perjudicial; dicho de otro modo el tribunal competente será el del lugar en que el daño se ha producido." Y como caso especial señala que "Para diversos oficiales ministeriales, las acciones de responsabilidad profesional son reservadas al tribunal de su residencia. Siendo así para los notarios" ya que "Estas competencias son de orden público".³⁸

Por su parte, Niboyet sostiene al tratar este tema:

El objeto de las leyes sobre responsabilidad civil no es otro que el de proteger a los particulares contra los actos que ocasionen un perjuicio. Estas leyes son generales necesariamente. En España, el artículo 1902 del Código Civil rige todo acto que se produzca en territorio español y que entre en sus condiciones de aplicación. Es una medida de policía en el sentido indicado en el artículo 8º del mismo Código. Supongamos un accidente causado por un automóvil

³⁷ *Traité de la responsabilité civile en droit française*, Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1951, t. II, cap. I, sec. II, núm. 625 bis, 203.

³⁸ *Ibid.*, pp. 251-252.

en España; no es posible que la responsabilidad varíe con la víctima o el autor del accidente. Todos los hechos se deben considerar de una manera objetiva. Inversamente, los hechos que tienen lugar fuera de España, quedan sometidos a la *lex loci delicti* extranjera, y no a la ley española. A veces, se ha procedido equivocadamente, decidiendo lo contrario en este último caso.³⁹

Debemos ante todo expresar que no estamos conformes con la calificación que se hace de las leyes sobre responsabilidad civil, estimándolas como leyes de policía, pues no es verdad que tengan por objeto "proteger a los particulares contra los actos que ocasionen un perjuicio" como dice Niboyet, sino precisamente a la inversa. Su finalidad no es proteger sino reparar a los derechos cuando han sido dañados. Técnicamente la reparación civil del daño no desempeña una función de policía en el sentido que dimos a ésta al examinarla en el capítulo cuarto, de acuerdo con los principios del derecho administrativo, a que corresponde esa función. La responsabilidad civil no tiene un fin preventivo sino reparativo, que busca reintegrar los bienes, en la medida en que ello sea posible, al estado en que se encontraban antes de ser dañados. Por este motivo es inadmisibles la conclusión de franca territorialidad a que llega Niboyet, sosteniendo que para dicha responsabilidad civil es aplicable la *lex loci delicti* en vez de la ley del lugar del daño. Y es bastante significativo que este mismo autor ponga un límite a tal conclusión al expresar en seguida del párrafo que acabamos de transcribir:

La *lex fori* no puede aplicarse más que cuando la ley extranjera, por su insuficiencia, es inconciliable con el sentimiento de justicia y, por lo tanto, con el orden público. En este caso la *lex fori* ya no será una ley de competencia normal, sino un remedio excepcional y exorbitante.⁴⁰

Por último, nos parece interesante referirnos a las ideas expuestas por el eminente Jules Valéry sobre el tema que nos ocupa. Lo ha hecho este autor en los siguientes términos:

II. 67. Delito o cuasi-delito sobrevenido en un país extranjero. La cuestión principal a resolver recaerá sobre el punto de saber si el hecho alegado, que sirve de base a la acción de indemnización, es de naturaleza que justifique la demanda. Siendo así, ¿cuál es la ley que conviene consultar para decidir del carácter lícito o ilícito de este hecho? ¿Será la ley personal del actor o del demandado, la ley del país sobre el territorio del cual se ha producido el hecho, o todavía la *lex fori*, es decir, en la hipótesis que contemplamos, la ley francesa? En mi opinión se necesita desechar la aplicación de la ley personal de los interesados y sostener en principio que un hecho no puede servir de base

³⁹ *Principios de derecho internacional privado*, trad. de Andrés Rodríguez Ramón, adicionada con legislación española, México, Editora Nacional, 1969, t. 1, cap. 1, sec. 1, núm. 266, p. 437.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 474.

a una acción de daños y perjuicios llevada ante nuestros tribunales, en tanto que no le sea reconocido un carácter ilícito a la vez por la ley del país en que se realizó y por la ley francesa. Las razones que me llevan a exigir la reunión de estas dos condiciones son las siguientes:

675. Primera condición: la ley del país en que el acto se ha realizado debe atribuirle un carácter ilícito. En efecto, si fuese de otro modo, el autor del acto no habría hecho al realizarlo, sino usar de un derecho que le estaba reconocido por la ley a cuya autoridad estaba sometido al momento en que actuaba. . .

676. Segunda condición: El acto dañoso no debe estar permitido por la ley francesa. En efecto, una condenación al pago de una indemnización no puede ser pronunciada por nuestros tribunales en virtud del artículo 1382 sino a condición de haber revelado una falta a cargo del demandado. Ahora bien, éste no se ha hecho culpable de ninguna falta si su acto es lícito desde el punto de vista francés. Puede ocurrir una de dos cosas, en efecto: o bien la ley extranjera tiene a este acto por ilícito porque lo considera como contrario a la moral y los tribunales franceses no pueden sancionar otros principios de moral que aquellos que están admitidos en Francia; o bien ella le da este carácter únicamente porque ha contravenido alguna ley local con carácter de orden público, y es sabido que nuestros tribunales no tienen que hacer respetar las leyes extranjeras de esta naturaleza. . .⁴¹

Esta exigencia de Valery para que proceda la reparación, en el sentido de que el acto dañoso deba ser doblemente ilícito, esto es, en el país en que se cometió y a la vez en Francia, coincide con la exigencia que para la punición de los hechos delictuosos contiene nuestro Código Penal y que antes hemos examinado. No creemos que ella sea aplicable a los hechos ilícitos no delictivos realizados en territorio extranjero y que producen efectos dañosos en territorio nacional, cuando respecto de ellos se plantea sólo el problema de la reparación del daño, ya que no el de castigarlos por no constituir delitos.

La razón que tenemos para pensar de este modo, la expusimos ya en párrafos anteriores. Consiste en la prevalencia que en tales actos ilícitos, no delictuosos, tiene el daño producido por ellos, sobre la ilicitud formal, esto es, sobre su oposición al derecho positivo. Además, en el argumento de Valery antes expresado, consistente en que la ley del país en que se realiza el acto le debe atribuir carácter ilícito, ya que de no ser así, su autor no haría al ejecutarlo "sino usar de un derecho que le estaba reconocido por la ley a cuya autoridad estaba sometido al momento en que actuaba", nos parece que hay confusión. La ley de un país, cualquiera que sea, no puede conferir o reconocer derecho alguno a realizar actos que produzcan efectos en otro país, si tales efectos dañan bienes jurídicamente protegidos en este último. La autorización que para realizar actos da un orden jurídico, haciendo dichos actos lícitos o permitidos, no pue-

⁴¹ *Manuel de droit international privé*, París, Fontemoing et Cia. Editeurs, 1914, libro II, cap. VI, núms. 674, 675 y 676, pp. 972 y ss.

de tener validez mas que cuando ellos producen todos sus efectos dentro del ámbito espacial de vigencia de ese orden jurídico, pero no cuando lo exceden, alcanzando a producir efectos en territorio donde ya no rige el mismo.

El propio Valery se ve forzado a limitar de algún modo su anterior argumento, diciendo:

Sin embargo, no siempre ocurrirá así. Entre las disposiciones de la ley francesa hay algunas, lo hemos demostrado, cuya observancia se impone en todo país, sea a todos los franceses, sea aun a toda persona. Así un homicidio, un robo, cualesquiera que puedan ser las disposiciones de la ley en vigor en el país donde han sido cometidos, constituyen siempre actos ilícitos a los ojos de la ley francesa. Ella misma lo ha proclamado sometiendo a la competencia de los tribunales franceses los actos realizados por uno de nuestros nacionales sobre un territorio extranjero, y que el Código Penal califica de crímenes...⁴²

Por último sostiene Valery lo siguiente, al preguntar cuál debe ser la ley aplicable para fijar el monto de la condenación por daños y perjuicios:

Queda la última cuestión. En lo que a ella concierne, yo sería de opinión que la ley que debe ser tomada en consideración para fijar el monto de la indemnización debe ser la del lugar donde el daño se ha producido. Es allí efectivamente donde el derecho que él engendra ha tomado nacimiento y, por consiguiente, de conformidad con una idea que hemos expresado varias veces, es la ley de este lugar la normalmente llamada a reglamentar la extensión de este derecho.⁴³

Con esto último estamos plenamente de acuerdo, ya que Valery llega finalmente a la misma conclusión que hemos alcanzado sobre la ley aplicable para fijar el monto de la responsabilidad civil en el caso de actos ilícitos que no revistan carácter delictuoso.

VI. Para terminar, hagamos aplicación de las conclusiones precedentes al secreto profesional, tanto en su aspecto de obligación (obligación de reserva), como en el de hecho ilícito que constituye la revelación. En cuanto al primero, ya dijimos que la obligación debe regirse por las leyes del lugar en que se contrajo y subsistir en los términos de ellas, siendo exigible su cumplimiento de acuerdo con las mismas, cualquiera que sea el lugar en que se encuentre el profesionista obligado y cualesquiera que fueren las leyes que rijan en dicho lugar. De no aceptarse esta solución, peligraría el secreto tanto en su subsistencia como en su extensión, lo cual destruiría la confianza del cliente en el profesionista, al saber que este último podría quedar libre, en un momento dado, de las obligacio-

⁴² *Ibid.*, p. 974.

⁴³ *Ibid.*, p. 977.

nes contraídas en el lugar en que conoció los hechos secretos, con sólo trasladarse a otro en el que estuvieran en vigor leyes diversas.

En cuanto al segundo aspecto del secreto o sea el de la revelación, el incumplimiento a la obligación de reserva, ya dijimos que cuando esa revelación es delictuosa debe quedar sujeta a las disposiciones de nuestra ley penal, en los términos que ella establece para los hechos cometidos fuera del territorio mexicano. Hemos procurado aclarar y dejar precisadas esas disposiciones que se refieren al conflicto de leyes punitivas y hemos tratado de resolver éste señalando el alcance de la aplicación extraterritorial de nuestras leyes, de acuerdo con el principio real o de defensa de los bienes jurídicos que ellas protegen. Y lo expuesto en la parte correspondiente de este capítulo sobre el particular, es nuestra conclusión en la materia de derecho penal internacional aplicada a la revelación de secretos.

Finalmente, el aspecto de ilicitud meramente civil —en el sentido que hemos dado a esta expresión en las páginas anteriores— nos pone ante el problema de la reparación del daño causado por el profesionista revelador de un secreto. También aquí hicimos valer el principio real, sosteniendo que es la ley del lugar en donde se sufra el daño y no la del lugar en que se cometa el hecho ilícito, la que resulta aplicable para determinar cuándo existe esa responsabilidad civil y cuál es la cuantía de la misma, o sea el monto de la indemnización que se deba pagar por los daños y perjuicios causados con el hecho ilícito.

Capítulo Octavo: El secreto del notario 294

I. Carácter doble del notario como profesional del derecho y encargado de una función pública	294
II. Significado y alcance de la expresión "profesional del derecho". La Ley reglamentaria del ejercicio profesional y su discusión . .	294
III. Corriente doctrinaria que reduce la actividad del notario a la creación de la forma, segregando su labor como jurista	300
IV. El notario como funcionario público. Opiniones funcionaristas .	304
V. Opiniones antifuncionaristas	306
VI. Opinión nuestra. La corriente doctrinaria italiana	317
VII. El notario y el árbitro	326
VIII. Opiniones de diversas autoridades en nuestro país sobre el carácter del notario	328
IX. El notario y el secreto profesional	330

CAPÍTULO OCTAVO

EL SECRETO DEL NOTARIO

SUMARIO: I. *Carácter doble del notario como profesional del derecho y encargado de una función pública.* II. *Significado y alcance de la expresión "profesional del derecho". La Ley reglamentaria del ejercicio profesional y su discusión.* III. *Corriente doctrinaria que reduce la actividad del notario a la creación de la forma, segregando su labor como jurista.* IV. *El notario como funcionario público. Opiniones funcionaristas.* V. *Opiniones antifuncionaristas.* VI. *Opinión nuestra. La corriente doctrinaria italiana.* VII. *El notario y el árbitro.* VIII. *Opiniones de diversas autoridades en nuestro país sobre el carácter del notario.* IX. *El notario y el secreto profesional.* X. *Secreto del instrumento público. Sus límites: obtención de traslados y exhibición del protocolo.* XI. *Visitas de inspección.* XII. *Transmisión de tenencia del protocolo.* XIII. *Informes a las autoridades.* XIV. *Comentarios a una tesis de la Suprema Corte de Justicia.* XV. *Los actos inscribibles en registros públicos.*

I. En todos los capítulos anteriores hemos estudiado principios jurídicos y disposiciones legales que rigen al secreto profesional en general o bien al secreto del abogado particularmente. Corresponde ahora examinar, de acuerdo con el título de esta obra, el secreto del notario.

Los matices propios de este secreto, que se nos presentan como peculiares del mismo, justifican indiscutiblemente su estudio por separado. Y es que la situación compleja en que se halla el notario de tipo latino, por ejercer una función pública, siendo a la vez profesional del derecho, hacen que, sin dejar de serle aplicables los principios anteriormente expuestos, tomen ellos modalidades especiales cuando recaen sobre la actuación típicamente notarial.

II. El artículo 11 de nuestra anterior Ley del Notariado (31 de diciembre de 1945), recientemente derogada, establecía expresamente que "El notario a la vez que funcionario público es profesional del Derecho. . ." reiterando con esto la disposición contenida en el artículo primero de la misma Ley, según el cual el ejercicio del notariado "se encomienda a profesionales del derecho" a virtud de la patente que para tal efecto les otorga el Ejecutivo de la Unión.

La nueva Ley del Notariado (promulgada el 30 de diciembre de 1979), suprimió la expresión de "profesional del derecho" aplicada al notario, pero como las funciones que encomienda a éste, en su calidad de jurista,

resultan ser prácticamente las mismas, puede decirse que a pesar de esa supresión no ha habido cambio en la situación legal del notario a este respecto, como veremos en el presente capítulo.

En opinión de algún autor, compatriota nuestro, que escribió durante la vigencia de la ley anterior, hasta es esta característica de profesional del derecho la principal y más importante que el notario tiene y que prevalece sobre la de funcionario público que le daba dicha ley anterior y continúa dándole la actual en su artículo décimo. Así se expresa Luis Carral sobre este tema:

Los notarios nos sentimos y preferimos ser profesionales del derecho, aunque sin mengua de nuestra "función pública" de fedatarios... La misma ley, comprendiendo la categoría científica y moral que resulta al notario del carácter de profesional del derecho, lo repite en varios artículos, aun innecesariamente; y aunque Zanobini acuñó la frase conocida de "Función pública de ejercicio privado", en el Congreso de París se varió la fórmula por la de "Función pública en el cuadro de una profesión liberal", lo que hace resaltar que el aspecto más importante de la actividad notarial es el de la profesión liberal puesto que "dentro del cuadro de esa profesión" queda localizada la función pública.¹

Sin embargo, conviene aclarar, ¿qué significa esto de que el notario es un profesional del derecho y de que su función la ejerce "en el cuadro de una profesión liberal"? Porque es el caso que sobre este punto han surgido algunas confusiones e interpretaciones erróneas que deben ser dilucidadas.

La ley que reglamenta el ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, conocida, para brevedad de la expresión, como "Ley de Profesiones", pero cuyo nombre verdadero y completo es el de "Ley Reglamentaria de los artículos cuarto y quinto Constitucionales, relativos al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito y Territorios Federales", estableció originariamente en sus dos primeros artículos:

Art. 1º Se entiende por título profesional el documento expedido por una de las instituciones autorizadas y mediante los requisitos que se exigen en esta ley y en las demás relativas, a favor de la persona que ha comprobado haber adquirido los conocimientos necesarios para ejercer una de las profesiones a que se refiere el artículo siguiente.

Art. 2º Las profesiones que necesitan título para su ejercicio son las siguientes: Actuario, Arquitecto, Bacteriólogo, Biólogo, Cirujano dentista, Contador, Corredor, Enfermera, Enfermera y partera, Ingeniero en sus diversas ramas profesionales: ...Licenciado en Derecho, Licenciado en Economía, Marino en sus diversas ramas, Médico en sus diversas ramas profesionales,

¹ *Derecho notarial y derecho registral*, México, Editorial Libros de México, S. A., 1965 primera parte, cap. IV, p. 47.

Médico veterinario, Metalúrgico, Notario, Piloto aviador, Profesor de educación pre-escolar, primaria y secundaria. Químico en sus diversas ramas profesionales: ...Trabajador social.

Esta inclusión del notario entre los profesionistas cuya actuación requiere título y queda sujeta a las disposiciones de la Ley Reglamentaria que nos ocupa, como una profesión autónoma e independiente de la de abogado o licenciado en derecho, fue motivo para que se entablara en la Cámara de Diputados una interesante discusión sobre el tema al examinar el anteproyecto de ley; discusión en la que se puso de manifiesto una de esas confusiones, a que nos acabamos de referir, a propósito del notario como profesional de derecho.

Haciendo algunas objeciones a ese anteproyecto, el licenciado Manuel Moreno Sánchez, diputado en la legislatura a que correspondió examinarlo y aprobarlo, expresó una, relativa a la inclusión del notario entre los profesionistas sujetos a reglamentación, en los siguientes términos:

En segundo lugar, existen aquí anotadas dos actividades que no son profesiones, sino funciones públicas: la de Corredor y la de Notario. El Corredor público y el Notario tienen funciones especiales, tienen fe pública, tienen un *fiat* del Estado. El Estado les ha concedido, mediante una autorización, el poder para autorizar lo que han visto, para dar fe de lo que han visto que realizan los particulares. Y esto no lo puede hacer cualquiera, sino sólo aquel que tenga la autorización. Es verdad que las leyes del notariado exigen que el Notario sea abogado. Entonces basta con reglamentar la profesión del abogado. Cuando el Notario sea Notario, entonces es funcionario público, está cumpliendo funciones específicas del Estado, como es dar fe de los actos de los particulares, y no está ejerciendo una profesión en el sentido que las demás profesiones se ejercen. Cuando el Corredor público da también fe de actos mercantiles, está en la misma situación. Se me dice esto: que en algunas universidades existe la carrera de Notario. Esto no tiene importancia porque al fin y al cabo si el Notario ha de ser Notario, no lo es por la profesión que ha estudiado, sino por el *fiat* que el Estado le da, por la autorización que el Estado le da.²

En defensa del impugnado anteproyecto replicó uno de sus autores, el licenciado y entonces diputado Andrés Serra Rojas, expresando sobre la anterior objeción:

No voy a referirme a otros aspectos de la argumentación del compañero Moreno Sánchez, que ya han sido rebatidos, a mi juicio, en forma brillante por el compañero Brito Rosado, sino a aquellos a los que él no se refirió. En primer lugar tenemos su referencia a las trabajadoras sociales; y en segundo, al de los corredores y notarios públicos.

El corredor y el notario público, sin duda, realizan una función pública.

² *Diario de los debates*, 17 de diciembre de 1943, p. 9.

Yo no puedo de ninguna manera venir a argumentar en contra del texto de la Ley del Notariado. Es clara esta ley a este respecto: el notario es un funcionario público. ¿Esto quiere decir exclusivamente que ya la definición de la ley abarca la situación jurídica del notario y del corredor? Indudablemente que no. Yo tengo a la vista precisamente el Tratado de Notarías de Casado. Nuestra legislación en esta materia, en gran parte está inspirada en la vieja legislación del notariado en España.

Y justamente en este tomo de ese Tratado se sostiene esa doble idea: el notario como profesionista, y el notario como funcionario público.

El notario, como profesionista, requiere una verdadera especialidad profesional. Ustedes saben que de los Estados verdaderamente cultos de la República, Guanajuato ocupa uno de los lugares prominentes. Es proverbial la cultura Guanajuatense; es proverbial la magnificencia de los estudios en Guanajuato.

Pues bien, allí se incluye la carrera de notario público. Yo no niego que se necesita un *fiat* para el ejercicio profesional de notario, pero lo que sí aseguro, es esto: que la actividad del notario siempre ha sido estimada, sobre todo, en sus fuentes originales, como una actividad estrictamente profesional. Dice Casado: "viene, pues, la Notaría a llenar una necesidad social y nació, como todas las profesiones, de la práctica que paulatinamente fue tomando caracteres de arte hasta elevarse a la naturaleza de ciencia jurídica, pues la Notaría no es otra cosa que la aplicación de los principios del derecho a las convenciones de los hombres, y entiéndase bien, el servicio profesional del notario termina con la perfecta redacción del acto o contrato encomendado por las partes"...

Tengo aquí a la vista la opinión de los corredores de México. En general, ellos han solicitado de nosotros que se incluya precisamente la carrera de corredor. El corredor, a diferencia del trabajador social y a diferencia del notario, sí tiene una actividad privada, porque el Estado le encomienda también una actividad semejante a la del notario, pero, en cambio, tiene la ventaja sobre aquél de tener mayor iniciativa en la realización de los actos y de participar más directa y eficazmente en la realización de los actos jurídicos. Cometeríamos nosotros una grave omisión si omitiéramos la profesión de corredores como la de notarios.³

En uso de la palabra nuevamente el diputado Moreno Sánchez, sostuvo su posición primitiva respecto a los notarios diciendo:

No puedo aceptar que los notarios públicos figuren aquí, porque, aunque en el supuesto de Serra Rojas, de la economía dirigida, no puedo aceptar que necesiten figurar aquí quienes son funcionarios públicos. Si mañana pueden los notarios evitar que un particular invierta su capital en una actividad, lo evitarán porque una ley les imponga como funcionarios públicos la obligación de vigilar las inversiones de los particulares.⁴ No puedo aceptar, pues, que los corredores y los notarios figuren en esta ley porque son funcionarios públicos,

³ *Diario de los debates*, 17 de diciembre de 1943, p. 12.

⁴ Curiosa predicción de la reciente ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, promulgada más de veinticinco años después.

pero sí acepto que los marinos, los pilotos aviadores y trabajadores sociales figuren.⁵

Esta era, por consiguiente la opinión que se tenía del notario como profesionista, entre los diputados que debatieron sobre la reglamentación de las profesiones. Y junto con ella se manifestó también la tendencia a socializar estas últimas.

De esta tendencia surgió la redacción del artículo 6º de la Ley, cuya parte final alcanza indudablemente a los notarios, tomando en cuenta, como antecedente legislativo, las ideas expuestas sobre ellos por los legisladores:

En caso de conflicto entre los intereses individuales de los profesionistas y los de la sociedad, la presente ley será interpretada en favor de esta última, si no hubiere precepto expreso para resolver el conflicto. Por lo que se refiere a las profesiones que implican el ejercicio de una función pública se sujetarán a esta ley y a las leyes que regulen su actividad, en lo que no se oponga a este ordenamiento.

En resumen, para la Ley de Profesiones el notario es un profesionista diverso del licenciado en Derecho, que para ejercer necesita del título correspondiente, esto es, título de notario, no de abogado y que queda sujeto en su ejercicio a dicha ley en forma principal, teniendo su propia ley orgánica, la del Notariado, solamente carácter supletorio respecto de aquélla. El artículo 6º que acabamos de transcribir dice claramente en su parte final: "en lo que no se oponga a este ordenamiento".

Así triunfaban las ideas de Serra Rojas en las que erróneamente se confundía la característica del notario, como profesional del derecho porque necesita tener título de abogado, con la existencia de una supuesta profesión notarial distinta, con título propio y diverso del anterior. Moreno Sánchez había estado en lo justo dentro del debate al decir: "si el notario ha de ser Notario, no lo es por la profesión que ha estudiado, sino por al "fiat" que el Estado le da, . . .".

Por fortuna, este equivocado régimen que para el notario habría creado la Ley de Profesiones, quedó derogado tácitamente, así lo pensamos, con la Ley del Notariado de 1945, por ser posterior a aquélla. Esta última vino a poner las cosas en su sitio, al decir: "el Notario, a la vez que funcionario público, es profesional del Derecho que ilustra a las partes en materia jurídica y que tiene el deber de explicarles el valor y las consecuencias legales de los actos que vayan a otorgar, . . ." (artículo 11). Igualmente estableció dicha Ley que para obtener patente de aspirante

⁵ También fue discutida en aquella ocasión la inclusión de estas últimas actividades entre las profesiones sujetas a la exigencia de título para su ejercicio (*Ibid.*, p. 15).

al ejercicio del notariado se necesitaba satisfacer, entre otros requisitos, el de tener título de abogado expedido por institución legalmente reconocida (artículo 97). Quedaron señaladas algunas actividades como incompatibles con las funciones de notario, entre ellas el ejercicio de la profesión de abogado en asuntos en que hubiere contienda (artículo 6º). Por el contrario, se facultó al notario para patrocinar a los interesados en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento, registro o trámite fiscal de las escrituras y en los procedimientos judiciales necesarios también para dicho registro (artículo 6º). Por último, dispuso la Ley de 1945 que el notario podía renunciar a su puesto, pero en tal caso quedaría impedido como abogado para intervenir, con cualquier carácter, en los litigios relacionados con las escrituras o actas notariales que hubiera autorizado (artículo 153).

Todas estas disposiciones quedaron establecidas también, en preceptos de diferente número, por la Ley actual, siendo de observarse que en ellas se establece de manera expresa o se presupone en forma tácita que el notario debe ser profesional del Derecho (no lego en esta ciencia) y que tal carácter consiste en tener título de abogado o sea licenciado en Derecho. Ninguna profesión notarial autónoma, como quería la Ley de Profesiones.

Además, esta última quedó también modificada por la reforma de 31 de diciembre de 1973 (publicada en el Diario Oficial de fecha 2 de enero de 1974), en los siguientes términos:

Artículo 1º Título profesional es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta Ley y otras disposiciones aplicables.

Artículo 2º Las leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional, determinarán cuáles son las actividades profesionales que necesitan título y cédula para su ejercicio.

En cuanto a la enumeración de las profesiones sujetas a la Ley, que se había hecho en la redacción originaria en su artículo 2º, según vimos antes, se trasladó en la reforma al artículo 2º, transitorio, del Decreto que la promulgó, el cual dice en lo conducente:

Segundo: En tanto que se expidan las leyes a que se refiere el artículo 2º reformado, las profesiones que en sus diversas ramas necesitan título para su ejercicio son las siguientes: . . .

En la enumeración vuelve a quedar incluido el notario. Pero este error carece ahora de la trascendencia que tenía en la redacción originaria de

la Ley, pues, como hemos visto, el nuevo artículo 2º deja a las leyes que regulan cada "rama o especialidad profesional" la determinación de las que necesitan título para su ejercicio. Como el notariado tiene su ley orgánica propia, será ella la que deba regirlo al respecto.

III. Otra apreciación equivocada de este carácter del notario como profesional del derecho es la que hacen algunos autores pretendiendo separar radicalmente su actuación como jurista de la función que ellos consideran serle típica, o sea la de crear la forma legal.

José González Palomino, que es uno de los principales representantes de esta tendencia, expresa su opinión en diversos párrafos que a continuación transcribimos:

El Notario que además de su función típica actúa como jurista, no actúa como Notario al actuar como jurista. Si ejerce una profesión libre jurídica la ejerce con independencia de su profesión de Notario. En identidad de supuesto a si explota una granja o actúa como médico. El propio Fernández Casado (*Tratado*, I, página 23), dice: "El Notario ejerce, pues, una profesión privada: la de dirigir y aconsejar a las partes en sus actos y contratos. Esta profesión se concibe existiendo con independencia del ejercicio de la fe pública."⁶

Y en otro lugar de su libro, añade González Palomino:

Después de referirse al art. I, de la Ley orgánica (que no es una definición sino una norma) y al art. I del Reglamento (que no es una norma, sino un conjunto de definiciones, que serán valederas o no, según sean o no exactas), dice Sanahuja: "Desde luego, el precepto legal es terminante, en cuanto al carácter de funcionario público que tiene el Notario; y sobre tal particular no caben opiniones de ninguna clase en Derecho positivo." (*Tratado* I, pág. 423.) Pero antes había dicho y luego insiste, en que "no sólo la organización, sino la misma función notarial, en su actuación práctica, se halla informada y revestida de un doble aspecto, público por un lado y privado por otro. No es que el Notario ejerza a veces de funcionario público y otras veces de profesional del Derecho. Es que ambos caracteres se hallan involucrados en el Notariado y determinan un complejo orgánico y funcional que no permite incluirlo nítidamente y sin reservas dentro del campo del Derecho público ni del Derecho privado" (pág. 2). Esta es la doctrina ortodoxa.

Yo en cambio me he esforzado en demostrar que el Notario es un funcionario público que tiene a su cargo ciertas funciones que se resumen en la de dar forma jurídica a negocios y relaciones de derecho privado; y que si además y normalmente ejerce otras funciones como jurista, esta actuación no es como Notario. El Notario es el facedor del instrumento público. El instrumento público es forma de un negocio (forma de un negocio y no forma de un derecho, cosa que suele confundirse). Si el Notario ha intervenido pre-

⁶ *Instituciones de derecho notarial*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948, t. I, núm. II, p. 130.

viamente para formar y afirmar a la voluntad que es alma del negocio, de que el instrumento público es forma, esa actuación libre no es actuación Notarial.⁷

Las anteriores ideas han sido acogidas con beneplácito por Alberto Villalba Welsh, quien se ha sumado a esta corriente de opinión jurídica en un interesante trabajo suyo, en que expresa:

Más ajustado a la realidad jurídica es el concepto que de la función notarial nos da González Palomino. Entiende este autor que consiste en dar forma a los negocios jurídicos, lo que concuerda con nuestra definición del Derecho notarial.

Si en principio hemos dado por existente al Derecho notarial, es a condición de que se lo limite a su verdadero contenido, despojándolo no sólo de los elementos extraños del Derecho sustantivo, sino también de los introducidos a mérito de otros aspectos de la labor notarial, como la de jurista y de asesor. Sólo así se podrá hacer Ciencia del Derecho notarial. No debe olvidarse que el Derecho, en cuanto necesita valerse de normas como representación de la conducta, es una ciencia normativa, y, en consecuencia, sólo donde hay normas jurídicas con su estructura completa (endonorma y perinorma) puede hablarse de Derecho. Apartar del Derecho notarial los elementos extraños que erróneamente le atribuye la doctrina, debe ser la tarea que se impongan los notarialistas si quieren hacer verdadera ciencia.⁸

Y párrafos más adelante añade:

Cabe destacar que, de los escritores contemporáneos, quien ha tenido una visión más clara de la necesidad de abrir nuevas rutas para el Derecho notarial es González Palomino, quien ya nos habló de la conveniencia de desenvolver ampliamente una teoría general de las formas públicas o formas jurídicas.⁹

En resumen, que para estos autores lo estrictamente notarial, lo típicamente notarial, se reduce a la creación de la forma. Lo demás, la actuación del notario como jurista, como profesional del derecho, es una labor que ejerce paralelamente a la primera, pero con independencia de ella y que no sirve para calificarlo como notario. Y como prueba de esto, señala González Palomino que históricamente el notario no ha necesitado ser jurista, pues ha podido actuar sin serlo; hecho este último que ocurrió antiguamente y que ocurre todavía en países en que no es exigida al notario ninguna labor jurídica.¹⁰

⁷ *Op. cit.*, t. VII, núm. I, p. 219.

⁸ "El derecho notarial a la luz de la teoría egológica" en *Revista Internacional del Notariado*, julio-septiembre 1951, núm. 11, p. 226.

⁹ *Ibid.*, p. 226.

¹⁰ *Op. cit.*, t. III, núm. II, p. 130.

¿Es correcta esta posición doctrinaria? Ya antes Giménez Arnau había dicho que la institución notarial “nace con el fin de probar, en su día, los actos o negocios jurídicos que se someten a su amparo en la esfera de las actuaciones privadas”, añadiendo poco más adelante que “al lado de la función primitiva (exclusivamente probatoria), la evolución de las instituciones jurídicas y la complicación creciente de las relaciones humanas ha dado origen a otra tarea típicamente notarial, que es la de dar forma solemne (condición de existencia) a determinados negocios jurídicos”.¹¹ De manera que, según esta autorizada opinión, ni siquiera es la creación de la forma lo originario o único en la función notarial, sino que la finalidad perseguida por ésta fue inicialmente probatoria y continúa existiendo aún esa finalidad. Y así, la función no se reduce “al hecho de dar fe” sino que tiene también “la misión importantísima de solemnizar (dar forma pública); conceptos ambos que, aunque íntimamente relacionados desde el punto de vista físico y cronológico, son totalmente diferentes”.¹²

Pero no es hora de discutir aquí si la creación de la forma es lo único o lo principal dentro de la función del notario, con respecto a la fe pública probatoria. Parece que dentro de la opinión de Giménez Arnau, el derecho notarial no puede reducirse a “una Teoría General de las formas jurídicas”, como pretende Villalba Welsh, supuesto que subsiste la finalidad de la prueba. Lo que nos interesa por ahora es saber si dentro de esta función probatoria y formalizante (no necesariamente solemnizante) del notario, va implicada su labor como hombre de leyes, —profesional del derecho—, o si, por el contrario, queda excluida, constituyendo una tarea aparte, que aunque se realiza también por el notario, no es lo típico o peculiar de éste, sino más bien algo que tendría en común con otros juristas que no fueran notarios.

Para tratar este tema creemos que debe hacerse una distinción en las actividades jurídicas del notario, que ya hemos expuesto en otra parte,¹³ reduciéndolas a tres clases. La primera comprendería tareas de abogado, ajenas por completo a la función pública, pero que, por no ser incompatibles con ésta, las tolera la ley al notario. Simplemente se las permite, pero sin que formen parte de su tarea de notario, pues cualquier abogado

¹¹ *Introducción al derecho notarial*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1944, cap. III, núm. 2, pp. 40 y 41.

¹² *Ibid.*, p. 45.

¹³ Véase nuestro trabajo que, con el título de “Los notarios frente a la legislación fiscal punitiva”, presentamos al Octavo Congreso Internacional del Notariado Latino (México, 1965) y que se publicó en la *Memoria* del mismo (vol. II, p. 675). También fue publicado por la *Revista Mexicana de Derecho Penal*, marzo-abril 1967, núm. 14, p. 93.

podría llevarlas a cabo. Tales son, entre otros, algunos de los actos a que se refiere el artículo 17 de nuestra Ley: resolver consultas jurídicas, ser secretario en juicios arbitrales, patrocinar a los interesados en los procedimientos judiciales necesarios para obtener el registro de escrituras o en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento, registro o trámite fiscal de ellas, a que antes nos hemos referido.

Las actividades jurídicas de la segunda clase son aquellas que realiza el notario en conexión habitual con la función pública, pero sin formar parte de ella. Comprenden la labor del notario para asesorar a las partes, interpretar su voluntad y encauzarla dentro de lineamientos jurídicos que la hagan apta para ser objeto de un instrumento notarial. Igualmente comprenden el deber que el notario tiene para con las partes, antes del otorgamiento, de hacerles saber el alcance de las obligaciones que van a contraer y de los derechos que van a adquirir. Por último dentro de los diversos medios que la ley da, en algunos casos, para obtener un efecto jurídico determinado, al notario corresponde sugerir y proponer a las partes el que a su juicio fuere más conveniente, lo que también constituye tarea de abogado. La función pública del notario guarda con estas actividades profesionales de la segunda clase, que habitualmente la acompañan, una relación puramente externa. Ciertamente cualquier abogado que no fuera notario podría, en abstracto, realizarlas pero en concreto sólo el notario las lleva a cabo, pues van asociadas a esa función pública que constituye su labor.

La tercera clase de actividades jurídicas comprende las que el notario realiza en conexión necesaria con la función pública y vinculadas internamente a ella. Mediante estas actividades el notario controla la legalidad del acto que va a ser objeto de instrumentación, el cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma necesarios para que su actuación, cristalizada en el instrumento, tenga eficacia jurídica y produzca los efectos queridos por las partes (calificación de su competencia legal para actuar, de los comprobantes de personalidad, de los requisitos previos al otorgamiento o a la autorización de la escritura, de las inserciones que debe contener ésta, de la legalidad sustantiva del acto, etcétera). Tales actividades de jurista son indispensables a la función pública, hasta el punto que ésta no podría realizarse válidamente sin aquéllas.

En consecuencia, la escisión que los autores antes citados introducen en la labor del notario y que llega hasta el extremo de excluir de ella toda actividad como profesional del derecho, creemos que no es aceptable. Hasta en la pura creación de la forma tiene que actuar el notario como tal profesional, además del ejercicio que inevitablemente le compete de las actividades jurídicas de la tercera clase, que antes señalamos. La forma creada por el notario, el instrumento público, es una forma legal, suscep-

tible de presentar problemas de acuerdo con las leyes que la rigen. Y aquí el notario debe ser jurista y actuar como tal si ha de resolver acertadamente esos problemas, que pueden amenazar a la validez misma de la forma como creación legal. Ya se ve, por tanto, que la actuación como jurista o profesional del derecho sí compete inevitablemente al notario, sin que obste para ello el hecho de que las actividades jurídicas de las dos primeras clases que señalamos, no están necesariamente ligadas —sino sólo por razón de la costumbre— a su labor específica. El hecho señalado por González Palomino de que antiguamente hubo notarios —y que existan todavía en algunos países— que no necesitaran ser profesionales del derecho o no actuaran como tales, sólo revela una incompleta evolución de la institución notarial, que la hacía quedar defectuosamente integrada, evolución que con el tiempo tiende a completarse, exigiéndose en las leyes al notario como requisito para su nombramiento, el hecho de ser abogado, que en otras épocas no se le exigió, lo cual no significa que no haya necesitado conocimientos jurídicos, por escasos que fueran, para desempeñar su labor.

IV. La segunda calidad que se atribuye al notario es la de funcionario público. Ya hemos visto que el artículo 10 de nuestra ley, antes citado, la señala expresamente. Además, hay otras disposiciones legales, configuradoras de la organización notarial, que hacen pensar en esa condición del notario.

De la incompatibilidad que tienen algunas actividades con las funciones públicas del notario, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley, nos hemos referido anteriormente a la que tiene el ejercicio de la profesión de abogado en asuntos en que haya contienda. A esta incompatibilidad debemos añadir otras que también señala el mismo precepto, tales como son: el desempeño de algún cargo público y también el de empleo o comisión, ya fueren públicos o particulares y el ejercicio de la actividad de comerciante, de agente de cambio o de ministro de cualquier culto.

El cargo de notario se adquiere por nombramiento que el Estado hace mediante la expedición de una patente, de acuerdo con los artículos 25 y 26 de la Ley y se pierde por destitución, que solo el Estado puede dictar de acuerdo con el artículo 134, siguiendo el procedimiento que el mismo establece para tal caso. Después de nombrado el notario tiene que rendir protesta legal para el fiel desempeño de sus funciones, según lo dispone el artículo 25 de la misma Ley del Notariado.

La competencia del notario está determinada, por razón del territorio y por razón de la materia, aunque en forma negativa en ambos casos, por los artículos 5 y 35 fracción II de la Ley, debiendo relacionarse el

primero de ellos con el artículo 13 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.

La actuación del notario es objeto de vigilancia especial, por parte del Estado, mediante visitas a la oficina notarial, que pueden practicarse de oficio o a consecuencia de alguna queja. Dichas visitas se encuentran regidas por los artículos 113 a 123 de la Ley del Notariado y su finalidad, de acuerdo con el primero de ellos, es vigilar que las notarías "funcionen con regularidad y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley".

Por último, el notario puede ser sancionado administrativamente por violaciones a la misma. El poder disciplinario del Estado sobre el notario se rige por lo dispuesto en los artículos 124 a 152 estableciéndose en ellos las sanciones aplicables, la competencia para dictarlas y el recurso procedente contra las resoluciones que las impongan. Estas sanciones administrativas se aplican sin perjuicio de la responsabilidad civil en que incurra el notario y de las sanciones que le sean aplicables por responsabilidad penal.

Todo esto y el alcance mismo que tiene la fe pública del notario, han hecho que la doctrina tradicional de otros países latinos, con legislaciones semejantes a la nuestra, concluya sin reparos: *a)* que la función notarial es una función pública estatal y *b)* que el notario, por el hecho de ejercerla, es funcionario público del Estado.

Allí tenemos el ejemplo de González Palomino que dice refiriéndose a la legislación de España:

Nuestro derecho positivo es absolutamente claro. El Notario es un funcionario público; aunque sea además otras muchas cosas: propietario de una granja, accionista de una sociedad, padre de familia, partidario del clasicismo retórico, médico en ejercicio, etcétera. Y el convertir al Notario en funcionario público fue una de las bases de nuestra legislación orgánica.

Recuérdese que antes de ella estábamos ante el tipo de Notaría empresa privada: oficios enajenados de la fe pública. Y que en la Ley se operó la reintegración o reincorporación al Estado de los oficios enajenados de la fe pública, considerada la fe pública, objeto de los tales oficios, como una función pública que pertenecía al Estado, que había sido separada de él por causas históricas y cuya recuperación era de interés público y de dignidad estatal.¹⁴

Y más adelante añade este autor:

En las doctrinas liberales de derecho político era ya indefendible el criterio, de manera que en la realidad actual del servicio público y de la intervención del Estado en materias que no le afectan directamente, pero que directamente afectan a la sociedad, hasta el punto de haberse definido el Estado moderno como "aquel en que todo lo que no está prohibido es obligatorio", resulta de ciega obstinación negar que la función notarial es de naturaleza

¹⁴ *Op. cit.*, t. VII, núm. 1, p. 220.

pública y que el funcionario a cuyo cargo está es un funcionario público, del Estado, cuya es la función.¹⁵

Por su parte, el tratadista argentino José María Mustápicch no es menos terminante en sus conceptos sobre este tema y por ello dice, refiriéndose a la actividad del notario:

Esa actividad pública importa el ejercicio de la fe pública, que sólo el Estado puede otorgarla. Siendo el Estado una persona jurídica de derecho público, cuyas manifestaciones sólo puede realizarla por personas físicas, es obvio a este respecto, que los representantes encargados de dicha actividad, no proceden de propia autoridad, sino delegados del Estado.

Si el sujeto físico no tiene la fe pública para otorgarla, sino que ella deriva del Estado, surge que los que la poseen sólo pueden ser representantes del mismo, específicamente autorizados para otorgarla conforme a condiciones regladas.¹⁶

Finalmente, la autorizada voz de don José Castán Tobeñas se hizo oír, sobre el tema que nos ocupa, en los siguientes términos:

Desde luego, no puede negarse el carácter público de la función y la institución notarial, reconocido por la Ley Orgánica del Notariado y por el Reglamento. Las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos jurídicos exigen que el Notario sea un funcionario Público, que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del Derecho asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas.¹⁷

V. Sin embargo, la doctrina moderna, sobre todo en Sudamérica, se ha inquietado ante esta inclusión del notario entre los funcionarios públicos estatales, por encontrar en él características propias que se avienen mal con ello y no permiten colocarlo, por lo menos completamente, entre los órganos de la administración pública. El propio Castán Tobeñas, en seguida del párrafo suyo que acabamos de citar, se ve precisado a reconocer que la función notarial "tiene fines complejos y características especiales que la alejan mucho de las funciones típicamente administrativas y que conviene siempre destacar, pues ha de prevenirse el peligro de que el Notariado se convirtiera, merced a la acentuación del carácter administrativo de su función, en una rueda más de la máquina burocrática". Y concluye diciendo que "se ha de reconocer que corresponde

¹⁵ *Ibid.*, p. 221.

¹⁶ *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Buenos Aires, Ediar, S. A. Editores, 1955, t. II, cap. II, núm. III, p. 52.

¹⁷ *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946, cap. I., p. 38.

al Notariado una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica.¹⁸

También José María Mustápic, cuya opinión funcionarista dimos antes a conocer, hace un reconocimiento de esta situación peculiar que guarda el notario, al decir:

Pero si bien es cierto que consideramos que el escribano es funcionario público, admitimos que guarda una fisonomía un poco distinta a la tradicional, pues conserva una cierta autonomía, que, empero, no alcanza conceptualmente a despojarlo de tal carácter.¹⁹

Ante esta situación, Enrique Jiménez Arnau se apresta a sostener una doctrina de funcionarismo mitigado, diciendo que "La autenticidad del documento exige que el Notario sea un funcionario público. Pero no un funcionario del Estado; ...". Y agrega poco más adelante:

Todo funcionario del Estado es un funcionario público, pero no viceversa. Los sacerdotes, los catedráticos, los agentes del Cambio y Bolsa, los corredores de Comercio ejercen funciones públicas, y son funcionarios públicos, pero no funcionarios del Estado.²⁰

De esta opinión de Jiménez Arnau nos volveremos a ocupar más adelante.

Todo ello ha conducido a que numerosos escritores de derecho notarial, principalmente latinoamericanos, se coloquen en la posición anti-funcionarista, negando al notario por completo el carácter de funcionario público. De estos autores es representante eximio el argentino Alberto Villalba Welsh, quien expresa sus ideas, entre otros trabajos suyos, en uno del que ya antes nos hemos ocupado y que contiene los siguientes párrafos:

No hay quien escriba sobre tópicos notariales que alguna vez no haya encadrado el estudio de este asunto a fondo o al menos lo haya rozado. De ello han resultado varias teorías entre las que predomina la que atribuye al notario la calidad de funcionario público. Pero es urgente advertir que aún sus sostenedores —que no son pocos, especialmente en España— encuentran que no se dan en el escribano todas las características propias del funcionario público, lo que no obsta para que así sigan considerándolo.

Ya dijimos en un estudio anterior que "el hecho de que la ley califique a los escribanos de funcionarios públicos no les da necesariamente ese carácter si tal aseveración no está suficientemente respaldada por las demás disposiciones legales. Tal calidad no puede adquirirse por una mera declaración

¹⁸ *Ibid.*, pp. 39-40.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 52.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 42-43.

aunque emane de un texto legal. La calidad de funcionario público debe ser una cosa cierta, evidente, que encuentra su apoyo en la ley misma y en el reconocimiento de la existencia de un vínculo real con el Estado", Couture concuerda en toda la línea con este criterio cuando nos dice que "el problema de la condición del escribano público no es un problema de definición legal. Podrá el legislador, en sus definiciones, denominarlo así, pero bien sabemos que no es misión del legislador dar definiciones sino instituir normas, es decir, proposiciones hipotéticas de una conducta futura. El escribano público será funcionario público, si la ley le asigna en el conjunto de las interrelaciones humanas, la condición jurídica que corresponde a los demás funcionarios públicos: su estatuto jurídico. No será funcionario público, aunque la ley lo denomine así, si en el cúmulo de sus derechos y deberes no tiene la condición de tal."²¹

La anterior observación es exacta. No basta en efecto que el artículo 10 de nuestra Ley del Notariado califique de funcionario público al notario para que ya por ese solo hecho tenga necesariamente tal carácter. Este solamente puede tenerlo por razón de las funciones que realice y por la forma como lo haga, en sus relaciones con el Estado y con los particulares, pero en ningún caso basta para dársele una simple declaración contenida en la Ley. Además Villalba Welsh continúa sus argumentaciones, párrafos más adelante, para demostrar que el notario de ningún modo es funcionario público.

La Administración pública —o sea el Estado mirado bajo uno de sus aspectos— necesita para cumplir sus fines, de hombres que se conduzcan en alguna forma específica. Las acciones de estos hombres son imputadas al Estado como queridas por éste porque esta es la consecuencia prescripta por el orden jurídico estatal. Vale decir que la conducta de esos hombres —órganos del Estado— en lugar de serles imputada a ellos mismos (en cuanto reflejan actividad específica estatal) es imputada al Estado, de tal modo que éste es responsable de los actos de sus agentes, puesto que se consideran propios del Estado.

Ya tenemos aquí una distinción radical: en tanto que los actos de los funcionarios públicos son imputados al Estado y éste es responsable por los mismos, los actos de los escribanos públicos no son imputados al Estado, puesto que no son órganos y, consecuentemente, éste no es responsable de su actuación. Es fácil ver que esta diferencia fundamental cierra definitivamente el camino a los que pretenden seguir encontrando en el escribano los caracteres del funcionario público. Aunque hubiesen algunos rasgos coincidentes, basta que no coincidan en lo esencial para que la teoría funcionarista deba ser dejada de lado.²²

²¹ *Op. cit.*, pp. 230-231.

²² *Ibid.*, p. 235.

Es interesante hacer notar que los anteriores razonamientos se refieren en todo caso al notario, para demostrar que no es funcionario público, pero en ningún caso a la función notarial en sí misma, cuya naturaleza de función pública estatal sigue reconociendo el autor y prueba de ello es que la relación entre el Estado y el notario pretende explicarla mediante un contrato de derecho público.²³ Solución ésta que aunque no nos parece convincente, por lo menos pone a salvo a su autor de las impugnaciones que más adelante vamos a formular, pues a esta distinción entre la función notarial y el notario la consideramos esencial para el esclarecimiento del problema planteado por la controversia entre funcionaristas y antifuncionaristas, como podrá verse en seguida.

Dentro de la segunda de estas dos corrientes figura otro autor, Francisco Martínez Segovia, cuyas ideas presentan particular interés para nosotros, por el hecho de haber sido trasplantadas a suelo mexicano mediante la obra de Luis Carral y de Teresa que antes hemos citado (*Derecho notarial y derecho registral*) en la que expresamente reconoce este último autor que "en el desarrollo de este tema seguiremos a Martínez Segovia" (cap. IX, p. 96).

El referido autor argentino, Martínez Segovia, sostiene expresamente que "La función notarial es función privada calificada con efectos de publicidad y con un valor semejante a una función pública."²⁴ Para fundar esta opinión, caracteriza antes su autor las funciones privadas como "aquéllas que se ejercitan en el interés de los particulares sobre derechos privados" en tanto que las funciones públicas son las "que se ejercen en nombre del Estado, comprometiendo su responsabilidad y para asuntos de interés general".²⁵ De allí concluye Martínez Segovia que para calificar la función notarial "en una u otra forma debe participar de los caracteres de la una o de la otra, pero de los caracteres esenciales".²⁶

A continuación señala este autor las notas que en su opinión separan la función notarial de las funciones públicas y después las notas que la ubican en las funciones privadas. Veamos cuáles de unas y de otras están de acuerdo con las que tiene en el derecho mexicano la función notarial y presentan validez para éste.

- 1) Las funciones públicas son las funciones del Estado, que se distribuyen entre los tres Poderes: Ejecutivo o administrador, Legislativo y Judicial. La

²³ *Ibid.*, p. 234.

²⁴ *Función notarial*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1961, segunda parte, cap. II, p. 165.

²⁵ *Ibid.*, p. 151-152.

²⁶ *Ibid.*, p. 165.

función notarial no se encuadra en ninguno de los tres, luego no es función del Estado, o sea no es función pública.²⁷

Esto constituye la expresión de la tesis antifuncionarista, no un argumento para demostrarla, y emplearla como tal constituiría una notoria petición de principio. Además, debe recordarse que en nuestro derecho la función notarial compete, cuando menos formalmente, al poder Ejecutivo, atento a lo dispuesto por el artículo primero de la Ley del Notariado en relación con el artículo 18 fracción IV de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.

2) Ningún funcionario del Estado puede autorizar, normalmente, un documento notarial en ejercicio de sus funciones. Cuando lo hace es: *a*) por vía de suplencia, por faltar notario en el lugar (caso de los Jueces de Paz autorizados, los Cónsules, los Capitanes); *b*) por vía de avance sobre las funciones notariales. Ambos casos son anormales.²⁸

Esto solamente muestra la delimitación de las competencias para el ejercicio de las funciones públicas, pero no prueba que el notario sea funcionario del Estado ni que deje de serlo.

3) El sueldo o costo pagado por el presupuesto del Estado, la dependencia jerárquica y la responsabilidad del Estado, son tres notas características y esenciales del funcionario público, que no se dan en el Notariado y en esto está conforme la totalidad de la doctrina.²⁹

Tal vez esta última afirmación de Martínez Segovia peca de temeraria. En cuanto a las tres notas características que señala, hay que distinguir. Que el notario no es remunerado por el Estado es totalmente exacto y constituye indudablemente uno de los argumentos más fuertes para no considerarlo funcionario público. La dependencia jerárquica está ausente en el notario sólo hasta cierto punto, pues aunque es verdad que no actúa sometido a órdenes superiores para la confección del instrumento público, ni menos aún para su ejercicio como profesional del derecho, ello no impide que el Estado pueda vigilarlo mediante inspecciones y solicitudes de informes y también sancionarlo disciplinariamente si su actuación no está de acuerdo con la Ley. Todo lo cual demuestra que la dependencia jerárquica no está ausente por completo en el notario. En cuanto a la tercera nota, responsabilidad civil del Estado por hechos ilícitos del funcionario, debe decirse que en nuestro derecho sólo existe en forma subsi-

²⁷ *Ibid.*, p. 165.

²⁸ *Ibid.*, p. 166.

²⁹ *Ibid.*

diaria (artículo 1928 del Código Civil). Para el notario no hay disposición expresa que la establezca, ni siquiera en esa forma, y el punto es discutible.

4) La doctrina del derecho administrativo admite la existencia de funcionarios honorarios que carecen de sueldo, pero tienen las demás características: dependencia jerárquica y responsabilidad del Estado por sus actos. No puede incluirse al notario entre los funcionarios honorarios.³⁰

Estamos totalmente de acuerdo con esta opinión, en cuando se limita a excluir al notario de los funcionarios honorarios.

5) Es indiferente para el público qué funcionario atiende la función pública. Existe lo que Sanahuja llama fungibilidad. En el Notariado es fundamental la libre elección del notario y no es admisible su imposición por el Estado ni su sustitución sin voluntad de las partes.³¹

En nuestro derecho no es nota peculiar para el notario la libre elección por quienes utilizan sus servicios. También se da ella para los Jueces de lo Civil y de lo Familiar en las demarcaciones en que existen varios y hasta hace poco tiempo también se daba para los Tribunales de Amparo.

6) La dependencia jerárquica importa el recurso de revisión de los actos del funcionario, lo que no existe en el Notariado.³²

La opinión es correcta, pero de ella no se deduce que también lo sea la proposición inversa. Que el recurso de revisión exista en donde hay dependencia jerárquica no quiere decir que cuando falta ese recurso falte también del todo esa dependencia. Quien mejor ha matizado la situación del notario en este punto es Giménez Arnau al decir que "la actividad notarial, como la judicial, no tiene ese marcado carácter administrativo que suele acompañar a otros funcionarios sometidos a la jerarquía no sólo en razón a los fines que cumplen, sino en la realización de su función típica, cosa que no sucede al Notario independiente de todo superior en su actuación profesional".³³

7) La única vinculación, no fundamental, del Notariado con el Estado es la designación o nombramiento o la inscripción en la matrícula o elenco profesional, según los distintos sistemas.³⁴

En nuestro derecho sí es fundamental el nombramiento del notario

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 167.

³³ *Op. cit.*, p. 41.

³⁴ *Ibid.*, p. 167.

por el Estado (artículos 1º, 25 y 26 de la Ley del Notariado) y no es la única vinculación, pues ya antes nos referimos a la potestad que tiene el Estado para inspeccionar, vigilar y en su caso sancionar disciplinariamente al notario por ilegalidades en su actuación. También la tiene para sancionarlo si rehusa prestar sus servicios sin causa justificada (artículo 126 fracción II g) de la misma Ley.

Sobre este tema del nombramiento del notario, Luis Carral ha querido abundar en las ideas de Martínez Segovia, diciendo en un párrafo de su libro:

Podríamos agregar que ni siquiera el nombramiento del notario proviene del Estado, sino de la Ley, ya que el Estado no podría libremente escoger a la persona y nombrarla; pues ésta debe reunir determinadas calificaciones y aun salir triunfante de un difícil examen de oposición.³⁵

Disentimos de esta opinión por las razones siguientes: 1ª No es exacto que el nombramiento del notario no provenga del Estado sino de la Ley, pues ésta sólo crea situaciones jurídicas abstractas e impersonales. La situación concreta que implica el nombramiento sólo la crea la autoridad encargada de aplicar la ley al caso particular. 2ª Lo exacto es que el nombramiento del notario se funda en la Ley, que es cosa distinta de la anterior. Pero esto no es peculiar del notario ni sirve para distinguirlo, ya que todo nombramiento de autoridades, funcionarios y empleados públicos también se funda necesariamente en alguna Ley Orgánica. Y 3ª El hecho de que el Estado “no podría libremente escoger a la persona y nombrarla”, ya que el nombramiento debe recaer forzosamente en quien reúne los requisitos legales, inclusive el triunfo en la oposición, sólo significa que en este caso las facultades de la autoridad que hace el nombramiento son regladas y no discrecionales —conceptos técnicamente opuestos— ya que no puede escoger a su arbitrio; pero no significa que no tenga facultades.

Martínez Segovia expone, después de las anteriores notas, otras que a su juicio “ubican a la función notarial en las funciones privadas”, que son las siguientes:

1) La función y el documento notarial están legislados en todos los países latinos en el derecho civil, en el Código Civil y en las leyes civiles. En cambio, las funciones públicas del Estado están tratadas en el Derecho administrativo, político o constitucional.³⁶

Esto no ocurre en nuestro país, en donde el Notariado tiene su propia

³⁵ *Op. cit.*, cap. IX, núm. III, p. 110.

³⁶ *Op. cit.*, p. 168.

Ley Orgánica y en el Código Civil sólo existen escasas disposiciones sobre la función notarial, principalmente en materia de testamentos. Además, la inclusión de una materia legislada, en algún ordenamiento, no basta para determinar su naturaleza.

2) La función notarial se desenvuelve y agota en relaciones de carácter privado... Las relaciones estatales no necesitan de la función notarial.³⁷

No es exacto que la función notarial se agote en relaciones de carácter privado. Puede tener por objeto actos que atañen a derechos políticos, como cuando el notario da fe de funciones electorales o de la constitución de un partido político.³⁸

3) Las relaciones que surgen del ejercicio de la función Notarial son todas de derecho privado o civil: relación partes-escribano; relaciones entre partes; relaciones partes-terceros; relaciones terceros-escribano.³⁹

Esto es verdad parcialmente, tomando en cuenta lo que dijimos en el punto anterior. Pero en todo caso, la naturaleza de esas relaciones que surgen de la función notarial, no determina la de esta última, del mismo modo que la naturaleza civil de una relación controvertida no determina la del procedimiento judicial en que se litiga.

4) La fe notarial y el documento notarial se parecen o asemejan al instrumento público y a la fe pública, pero no son idénticos: *a)* El instrumento público se refiere a actos de gobierno (comprendiendo los tres poderes). Contiene mandatos u órdenes imperativas, manifestaciones de Poder. El documento notarial contiene relaciones privadas, manifestaciones de voluntad humana y nunca de Poder; *b)* Correlativamente, el instrumento público del Estado no puede contener nunca relaciones privadas, manifestaciones de voluntad individual; *c)* El documento notarial sólo puede ser autorizado por notario y no por funcionario público. La competencia material de uno y otro es esencialmente distinta; *d)* La facultad de autenticar, de dar publicidad y valor, proviene de la ley para el notario, y del nombramiento, pues es derivación de potestad, para el funcionario. No puede haber funcionario sin nombramiento, pero sí puede haber notario sin nombramiento.⁴⁰

En este amplio párrafo de Martínez Segovia, procede también hacer distinciones. Lo afirmado en el punto *a)* es exacto, con la limitación que

³⁷ *Ibid.*, p. 169.

³⁸ Artículo 211 de la *Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales*. Castán Tobeñas vio muy bien esto. Consúltese su obra antes citada, en nota al pie de la p. 44 citando a Azpitarte.

³⁹ *Ibid.*, p. 169.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 169.

antes señalamos. Con lo sostenido en el punto *b*) no estamos de acuerdo, pues el que llama el autor instrumento público del Estado, puede contener relaciones privadas, como ocurre con los actos del estado civil (matrimonio, adopción, etcétera) y manifestaciones de voluntad individual (reconocimiento de hijos naturales), a menos que se quiera excluir del Derecho Privado a las relaciones familiares. En cuanto a lo que se afirma en el punto *c*), es exacto también por regla general, salvo los casos de excepción en que el documento notarial puede ser autorizado por Cónsules, Jueces y algunas veces por el Director del Archivo de Notarías. No es exacto que la competencia material "sea esencialmente distinta" entre el documento notarial y el público, pues hay actos para los que esa competencia es concurrente, como el citado de reconocimiento de hijos naturales. Tampoco es exacto lo sostenido en el punto *d*) en el sentido de que la facultad de autenticar provenga de la Ley para el notario y del nombramiento para el funcionario público, pues ya hemos dicho antes que la Ley es en todo caso la que establece la facultad en forma abstracta y el nombramiento el que la hace concreta, lo mismo para el primero que para el segundo. Y menos aún puede admitirse en nuestro derecho que haya notarios sin nombramiento.

5) El notario es autor y responsable de su obra y el funcionario no lo es.⁴¹

Evidentemente esto último no es verdad. El funcionario es tan responsable como el notario. Que el Estado tenga responsabilidad —subsidiaria en nuestro derecho, como antes mostramos— por los hechos del primero, no quiere decir que éste no sea también responsable de ellos.

6) La función notarial ha sido munida de publicidad (uno de los elementos que configuran el "valor" de mi definición) para responder a una necesidad jurídica y social de proteger las relaciones privadas, proveyéndolas de seguridad, valor y permanencia. Es la única nota distintiva con las funciones privadas de los particulares. Esta nota es la única que la hace asemejarse a las funciones públicas.⁴²

Aquí parece más bien que Martínez Segovia argumenta contra sí mismo en su pretendido intento de ubicar la función notarial entre las funciones privadas.

Este autor sostiene por otra parte y creemos que con razón, que la distinción entre "dos tipos de funciones públicas: *a*) funciones públicas del Estado; *b*) funciones públicas que no son del Estado... es inconsistente".⁴³

⁴¹ *Ibid.*, p. 170.

⁴² *Ibid.*, p. 170.

⁴³ *Ibid.*, p. 167.

Con esto se opone a la tesis de Giménez Arnau que antes dimos a conocer, en el sentido de que el notario es funcionario público pero no funcionario del Estado, distinción ésta que nos parece inadmisible en nuestro derecho, sobre todo si se toma en cuenta que los casos señalados por este último autor como equiparables al del notario (sacerdotes, agentes de cambio y de bolsa, corredores públicos), en nada guardan semejanza con éste en cuanto a su relación con el Estado. El funcionario público que no es del Estado o de algún otro ente público, sencillamente no es tal funcionario en nuestro derecho.

También sostiene el mismo Martínez Segovia que "El documento, la fe y la función notariales serían públicos sólo porque tienen publicidad y notoriedad, no porque sean documentos, fe o funciones del Estado".⁴⁴ Con esto llega a su conclusión antes indicada de que "la función notarial es una función privada calificada con efectos de publicidad y valor frente a terceros";⁴⁵ conclusión ésta en la que titubea más adelante el autor, acabando por claudicar de ella francamente, al decir que "La función notarial ocupa un lugar centrista, equidistante de las funciones públicas y de las privadas";⁴⁶ lo que ya es bien diferente.

Por su parte Luis Carral, siguiendo las anteriores ideas, expone:

Lo público, en cambio, tiene varias acepciones gramaticales: 1º Notorio, patente, manifiesto, sabido por todos (publicidad); 2º Aplicable a la potestad o jurisdicción y autoridad para hacer una cosa (como contrapuesto a privado); 3º Perteneciente a todo el pueblo; 4º Común del pueblo o ciudad. De la primera expresión deriva "Derecho Público", con carácter de publicidad, notoriedad, que se logra por los órganos del Estado o por otros órganos que la ley crea. En este sentido debe aceptarse el vocablo "Notario Público", o el de "Función Pública Notarial": en el sentido de publicidad (de actos). De las otras acepciones deriva el vocablo "Derecho Público", pero en el sentido de atribuido a las funciones del Estado y obligando a éste. Así, serían públicos, no porque sean del Estado, sino porque tiene publicidad, notoriedad, el documento notarial, la fe notarial, la función notarial.⁴⁷

No nos parece aceptable esta opinión, pues el calificativo público, aplicado al notario o a su función, sí se deben, por lo menos en el derecho actual, a su vinculación con el Estado, no a pretendidos efectos de publicidad ("sabido por todos", como dice Carral) cuyo alcance ni siquiera se determina en esta parte de la obra que comentamos.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 149.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 170.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 174.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 104.

Además, tal acepción del calificativo “público” en relación con el notario y sus actuaciones, resulta un tanto peligrosa por las erróneas interpretaciones a que se ha prestado, sobre todo acerca del tema que aquí estudiamos, el secreto profesional, como tendremos ocasión de mostrarlo más adelante, al examinar el criterio que alguna vez sustentó en este punto nuestra Suprema Corte de Justicia.

Podemos, en conclusión, hacer una primera crítica a estas opiniones antifuncionaristas que comentamos (Martínez Segovia, Carral). Transfieren ellas indebidamente el problema del notario —determinar si es o no funcionario público— a la función notarial, haciendo aplicación a esta última de los principios que sólo corresponden al primero. En efecto, sostener que el notario no es funcionario público, funcionario del Estado, no lleva de ningún modo a concluir que la función notarial no sea función pública estatal. Villalba Welsh, otro antifuncionarista que antes hemos citado, no cae en esta confusión en que incurre Martínez Segovia y distingue, por lo menos implícitamente, los principios subjetivos que conciernen al notario de los objetivos que corresponden a la función.

La segunda crítica que formulamos a las ideas expuestas es su total inadecuación a nuestro derecho, como analizamos en forma comparada. Pero en este punto nuestra objeción va más lejos. Las opiniones de Carral y Martínez Segovia sólo pueden tener, en el mejor de los casos, un valor de *lege ferenda*. No se fundan por completo en el derecho positivo existente, sino que se dirigen a construirlo o a modificarlo de acuerdo con sus principios. Su labor no es exegética e interpretativa de la ley, para darnos a conocer su alcance y su sentido, sino que pretende enjuiciarla conforme a determinados conceptos valorativos prejurídicos. Claro que esta actitud es muy lícita, pero ya no corresponde, en verdad, a la ciencia del derecho; a lo más podría considerarse como el intento para hacer una filosofía del derecho notarial. En suma, las opiniones que comentamos no expresan lo que son el notario y la función notarial en la realidad legislativa, sino lo que deberían ser a juicio de sus autores o lo que desearían ellos que fueran.

Y buena prueba de esto son diversos párrafos de los autores comentados: Carral se queja de que

personas poco informadas —que son prácticamente todas, pues sólo los notarios se han preocupado por delimitar y caracterizar su función—, no sabiendo distinguir entre un funcionario “*sui generis*” y un “funcionario del Estado”, al dictar las leyes o bien al pretender aplicarlas, creen que existe una jerarquía administrativa o una sujeción que no se da en el caso del notario y que por

lo mismo convierten en ilegales esos ucases que esporádicamente reciben los miembros del cuerpo notarial.⁴⁸

El mismo autor citado, Luis Carral, sostiene también que la "superintendencia disciplinaria que existe en el notariado, debe pasar del Estado al colegio notarial".⁴⁹ Por su parte Martínez Segovia aconseja esta última medida para la designación del notario, diciendo que "ella debe desplazarse hacia los cuerpos notariales o Colegios, según la aspiración formulada por el Primer Congreso de la Unión".⁵⁰ En suma, según reconocen estos autores, las leyes que rigen al notariado no corresponden a sus ideas. Se necesitaría, por lo tanto, una amplia reestructuración legal para que esas ideas fueran verdaderas de acuerdo con el derecho vigente, pues actualmente no lo son.

Y existe un significativo párrafo de Martínez Segovia que tiene todo el valor de un reconocimiento en este tema. Refiriéndose a la opinión de su colega Ignacio M. Allende, en el sentido de que "No puede darse un concepto universal, cada pueblo organiza la tarea notarial como mejor le cuadra", contesta Martínez Segovia diciendo:

Este argumento es válido en el campo de los preceptos, pero en el de los conceptos puede darse un criterio universal. Esa universalidad debe comprenderse como abarcando un campo teórico. Aquí estoy procurando hallar los caracteres para todo el notariado latino. Habrá circunstancias particulares de algún país que le impidan adaptarlo a ese concepto universal, pero el concepto existirá igual para la Ciencia.⁵¹

Como puede verse, lo que elabora esta corriente doctrinaria es un concepto teórico del notario y de su función, con pretensiones de universalidad. En el mismo párrafo que acabamos de citar lo confiesa el autor. No se exhibe por tanto un notario y una función reales, sino ideales. No se expresa lo que existe en las leyes vigentes sino lo que debe existir en las futuras.

VI. Podría preguntarse si nuestras anteriores opiniones; que discrepan de las de dos distinguidos antifuncionaristas, deben conducirnos inevitablemente a aceptar la tesis opuesta, sosteniendo que el notario es funcionario público y, por lo mismo, funcionario del Estado, como quieren González Palomino y José María Mustápic, cuyas ideas dimos antes a conocer, y otros más que se deciden por la opinión funcionarista. A ella estuvimos inclinados hace algún tiempo y así lo expresamos en anterior

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 95.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 109.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 167.

⁵¹ *Ibid.*, p. 155.

trabajo publicado. Pero, posteriormente, hemos pensado en la exageración que dicha tesis entraña y en lo forzado y artificial que resulta hacer entrar al notario dentro de la categoría de funcionarios del Estado, sin tomar en cuenta algunas de las notas que presenta el mismo y que resultan incompatibles con esa asimilación.

Ya nos referimos antes a la opinión de Villalba Welsh, quien estima que el notario difiere esencialmente de los funcionarios públicos porque los actos de éstos son imputados al Estado y los del notario no. Este argumento de la imputación, que en el fondo es el de la representación del Estado por el funcionario indebidamente ha sido confundido y asimilado por algunos autores al de la responsabilidad del Estado por los actos del funcionario, que es completamente diverso y al que ya nos referimos cuando comentamos las opiniones de Martínez Segovia.

El argumento de la representación del Estado por el funcionario o de la imputación a aquél de los actos de éste, que esgrime Villalba Welsh, no nos parece concluyente para diferenciar al notario, por varias razones. La primera es que se necesitaría determinar el concepto de representación que esta tesis presupone.

Indudablemente no es la representación en el sentido clásico del término. No es la realización de actos jurídicos en nombre y por cuenta de otro, para que produzcan sus efectos en éste. El funcionario en ejercicio no necesariamente obra en esta forma respecto del Estado. Lo esencial de su actuación es "la relación externa que atribuye al funcionario cierto carácter representativo" al decir de Villegas Basavilbaso.⁵² El funcionario exterioriza la voluntad del Estado, hacia los particulares o sea fuera del ámbito interno de la administración pública. Y con ello se diferencia del empleado cuya actividad queda agotada en el interior de ésta. Pero tomando la representación en este sentido, no sirve ella para excluir de los funcionarios públicos al notario, pues también él exterioriza en cierto modo la voluntad del Estado al autenticar o al crear formas legales, realizando así fines de éste.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que ni siquiera ha habido, unanimidad en la doctrina para determinar el concepto de funcionario público, pues en tanto que algunos autores lo fundan en este carácter representativo (Fraga, Villegas Basavilbaso), otros lo caracterizan por su participación en la actividad pública de una manera permanente y normal (Duguit) y otros más, por la libre y voluntaria aceptación del cargo por parte del funcionario, unida a una relación de poder por parte del Estado, que implica el correspondiente deber de obediencia y fidelidad en el servicio (Laband). En tales condiciones, resulta insuficiente

⁵² *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, t. III, cap. I, título VII, núm. 269, p. 281.

e inseguro diferenciar al notario de los funcionarios públicos por la sola falta de representación o, de otro modo, por la no imputación de sus actos al Estado, como quiere Villalba Welsh.

Otro autor que utiliza con poca fortuna el concepto de representación, ligándolo a la fe pública de los funcionarios, es Fernando Tavares de Carvalho, quien se expresa en estos términos:

En realidad, la fe pública es un atributo inherente a la persona del notario (refiérome evidentemente al notario de tipo latino) y, como tal, tiene el Estado que otorgársela, precisamente porque, no siendo el notariado, como no lo es, un servicio público, no puede el notario clasificarse de funcionario público. Adviértase que, si los notarios fuesen funcionarios del Estado, no necesitarían que éste les otorgase fe pública, porque la tendrían implícitamente, en virtud de su cualidad de representantes del Estado. La atribución de fe pública al notario es, por consiguiente, prueba de que el notario no es funcionario público, pues si lo fuese, no necesitaría que éste les otorgase fe pública, porque la tendrían implícitamente, en virtud de su cualidad de representantes del Estado. La atribución de fe pública al notario es, por consiguiente, prueba de que el notario no es funcionario público, pues si lo fuese, no necesitaría de ella para cosa alguna. En último análisis, ni siquiera será lícito razonar de otra manera: Si el notariado fuese un servicio público, y si los notarios fuesen funcionarios públicos, ello equivaldría a aseverar que el notario ejerce una función del Estado, y no será por cierto admisible afirmar que el hacer escrituras y testamentos sea una función que al Estado corresponda ejercer.⁵³

No es exacto que los funcionarios del Estado tengan fe pública implícitamente por el hecho de ser representantes de él. Ante todo, es de observarse que ni siquiera todos los funcionarios tienen fe pública y cuando la tienen no va ella necesariamente vinculada a esa supuesta representación del Estado. Así ocurre, por ejemplo, en los organismos jurisdiccionales en donde el magistrado o el juez son quienes externan la voluntad del Estado, quienes "dicen el derecho", sin tener fe pública. En tanto que el secretario de acuerdos o el actuario son los que, sin expresar la voluntad del Estado, ya que no resuelven, "no dicen el derecho", tienen esa fe para autenticar los documentos emanados del tribunal.

Es significativo que un decidido antifuncionarista como Tavares de Carvalho reconozca inevitablemente que el Estado es quien otorga la fe pública. Por otra parte, resulta del todo infundado el razonamiento que hace al decir que la atribución de esa fe al notario prueba que "no es funcionario público, pues si lo fuese no necesitaría de ella". No toma en cuenta que en los funcionarios del Estado, la fe pública —cuando la tienen— es sólo accesoria de la función específica que realizan. Se da como un complemento de ésta, para poder autenticar los documentos expedidos en ejercicio de esa función; en tanto que en los notarios, la prestación de

⁵³ "Elogio de la Fe Pública Notarial" en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, noviembre de 1947, núm. 556, p. 949.

la fe pública es su función principal. La autenticación no es en ellos complementaria de otra función y al servicio de ésta. Por eso es que el Estado la confiere de manera expresa a ellos y no así a los funcionarios, a los que se las da implícita en la función que ejercen y limitada a ella exclusivamente.

Pero de todo esto no se infiere que el notario no sea funcionario público. Y si efectivamente no lo es, se debe ello a otras razones, no a las expresadas. La función notarial sí es una función pública, una función estatal que tiene por objeto satisfacer ciertas necesidades colectivas de certeza, seguridad, prueba plena, ejecutividad procesal, permanencia documental, etcétera, cuyo fin es la protección de algunos derechos subjetivos que otras funciones públicas no alcanzan generalmente a proteger por estar ellos fuera del ámbito de su ejercicio.

Esa protección sólo puede impartirla el Estado a los particulares. No pueden impartírsela éstos a sí mismos mediante el ejercicio de una función privada. Por eso es que sólo el Estado puede conferir esa facultad de dar fe y también la de dar forma exigida por la ley a determinados actos, cuanto tal forma debe ser de carácter público, es decir, con intervención del poder público; no necesariamente con efectos de publicidad para conocimiento de todos. Por eso yerra Tavares de Carvalho al confundir conceptos, diciendo que el notariado "no es un servicio público" y que no es "admisibile afirmar que el hacer escrituras y testamentos sea una función que al Estado corresponda "ejercer". Ciertamente el notariado —esto es, el conjunto de notarios de un país— no es un servicio público, pero sí lo es el ejercicio de la función notarial que satisface necesidades de la colectividad y no sólo del individuo. Al Estado no compete hacer escrituras y testamentos —en el sentido de redactarlos— pero sí le compete intervenir para que tengan autenticidad los documentos en que constan en forma pública los actos, para seguridad de los derechos que de ellos dimanen. La seguridad jurídica y la prevención de litigios —paz social— tienen un valor para la sociedad y no sólo para el individuo, que al Estado toca proteger como guardián del bien común.

Por eso es que la función notarial es una función pública que sólo puede ser ejercida por aquellos a quienes el Estado confiere su ejercicio (esto último lo reconoce Tavares). Pero el hecho de conferir este ejercicio a una persona no la convierte necesariamente en funcionario público, en funcionario del Estado. A la inversa de lo que se dice para el mundo orgánico —exacta o inexactamente— por algunos biólogos, en el sentido de que la función hace al órgano, aquí no resulta verdadero ese aforismo. Se puede ejercer una función pública sin volverse por ello funcionario público. Y en tal virtud nos parece que la solución más acertada al problema del notario es la que ha señalado la corriente italiana, seguida

y representada por un catedrático de la Universidad de Bolonia, el eminente jurista Renato Alessi.

Según este autor, se trata en el caso de la función notarial, de una función pública estatal —exactamente lo contrario de lo que sostiene Martínez Segovia— desempeñada profesionalmente por sujetos privados, que no son funcionarios, de quienes el Estado se sirve para tal efecto. Estas ideas las expone Alessi como sigue:

Hemos señalado ya el hecho de que a menudo el Estado se sirve también de los sujetos privados para el desarrollo de la función administrativa y afirmábamos que tales sujetos asumen la posición de sujetos auxiliares de la Administración pública, pero sin llegar a identificarse subjetivamente con la misma. Aunque todos ellos entran dentro de la categoría general de particulares que ejercen funciones o servicios públicos, pueden clasificarse en los siguientes grupos:

a) En primer lugar los profesiones encargados de una función pública. Típico ejemplo son los notarios. . .⁵⁴

De esta compleja situación en que la función es pública, pero la persona que la ejerce no es funcionario, sino un profesionista particular que actúa como tal al desempeñarla, surge una institución híbrida que es el notariado, la cual presenta —en forma paradójica— a la vez que caracteres netamente públicos, estatales, caracteres privados, profesionales. De allí la discusión entablada entre funcionaristas y antifuncionaristas. Los primeros hacen valer como argumentos aquellos caracteres, en tanto que los segundos esgrimen estos últimos. Alessi expone estas notas de la función notarial y su ejercicio en los siguientes términos:

Estos particulares auxiliares de la Administración pública presentan un fenómeno de unión a un mismo tiempo de elementos públicos, los inherentes a la función pública desarrollada, y de elementos privados inherentes a su naturaleza sustancial de sujetos privados. En los dos primeros casos, además, se da el fenómeno de un ensamblamiento del interés privado con el interés público, ya que se trata de sujetos cuya acción está impulsada esencialmente por el interés propio, pero siendo al propio tiempo la acción individual apta para satisfacer, además del interés del sujeto privado, un interés público. También aquí, por lo tanto, tenemos un fenómeno de contemporización del interés público con la finalidad de lucro del sujeto que está llamado a satisfacer el primero. . .

Mezclada de elementos públicos y privados se presenta, por tanto, la posición jurídica de estos sujetos privados auxiliares de la Administración, elementos públicos o privados, según que nos fijemos en la función desarrollada o en la cualidad subjetiva del ente privado.⁵⁵

⁵⁴ *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, España, Ed. Bosch, 1970, t. 1, título 1, cap. 1, núm. 36, p. 68.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 69.

Así, entre las notas de carácter público que presenta el notariado, menciona Alessi las siguientes, que en su mayor parte son aplicables a nuestro derecho: *a)* la obligación de desarrollar efectivamente la función salvo el derecho de renunciar la posición jurídica (y salvo los casos de excepción en que esa obligación cesa, añadimos nosotros); *b)* la sujeción a controles administrativos por parte de la autoridad; *c)* la sujeción a responsabilidad disciplinaria; *d)* la sujeción a instrucciones dadas por la administración respecto a la organización y desarrollo del servicio (esta nota debe quedar limitada, pensamos nosotros, a la potestad reglamentaria y a la facultad de interpretar la ley en casos dudosos, que tiene la autoridad administrativa, pues, de no ser así, quitaría al notariado su carácter profesional independiente y convertiría al notario en un funcionario de la administración como cualquier otro); *e)* ejecutoriedad del acto que es “objetivamente administrativo” por naturaleza (más bien que ejecutoriedad del acto debía expresarse ejecutividad del documento, en materia procesal, en los casos en que la ley la establece); *f)* tutela penal idéntica a la que tienen los órganos de la administración (de esto nos ocuparemos adelante; *g)* naturaleza pública de la relación entre el particular que ejerce la función y el usuario de ésta (dicha relación creemos que es mixta —pública y privada— por la nota que señala después Alessi) y *h)* limitación en orden a las tarifas de la función (esto es, retribución del usuario cliente al notario, regulada por el Estado mediante arancel, con carácter obligatorio y no libre; consecuencia de la nota anterior).

Por lo que toca a las notas de carácter privado señaladas por Alessi, también existen en nuestras leyes en su mayor parte. Las enumera así: *a)* los actos del encargado del servicio no son “subjetivamente administrativos” y no admiten, salvo disposición de la ley, los remedios contra actos de la administración (recursos ante autoridades administrativas); *b)* la actividad del particular encargado es desarrollada en nombre propio (este es, el tema de la representación, que ya tratamos), *c)* no implica responsabilidad para la administración, como consecuencia, sino sólo “responsabilidad personal privada” para el encargado (también ya tratamos de esta nota); *d)* naturaleza privada de la relación entre el encargado —o sea el notario— y sus empleados (que no son empleados públicos); *e)* los notarios no tienen oficina puesta a su disposición por el Estado, sino despacho abierto a sus expensas; *f)* contra sus clientes tienen un derecho privado de crédito profesional idéntico al de otros profesionales (así lo reconocía en su fracción V el derogado artículo 430 de nuestro Código de Procedimientos Civiles) y *g)* hay competencia, aunque limitada, entre los notarios, basada en la confianza de los clientes (libertad de elección para éstos).

Con esta distinción entre la función ejercida, que es pública, y el sujeto

que la ejerce, que es particular, se explican los caracteres que presenta el notariado, al que dan una fisonomía tan especial y también se explican los interminables y siempre insolubles debates entablados acerca de su naturaleza funcional o profesional. Por eso concluye Alessi:

A pesar de viejas y superadas discusiones, hoy se reconoce que el notario no es un empleado público, sino un particular encargado del ejercicio de funciones públicas.

Y más adelante añade:

Todas estas disposiciones demuestran la tesis según la cual el notario, aún siendo un sujeto privado, se presenta como encargado de una función pública.⁵⁶

Que el notario no es funcionario público lo deduce el jurista italiano de su incompatibilidad esencial con el concepto presentado por él, en los siguientes términos, del funcionario público:

Hemos tenido ya ocasión de mencionar el contenido de la figura del funcionario público, contenido que viene dado por la adscripción o un oficio de la Administración, es decir, que desarrolla una función en sentido estricto. Tal contenido se desdobla en dos elementos: el encuadramiento en la organización de la Administración pública en virtud precisamente de la adscripción al oficio, y la naturaleza de auténticas funciones que representan las actividades atribuidas a la persona física y derivadas de dicho oficio.

Ahora bien, para que una persona pueda ser calificada como funcionario público es necesaria y suficiente la concurrencia de ambos elementos. Es, ante todo, condición necesaria, porque deben concurrir ambos elementos: encuadramiento en la organización administrativa (Administración pública en sentido subjetivo) y atribución de una auténtica función... Si falta el primer elemento... al no estar encuadrado en la organización de la Administración pública; es un simple particular encargado de una función pública.⁵⁷

Esta doctrina nos ha parecido mucho más congruente que las anteriores para explicar la naturaleza del notario y, en términos generales, mucho más de acuerdo con la legislación vigente que rige al mismo. Pero Alessi añade otros párrafos precisando más las notas antes expuestas, que caracterizan al notario, para los cuales no resulta ya tan franca nuestra aceptación, porque se alejan bastante del derecho positivo mexicano y le resultan, por consiguiente, inaplicables. Dice así este autor:

En las relaciones con el público destinatario de la función, el elemento común

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 162-163.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 93-94.

es la posición pública y, por lo tanto, preponderante en la que se encuentra el sujeto investido de la función pública, tanto desde el punto de vista subjetivo (es decir, con relación a la figura subjetiva del encargado) como desde un punto de vista objetivo (con relación a su actividad y a los actos ejecutados por el mismo).

a) Desde un punto de vista subjetivo nos encontramos, en ambas hipótesis, que el particular en el ejercicio de la función pública reviste la figura del oficial público, con todas las consecuencias positivas (mayor tutela penal) y negativas (mayor responsabilidad penal). . .

b) Desde un punto de vista objetivo, nos encontramos en ambas hipótesis que los actos ejecutados por el particular en el ejercicio de la función pública se presentan como actos públicos o, en cualquier caso objetivamente, como actos de autoridad, con las consecuencias inherentes: no sólo especial eficacia probatoria (actos públicos capaces de hacer prueba hasta mediando querella por falsedad en el caso de los actos notariales. . .), sino también, en su caso, verdadera y propia eficacia ejecutiva (. . .eficacia de títulos ejecutivos de los documentos notariales. . .).⁵⁸

Nada tenemos que objetar a lo dicho, en cuanto se refiere a la función en sí misma que, como hemos visto, es una función pública y, por lo tanto, tiene la preponderancia de tal, salvo la calificación de los actos notariales, hecha por Alessi en el sentido de que se presentan como actos de autoridad. Esto último no es admisible. Que aparezcan tales actos como de un funcionario público —sin que el notario lo sea y en esto radica su peculiaridad— es exacto, pero no lo es el que se presenten como actos de autoridad, concepto éste bien distinto al de funcionario. Ni la doctrina atribuye al notario carácter de autoridad, aun entre los funcionaristas, ni nuestro derecho positivo se lo reconoce. De allí que el juicio de amparo nunca haya sido considerado procedente contra actos notariales.

Fraga sostiene que es órgano de autoridad el que tiene “facultad de realizar actos de naturaleza jurídica que afecten la esfera de los particulares y la de imponer a éstos sus determinaciones” lo cual implica que dicho órgano “está investido de facultades de decisión y de ejecución”. El mismo autor sostiene que nuestra Suprema Corte de Justicia “ha ampliado el concepto de autoridades, considerando que dentro de él se hallan comprendidos no sólo aquellos que tienen el carácter de órganos del Estado y se encuentran facultados para decidir o ejecutar sus resoluciones, sino que, como se expresa en una de sus sentencias el término ‘autoridades’ para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos por el hecho de ser pública

⁵⁸ *Ibid.*, p. 161.

la fuerza de que disponen. (*Sem. Jud. de la Fed.* t. IV, p. 1067, t. XLV, p. 5033)".⁵⁹

El mismo alto Tribunal ha insistido en la definición del concepto de autoridad al expresar en otras ejecutorias:

En derecho público, se entiende por autoridad, a un órgano del Estado investido legalmente de la facultad de decisión y del poder de mando necesario para imponer a los particulares sus propias determinaciones, o las que emanen de algún otro órgano del mismo Estado, . . .⁶⁰

Y finalmente, precisando más la distinción entre función pública y acto de autoridad, ha dicho:

Por autoridad debe entenderse a toda persona que dispone de la fuerza pública, en virtud ya de circunstancias legales o simplemente de hecho, pues la característica de los actos de autoridad radica no simplemente en que el autor de éstos desempeñe una función pública, sino en que dichos actos llevan el imperio inherente a la facultad de ordenar, es decir de imponer una voluntad a los demás.⁶¹

De estas tesis, sostenidas por la Suprema Corte de Justicia puede concluirse fácilmente que en ningún caso llegan a constituir actos de autoridad los que realiza el notario en ejercicio de su función, aun cuando ella sea función pública.

Pero, volviendo a la opinión de Alessi que estamos comentando, diremos que nos parece menos aceptable en su primera parte, o sea en cuanto atribuye una posición pública preponderante al notario, ya no en lo tocante a la función que ejerce, sino en su persona misma, posición que este autor ve manifestada: a) positivamente, en una mayor tutela penal y b) negativamente, en una mayor responsabilidad penal.

Es preciso no confundir la justificada preponderancia que el notario, sobre todo el notario moderno, contemporáneo, ha adquirido en los países latinos por su especialización jurídica y competencia profesional, unidas y su ya tradicional probidad, que lo acreditan y elevan socialmente, con una supuesta preponderancia oficial que lo asimilaría francamente a los funcionarios públicos. Menos aun puede admitirse que esta última se manifieste en nuestro derecho por las relaciones que el notario

⁵⁹ *Derecho administrativo*, México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía., 2ª ed., 1939, libro IV, tít. I, cap. I, p. 198.

⁶⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLV, 13 de septiembre de 1935, Campos Otero Julia, p. 5033.

⁶¹ *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIII, 3 de septiembre de 1951, Saracho Pedro, p. 133.

guarde con la ley penal, como quiere Alessi, ya sea considerándolo como objeto de una protección especial por parte de ella o ya sea como sujeto de una responsabilidad agravada.

De lo primero tenemos aparentes y escasas manifestaciones en nuestras leyes. Apenas el artículo 85 de la Ley del Notariado, al tratar de las actas, dispone en su último párrafo que "Cuando se oponga resistencia, se use o se puede usar violencia contra los notarios, la policía les prestará auxilio para llevar a cabo las diligencias que aquéllos deban practicar conforme a la Ley". Por su parte el artículo 397 del Código Penal, que tipifica los casos de daño en propiedad ajena, dispone:

Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos, a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro de:

...III. Archivos públicos o notariales:...

Pero si bien se observa, ninguno de estos preceptos implica mayor tutela penal para el notario. En el primero de ellos se trata más bien de protección policiaca, por el carácter preventivo y no represivo de la disposición. En el segundo, la protección no tiene por objeto al notario en su persona sino a los bienes. En ambos casos se pretende tutelar más a la función que al encargado de ejercerla. Por consiguiente, ninguna de las dos disposiciones citadas revela que exista situación jurídicamente preponderante en el notario.

En cuanto a la responsabilidad penal, tampoco resulta más agravada para éste. Los delitos que el notario puede cometer en el ejercicio de sus funciones no tienen señalada una penalidad mayor. Ejemplos de ello son algunos casos de falsificación de documentos (artículos 244, fracciones VI, VII y VIII y 246 fracción II del Código Penal) y también la revelación de secretos que aquí estudiamos, cuya escala penal no es mayor para el notario que para otros profesionales (artículos 210 y 211 del Código Penal en relación con el artículo 31 de la Ley del Notariado). Por lo que toca al caso de falsificación de documentos, sellos o marcas fiscales que prevén los artículos 976 y 977 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, aunque aparentemente agravan la pena al notario imponiéndole inhabilitación para el cargo, además de la prisión, no lo hacen realmente, pues esa inhabilitación se produce de modo inevitable siempre que se impone esta segunda pena, por la falta de probidad que ella presupone en el notario, sin que constituya una agravación especial del castigo para éste.

VII. La condición del notario como particular encargado de ejercer una función pública estatal, sin adquirir por ello el carácter de funcio-

nario público, conforme a la doctrina de Alessi a que nos adherimos, podría ofrecer alguna semejanza, remota y discutible, con la que guardan los árbitros, quienes sin ser funcionarios públicos sino simples particulares, ejercen una función sucedánea de la administración de justicia, aunque sólo sea en la etapa decisoria y no en la ejecutiva, de acuerdo con nuestras leyes. ¿Es función pública la que ejerce el árbitro, para que pueda equipararse su situación a la del notario? Algunos autores han estado por la afirmativa. Así, para D'Onofrio "el árbitro puede realizar funciones públicas, si la ley lo autoriza... los árbitros están investidos de jurisdicción".⁶²

En el mismo sentido va la opinión de Ugo Rocco, quien la expresa en estos términos:

Nada impide, en efecto, considerar al arbitraje como uno de los casos en que el Estado deja a los particulares la facultad de ejercitar una función pública o, en general, un servicio público, sin perder, no obstante, la calidad de simples particulares, esto es, sin asumir la calidad de verdaderos órganos del Estado (oficio), sino obteniendo la equiparación, más o menos completa, de la propia actividad privada a la de un funcionario público.

Nos hallamos, en este caso, en presencia de un fenómeno que muy a menudo se realiza en el campo del derecho, o sea el de la asunción por un particular de una función pública o de un servicio público.⁶³

Y más adelante:

El laudo arbitral es y subsiste como una sentencia, o sea, como un acto de declaración del derecho emitido por órganos privados que asumen la función jurisdiccional...⁶⁴

Sin embargo, no ha habido acuerdo unánime en la doctrina sobre esta opinión que atribuye carácter público a la función del árbitro. Así, entre otros juristas, el gran Francesco Carnelutti sostiene:

La composición de la litis obtenida mediante el arbitraje no tiene carácter público, aunque puede adquirirlo mediante el decreto de ejecutoriedad del laudo pronunciado por el pretor; por eso, el arbitraje se considera aquí como un subrogado procesal.⁶⁵

⁶² *Lecciones de derecho procesal civil. Parte general*, México, Editorial Ius, 1945, cap. II, núm. 18, p. 61.

⁶³ *Teoría general del proceso civil*, México, editorial Porrúa, S. A., 1959, sec. II, cap. II, núm. 3, p. 99.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 101.

⁶⁵ *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-América, 1959, Libro III, tit. I, p. 116.

En todo caso, y aun aceptando la opinión primera, que sostienen Paolo D'Onofrio y Ugo Rocco junto con otros autores, todavía son profundas las diferencias que genéricamente separan la situación del notario de la de los árbitros. Podrá aceptarse que tienen ambos en común el ejercicio de una función pública, estatal, sin ser por ello funcionarios públicos, pero su situación es muy diferente en ese ejercicio. El árbitro es designado con carácter temporal, para resolver uno o varios asuntos concretos; el notario, en cambio, queda encargado de la función en forma permanente y sin limitación ni especificación de casos para ejercerla. El primero es nombrado por acuerdo de las partes que se someten y sólo a falta de ese acuerdo, por el juez competente, pero suponiendo en todo caso la existencia de un compromiso previo de sometimiento (compromiso arbitral). El segundo, en cambio, queda encargado de la función por el Estado mediante lo que Alessi califica de "un acto formal de investidura que se concreta en un acto formal de nombramiento"⁶⁶ para cuya aceptación tiene que rendir protesta semejante a la de los funcionarios públicos de acuerdo con nuestra ley, lo que no ocurre al árbitro. El incumplimiento de éste al ejercicio de su función le origina sólo responsabilidad civil para con las partes pero no administrativa para con el Estado, como la que recae sobre el notario.

VIII. Revisemos, por último, cuáles han sido las opiniones de nuestras autoridades sobre la naturaleza jurídica del notario. Ya hemos visto, al comienzo de este capítulo, cómo algunos de nuestros legisladores sostuvieron una posición francamente funcionarista en los debates que entablaron al discutir la actual Ley de Profesiones para el Distrito Federal. También la Suprema Corte de Justicia se mostró funcionarista al expresar en una ejecutoria que:

...el amparo procede por violación de garantías individuales y no por la violación de todo derecho, ni menos de aquellos que se hace provenir del ejercicio y función de una investidura oficial, como es el notariado; por tanto, cuando los actos de las autoridades afecten al quejoso, en sus actos como funcionario, el amparo es improcedente.⁶⁷

En ejecutoria anterior, también se había mostrado funcionarista el mismo Tribunal, aunque empleando expresiones que, literalmente tomadas, podrían acercarlo a la posición de Alessi. Dice como sigue la parte que nos interesa de esa ejecutoria:

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 162.

⁶⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 4, 7ª época, 4ª parte, amparo directo 8743/67, Miguel Ángel Gómez Yáñez, p. 57.

El juicio de amparo se da únicamente por violación de garantías individuales, y no de todo derecho, ni menos de derechos que se hacen provenir del ejercicio y función de una investidura oficial, como ocurre en el caso; por tanto, dichos actos, en cuanto afectan al quejoso, no en su condición de individuo, sino de ciudadano investido de una función pública, como lo es la de Notario, ...no han podido violar garantía individual alguna del quejoso, y en cuanto a los mismos, procede dictarse desde luego sobreseimiento.⁶⁸

También se mostró funcionarista la Suprema Corte de Justicia en otra ocasión, al decir:

El Notario solamente puede intervenir en las sucesiones como funcionario público en los casos expresa y limitadamente señalados por la Ley Procesal Civil.⁶⁹

Más interesantes nos parecen las resoluciones dadas por la Procuraduría General de la República y por la entonces Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, como órganos encargados de interpretar las leyes, a consultas que les formuló el Consejo de Notarios del Distrito Federal para saber si eran aplicables a éstos las disposiciones de los artículos 110 y 4º transitorio de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados de fecha 30 de diciembre de 1939 (actualmente derogada por la de 31 de diciembre de 1979). Estos preceptos, que corresponden al artículo 92 de la ley vigente, imponían a los funcionarios y empleados públicos la obligación de manifestar los bienes raíces y depósitos bancarios que les pertenecieran al tomar posesión de sus cargos.

La respuesta que la Procuraduría General de la República dio mediante oficio de fecha 6 de marzo de 1953, dice en la parte que aquí nos interesa:

Esta Procuraduría, en dictamen de 14 de mayo de 1940 sustentó el criterio de que los Notarios Públicos del Distrito Federal no están obligados a hacer la manifestación indicada por el artículo 110 de la Ley de Responsabilidades Oficiales por no ser funcionarios públicos sujetos a esa Ley, porque su misión se reduce a autenticar actos que se rigen por su ley especial y por las leyes comunes, lo cual se comunicó oportunamente a ese Colegio de Notarios. Después del estudio de las adiciones y reformas de esa Ley de Responsabilidades, publicada en el Diario Oficial del 7 de enero de 1953 se llegó a la conclusión de que las mismas no entrañan ninguna modificación que justifique un cambio de criterio. . .

⁶⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, t. xx, 5ª época, sección, 1ª, amparo en revisión núm. 2435/27, López Guerrero Emilio, p. 2761.

⁶⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. xvi, cuarta parte, amparo directo 441/57, Juan Moulin García Suc., p. 107.

En cuanto a la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, expresó en oficio de fecha 3 del mismo mes y año, al resolver la consulta,

que los Notarios Públicos no están obligados a presentar las manifestaciones mencionadas pues aún cuando los mismos Notarios son Funcionarios con fe pública, no deben considerarse como Funcionarios Públicos, toda vez que no tienen el carácter de empleados del Estado, ni rinden la protesta constitucional, ni perciben sueldo del Erario, sino que devengan honorarios que pagan los particulares, en su calidad de clientes. Por otra parte, debe estimarse que los Notarios Públicos no quedan comprendidos entre los Funcionarios y empleados a que se refiere la Ley de Responsabilidades antes citada y los hechos delictuosos que pudieran cometer en el ejercicio de su encargo, no pueden ser considerados como delitos oficiales, dados los términos de las diversas fracciones del artículo 18 de la Ley precitada.

La negativa de ambas resoluciones para incluir al notario entre los funcionarios públicos es acertada, por más que en la segunda de ellas se incurra en el error de distinguir entre funcionarios públicos y funcionarios con fe pública, lo que carece de todo fundamento legal y doctrinario. Habría sido exacto considerar a esta última como función pública, pero negando que sea funcionario el que la ejerce, toda vez que ha sido encomendada a un particular, el notario, para que la ejerza profesionalmente. Tanto más cuanto que se reconoce en la propia resolución —y ello demuestra que no está mal orientada— que el notario no es retribuido por el Estado, sino remunerado por sus clientes de los servicios que presta. Es muy criticable, en cambio, el que esta segunda resolución diga que los notarios no rinden protesta constitucional como los funcionarios; aseveración inexacta y contraria al texto del artículo 25, de la vigente Ley del Notariado, correspondiente al artículo 129 de la Ley que regía cuando se dictó la resolución.

IX. Tomando en cuenta esta peculiar situación que guarda el notario, quien siendo un profesional del derecho, esto es, abogado, ejerce como tal una función pública, una función del Estado, procede examinar en qué forma y con qué modalidades existe para él la obligación del secreto profesional.

La Ley del Notariado vigente dispone en su artículo 32:

“Los notarios, en el ejercicio de su profesión, deben guardar reserva sobre lo pasado ante ellos y están sujetos a las disposiciones de Código Penal sobre secreto profesional, salvo los informes obligatorios que deben rendir con sujeción a las leyes respectivas y de los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de los cuales podrán enterarse las personas que no hubiesen intervenido en ellos y siempre que a

juicio del notario tengan algún interés legítimo en el asunto y que no se haya efectuado la inscripción respectiva.”

El precepto se refiere tan solo a la reserva que incumbe a los notarios por el ejercicio de las funciones públicas, empleando la expresión de “lo pasado ante ellos”. Esto significa lo que se ha hecho constar en instrumentos públicos; sin mencionar lo conocido en confidencia de los clientes, como lo establecía la Ley anterior en su artículo 12 (correspondiente al 31 de la ley actual, que se acaba de transcribir). Tales confidencias caen dentro del secreto profesional que corresponde a los notarios como abogados, a diferencia de los actos ingresados al protocolo que dan lugar al secreto típicamente notarial. Además, la mención que hace el precepto antes transcrito, de “los informes obligatorios que deben rendir con sujeción a las leyes respectivas” y más aún la que hace de “los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad”, esbozan, apenas débilmente, un principio para caracterizar el secreto del notario.

Las dos menciones señalan otras tantas limitaciones al deber de reserva, sólo que con significado y alcance muy diferentes, pues en tanto que la primera de ellas atañe al concepto de “justa causa” para revelar, particularmente al de justificación por el cumplimiento de un deber legal, que ya examinamos ampliamente en el capítulo sexto, al estudiar los límites del secreto profesional, la segunda mención, en cambio, alude a la publicidad a que muchos de los actos notariales se encuentran ulteriormente destinados, lo cual da al secreto del notario en tales casos un carácter netamente temporal y transitorio, por lo que más que una limitación al deber de reserva, implica la cesación del mismo.

Al abordar este tema José María Mustápičh, expresa en los siguientes párrafos:

Señala Sanahuja y Soler: La doctrina distingue entre hechos secretos por naturaleza o conocidos en el ejercicio de la profesión y ‘hechos de confidencia’. En razón del primer grupo, son secretos: el contenido de los actos notariados (las convenciones y hechos que los notarios comprueban); los hechos conexos con dichos actos, en relación íntima con ellos, de los que pueden ser causa, explicación o preparación, *verbi gratia*, las cartas y otros documentos análogos considerados como reservados, aunque en sí mismos carezcan de interés jurídico, siempre que hayan sido conocidos por el notario en razón de su profesión y los hechos de los cuales el notario tiene conocimiento como consejero de las partes. Así según Clement la situación del notario que aconseja a sus clientes, aun sin llegar a la redacción del instrumento, es asimilable a la del sacerdote que recibe las confidencias de sus fieles, aunque no sea a título de confesión.

El segundo grupo abarca, como dijimos, “los hechos objeto de confidencia”, o más exactamente quizá, los hechos que son secretos, debido a que con este carácter le han sido confiados al notario. El secreto profesional garantiza toda confidencia hecha a un notario, aun con ocasión de actos extraños a su

profesión, pero a condición de que el cliente se haya confiado a él "en razón de su cualidad de notario". Así la Cour de Toulouse (30 de marzo de 1898) admite que un notario puede invocar, para guardar silencio respecto a las cuestiones por las que se le pregunta, la consideración de que ha procedido a título confidencial. Los comentadores de dicho país ven en esta resolución el pleno imperio de lo subjetivo en tanto se deduce de ello que para determinar si hay o no secreto profesional hace falta penetrar en el fuero íntimo de aquél a quien se confía.⁷⁰

Efectivamente, la doctrina y jurisprudencia francesa están entre las que han abordado este tema con mayor insistencia. Perraud-Charmantier nos da a conocer en los siguientes términos la posición de ambas, hasta la época en que él escribió su libro:

El notario tiene la obligación del secreto, pero ¿cuál será el objeto de esta obligación? ¿Qué actos de la práctica notarial comprende ella? Los actos auténticos son secretos; la jurisprudencia admite que los hechos confiados en vista o con ocasión de estos actos deben ser secretos, pero solamente en caso de petición expresa de parte del cliente. La doctrina notarial es casi unánime en sostener que el notario esté obligado al secreto en lo que toca a los hechos secretos por naturaleza, es decir a aquellos en que el secreto se reputa solicitado por el cliente, a pesar de que no haya habido de su parte ninguna petición formal; todos los hechos para los cuales la jurisprudencia exige la condición de la petición expresa del secreto deberían ser reputados secretos en razón de su naturaleza susceptible de exigir por sí misma la discreción, como son aquellos que el abogado o el procurador han sabido en el ejercicio de su profesión.⁷¹

En realidad vemos en las anteriores opiniones un planteamiento inexacto o, por lo menos, inadecuado a nuestra época y a nuestras leyes, de lo que el secreto profesional debe constituir para el notario. Al comienzo de este capítulo hemos expuesto las ideas de González Palomino y de Villalva Welsh, conforme a las cuales el "quehacer" del notario se reduce a la pura instrumentación, sin comprender su labor como jurista, pues estiman dichos autores que cuando realiza esta última no lo hace como notario estrictamente hablando. También dimos a conocer allí nuestra opinión en desacuerdo con la de estos dos autores. Pero, como quiera que sea, la verdad es que el notario ejerce en la práctica ambas actividades, la de jurista y la de formador de instrumentos públicos y que tanto la costumbre como las leyes, han puesto ambas a su cargo. Y es en esta distinción en donde deben buscarse la verdadera tipicidad y las modalidades que para el notario tiene en sus labores el secreto profesional.

⁷⁰ *Op. cit.*, t. I, cap. VIII, núm. II, p. 174.

⁷¹ *Le secret professionnel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926, 1ª parte, cap. IV, p. 140.

Puede ser que el notario actúe solamente como jurista, esto es, como abogado que conoce las leyes y las aplica, escuchando confidencias, prestando consejo a los clientes e incluso realizando actos para los que no necesita calidad de notario, puesto que cualquier abogado que no lo sea puede también llevarlos a cabo. Mientras estas actuaciones del notario no cristalicen en la confección de un instrumento público que llegue al protocolo, rige para él la obligación del secreto con igual intensidad y con las mismas limitaciones que para todo abogado, las cuales estudiamos ya en los capítulos que preceden. Su responsabilidad en caso de una indebida revelación de los hechos conocidos por él, ya sea porque el cliente se los haya confiado en forma personal o bien porque se haya enterado de los mismos en su intervención como profesionista, aún sin confidencia expresa, es la misma que tendría cualquier abogado tanto en el aspecto civil como en el punitivo. Para cuando se presenten tales situaciones al notario, nada tenemos que agregar a lo ya expuesto.

Cosa muy distinta ocurre cuando se pasa a los actos instrumentados, esto es, cuando el protocolo recibe en sus páginas lo que debe hacerse constar en ellas por el notario para autenticar o para dar forma legal a todo lo que por disposición obligatoria de la ley o por petición voluntaria de los interesados ha de quedar escrito en un instrumento notarial.

No debe olvidarse, por otra parte, que aún cuando el notario no es funcionario público, según la opinión que hemos aceptado más arriba, ejerce una función pública que el Estado le encomienda. Y aquí entran en juego tanto la lealtad para con el cliente a quien sirve con carácter profesional, como la lealtad para con el Estado de quien ha recibido el encargo de la función. El secreto profesional no puede, entonces, tener aquí el mismo alcance y operar de la misma manera que en el primer caso, en que se trata de actividades que no llegan a culminar en un instrumento público o no se expresan en él. En el segundo supuesto que examinamos, el notario no puede guardar la misma reserva, pues todo lo instrumentado no solo es conocido por él sino también por funcionarios del Estado o por otras personas a quienes da acceso éste al protocolo, en alguna de las siguientes formas, que más adelante vamos a examinar: *a)* mediante la obtención de traslados del instrumento notarial; *b)* mediante la práctica de inspecciones al protocolo, que el notario esté obligado a permitir; *c)* mediante la trasmisión de tenencia del protocolo y, finalmente, *d)* mediante la obtención de informes relativos al instrumento, que el notario debe dar.

X. El secreto profesional, por tanto, ya no tiene el mismo carácter personal en el caso de los instrumentos públicos. Ya no existe la misma relación de conocimiento exclusivo de la intimidad del cliente por el notario,

Capítulo Octavo: El secreto del notario

X. Secreto del instrumento público. Sus límites: obtención de trasla- dos y exhibición del protocolo	333
XI. Visitas de inspección	341
XII. Trasmisión de tenencia del protocolo	345
XIII. Informes a las autoridades	346
XIV. Comentarios a una tesis de la Suprema Corte de Justicia	348
XV. Los actos inscribibles en registros públicos	355

Puede ser que el notario actúe solamente como jurista, esto es, como abogado que conoce las leyes y las aplica, escuchando confidencias, prestando consejo a los clientes e incluso realizando actos para los que no necesita calidad de notario, puesto que cualquier abogado que no lo sea puede también llevarlos a cabo. Mientras estas actuaciones del notario no cristalicen en la confección de un instrumento público que llegue al protocolo, rige para él la obligación del secreto con igual intensidad y con las mismas limitaciones que para todo abogado, las cuales estudiamos ya en los capítulos que preceden. Su responsabilidad en caso de una indebida revelación de los hechos conocidos por él, ya sea porque el cliente se los haya confiado en forma personal o bien porque se haya enterado de los mismos en su intervención como profesionista, aún sin confidencia expresa, es la misma que tendría cualquier abogado tanto en el aspecto civil como en el punitivo. Para cuando se presenten tales situaciones al notario, nada tenemos que agregar a lo ya expuesto.

Cosa muy distinta ocurre cuando se pasa a los actos instrumentados, esto es, cuando el protocolo recibe en sus páginas lo que debe hacerse constar en ellas por el notario para autenticar o para dar forma legal a todo lo que por disposición obligatoria de la ley o por petición voluntaria de los interesados ha de quedar escrito en un instrumento notarial.

No debe olvidarse, por otra parte, que aún cuando el notario no es funcionario público, según la opinión que hemos aceptado más arriba, ejerce una función pública que el Estado le encomienda. Y aquí entran en juego tanto la lealtad para con el cliente a quien sirve con carácter profesional, como la lealtad para con el Estado de quien ha recibido el encargo de la función. El secreto profesional no puede, entonces, tener aquí el mismo alcance y operar de la misma manera que en el primer caso, en que se trata de actividades que no llegan a culminar en un instrumento público o no se expresan en él. En el segundo supuesto que examinamos, el notario no puede guardar la misma reserva, pues todo lo instrumentado no solo es conocido por él sino también por funcionarios del Estado o por otras personas a quienes da acceso éste al protocolo, en alguna de las siguientes formas, que más adelante vamos a examinar: *a)* mediante la obtención de traslados del instrumento notarial; *b)* mediante la práctica de inspecciones al protocolo, que el notario esté obligado a permitir; *c)* mediante la trasmisión de tenencia del protocolo y, finalmente, *d)* mediante la obtención de informes relativos al instrumento, que el notario debe dar.

X. El secreto profesional, por tanto, ya no tiene el mismo carácter personal en el caso de los instrumentos públicos. Ya no existe la misma relación de conocimiento exclusivo de la intimidad del cliente por el notario,

sino que se trata de un secreto compartido con otras personas, por disposición de la ley, aún cuando éstas, por su parte, en el caso de los funcionarios, estén también obligadas a la reserva. Aquí la lealtad del notario para con su cliente exigirá hacerle saber esta posibilidad para que no quede engañado respecto a la guarda de su secreto. Sin embargo, la obligación de reserva no desaparece para el notario en estos casos. Continúa existiendo como una regla general. Y aún cuando las limitaciones que tiene por efecto de las leyes la han reducido para lo instrumentado, tales limitaciones tienen en todo caso carácter de normas de excepción y, por lo tanto, deben de interpretarse con sentido estricto (artículo 11 del Código Civil). Interesa por tanto examinar esas limitaciones impuestas por la ley al secreto del instrumento notarial, para precisar el alcance de ellas.

La primera, en el orden en que las hemos enumerado, es la que se refiere a obtención de traslados del instrumento notarial. A ella debe equipararse y ser considerada con efectos similares, la posibilidad de ver el protocolo para enterarse del contenido de un instrumento, aun sin obtener traslado del mismo. Nuestra Ley del Notariado dispone en su artículo 97 que “sin necesidad de autorización judicial se expedirán primero, segundo o ulterior testimonio, a cada parte o al autor del acto consignado en el instrumento de que se trate o bien, a sus sucesores o causahabientes”. Ya antes la propia Ley había definido al testimonio en el artículo 93 al decir que “Testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial y se transcribe o se incluyen reproducidos los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que estuvieren redactados en idioma extranjero, a no ser que se les incluya en fotocopia, con su respectiva traducción y los que se hayan insertado en el instrumento”. Más adelante establece este precepto lo que se entiende por testimonio parcial y permite —a contrario sensu— su expedición, salvo que “la parte omitida pueda causar perjuicio a tercera persona”.

El transcrito artículo 97, al disponer la expedición de testimonios sin autorización judicial, se refiere solo a las partes, al autor del acto de que se trate y a sus sucesores o causahabientes. Con la expresión “autor del acto” parece referirse a los testamentos, siendo lamentable que la posibilidad de expedir testimonios a los sucesores del testador no la haya condicionado la Ley a la previa comprobación de su muerte, pues aún cuando ello deba sobreentenderse por razones obvias, hubiera sido mejor establecer tal exigencia de manera expresa, atenta la importancia que tiene. En cambio omite el referido precepto, en su enumeración, a los interesados (cuando no son partes) en la obtención de un testimonio, a diferencia de la ley anterior que sí los mencionaba en su artículo 73 disponiendo que “A cada parte o interesado podrá expedirle el notario

un primer testimonio, un segundo o de número ulterior, sin necesidad de autorización judicial”.

Pensamos sin embargo, que tal omisión no produce el efecto de excluir necesariamente a los interesados que no sean partes, causahabientes ni sucesores, del derecho a obtener traslados de un instrumento, ya que el artículo 43 de la nueva Ley se refiere expresamente a ellos al disponer que el notario “expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes”. De esta disposición parece inferirse que el legislador consideró como equivalentes las denominaciones de partes e interesados y que esta fue la razón que tuvo para suprimir la última en el artículo 97. Además, como el concepto de interés legítimo aparece en el artículo 31 antes transcrito, disponiendo que quienes lo tengan podrán enterarse de los actos sujetos a registro, aún sin haber intervenido ellos, resulta que dicho concepto sigue siendo de importancia primordial para el secreto del notario, por lo que se impone determinarlo con precisión al haberse abstenido la Ley de dar una definición del mismo.

El concepto de parte no nos parece difícil de precisar y creemos que en el sentido en que la Ley lo emplea, no comprende a todos cuantos intervienen en el instrumento y de algún modo comparecen en él, sino solamente a quienes son términos de la relación jurídica que se crea o se constata por el acto o hecho jurídico materia de dicho instrumento (partes contratantes, testador, mandante unilateral, requirente, interpellante, solicitante de una notificación o de una fe de hechos materiales y los correspondientes pasivos de éstos: interpellado, requerido, notificado, etcétera). La ley, por lo tanto, alude con el término de “partes”, a las que son tales en la relación sustantiva, no en el instrumento. Así, quedarán excluidos de ese concepto y, por lo mismo, carecerán de derecho a obtener traslado —sin necesidad de autorización judicial, como especifica el artículo 97— los testigos instrumentales del testamento, los testigos de identidad, los peritos e intérpretes, que aunque comparezcan en el instrumento y lo firmen, no derivan de la relación sustantiva en sí misma —acto o hecho jurídico instrumentado— ningún derecho que los beneficie u obligación que los grave. Podrán ellos obtener la copia o el testimonio en algunos casos, pero ya no como partes, sino como interesados. Y de eso nos vamos a ocupar en seguida.

Por el contrario, el concepto de interesado resulta más difícil de precisar y su importancia para determinarlo, como titular del derecho para obtener traslados del instrumento o para enterarse de su contenido, radica en que, no siendo un concepto definido por la ley, su determinación queda librada por completo a la apreciación del notario. Y como un yerro en la misma puede dar origen a revelación del secreto que consta en el

instrumento, si se expide traslado de éste o se le permite conocer a quien no fuera interesado, ello haría pasible de las sanciones correspondientes al notario.

Nuestro Código Penal de 1871 contemplaba expresamente este caso, haciéndolo formar delito autónomo, al disponer en su artículo 770:

"El notario o cualquiera otro funcionario público que, estando encargado de un documento que no deba tener publicidad, lo entregue maliciosamente a una persona que no tenga derecho de imponerse de él, o le dé copia, o le permita leerlo; será castigado con dos años de prisión y multa de segunda clase, si resultare perjuicio grave a un tercero, o el delincuente hubiere obrado por interés. En este último caso, si hubiere recibido algo como remuneración de su delito, se le obligará a devolverlo, y su importe se aumentará a la multa.

"Si el perjuicio no fuera grave, se impondrá arresto de ocho días a seis meses y multa de segunda clase; y en su caso se hará lo que previene el párrafo anterior."

Este precepto quedó suprimido en el Código actual, seguramente porque se estimó que los hechos tipificados en el mismo como delictuosos ya quedaban genéricamente comprendidos en los artículos 210 y 211, relativos a la revelación de secretos —el último al secreto profesional en particular— los que ya fueron ampliamente estudiados en el capítulo segundo de esta obra. Sin embargo, acaso no estuvo del todo bien la supresión, ya que el transcrito artículo 770 tutelaba penalmente bienes jurídicos no solamente contra la revelación de secretos, sino contra otros daños que podían causarse con la expedición indebida de un traslado, como más adelante podrá apreciarse por los conceptos que sobre el tema que nos ocupa expone Giménez Arnau en obra suya diversa de la que antes hemos citados varias veces. Expresa este autor refiriéndose a la ley española:

De la lectura y examen de los artículos 17 y 18 de la ley se infiere que el legislador quiso limitar la posibilidad de expedición de copias, sin duda con el propósito de aumentar las garantías y defensas de los otorgantes. Sólo éstos y sólo una vez pueden obtener copia —en los casos normales— con carácter de primera. De este modo se previene que la copia pueda ser mal utilizada por persona que no sea uno de los otorgantes.

Pero este punto de vista, para ser acertado no podía aplicarse con todo rigor. En primer término, la ley exceptúa los actos unilaterales. En segundo lugar era necesario establecer una previsión para el supuesto que la primera copia se haya destruido o extraviado. Por eso permitió la ley expedir segundas copias —con efectos de primera— mediante el consentimiento de los interesados o mandamiento judicial.⁷²

⁷² *Instituciones de derecho notarial*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954, t. II, tema XLII, núm. II, p. 255.

Lo relativo a expedición de segundas copias y la necesidad del mandamiento judicial para obtenerlas no son disposiciones aplicables en nuestro sistema legal —salvo el caso que prevee el artículo 443, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles, para la ejecutividad del documento— pero con lo demás del comentario estamos de acuerdo.

Por otra parte, el mismo autor, Giménez Arnau, al tratar el tema del “Interés Legítimo” para la obtención de copias dice:

El artículo 222 del Reglamento exige para la expedición de copias que se justifique ante el notario “y a juicio de éste” el derecho de los interesados a obtenerlas. Añade el mismo texto: “y siempre que la finalidad de la petición sea la prescrita en el artículo 498 de la ley de Enjuiciamiento civil (diligencias preliminares de los juicios declarativos).” Por su parte, el artículo 224 añade: “Además de cada uno de los otorgantes, según el artículo 17 de la ley tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuya favor resulte de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten a juicio del notario tener interés legítimo en el documento.”

Por tanto resulta que el concepto “interés legítimo” queda remitido a la calificación notarial; pero ésta no puede ser arbitraria ni caprichosa, pues el propio Reglamento establece recurso contra la decisión negativa del notario.⁷³

El problema de la revelación de secretos se presenta entonces al notario en el caso de expedición de traslados a los interesados, no a las partes que necesariamente conocen el instrumento, sino a aquellos que, sin haberlo suscrito ni aun como testigos, peritos, intérpretes, etcétera, que también pueden llegar a ser interesados en la expedición, quieran ésta para el logro de alguna finalidad legítima que conforme a la ley tienen derecho a alcanzar. Y como la calificación de la utilidad del traslado como medio y de la legitimidad del fin recaen en estos casos sobre el notario, resalta aquí la importancia que tiene para éste la determinación del concepto de interés a que la ley se refiere, calificación que no debe confundirse con la estimación de la prueba de ese interés, que también debe ser hecha por el notario, valorándola según su prudente arbitrio.

Sin duda alguna es la doctrina de los procesalistas una de las que más ha profundizado en la determinación del concepto de interés, por la relación que éste guarda con la posibilidad de ejercicio de la acción. Nuestro Código de Procedimientos Civiles dispone a este respecto en su artículo primero:

“El ejercicio de las acciones civiles requiere:...

IV. El interés en el actor para deducirla.

⁷³ *Ibid.*, p. 257.

Falta el requisito del interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una acción, aun suponiendo favorable la sentencia."

Esta vinculación estrecha entre el ejercicio de la acción civil y el interés para ejercitarla, se pone de manifiesto por Rafael de Pina en los siguientes párrafos:

Se considera como un principio tradicional que el interés es la medida de la acción. El ejercicio de la acción, sin la concurrencia de este requisito, constituye un caso de abuso del derecho. El que formula una demanda judicial, debe tener interés.

Nadie está autorizado legítimamente para plantear litigios cuya solución no le importa en modo alguno. Los prácticos franceses han concretado esta doctrina en las máximas siguientes: "Pas d'intérêt, pas d'action. L'intérêt est la mesure des actions".⁷⁴

Sin embargo, debe distinguirse, para los efectos procesales, como lo hace Ugo Rocco, el interés correspondiente al derecho sustantivo, generalmente de carácter privado, que este autor llama interés primario, del que corresponde al derecho de acción, derecho subjetivo público este último, cuya autonomía respecto del anterior se impone reconocer. A este segundo interés, que tiene como finalidad obtener la tutela del Estado en cada caso concreto, mediante el ejercicio de la función judicial, lo llama Rocco interés secundario. Y tal diferenciación la plantea en los siguientes términos:

Pero ¿qué es entonces el interés en obrar en una concepción de la acción como la nuestra, cual un derecho autónomo, independiente del derecho material? No es otra cosa, generalmente hablando, que el elemento substancial del derecho de acción, y precisamente, es aquél interés que, protegido jurídicamente por el derecho procesal objetivo, constituye el derecho de acción.

Tal interés es, justamente, el interés en que declare el Estado, la tutela jurídica correspondiente a un determinado interés, y a la realización del mismo, cuya tutela es cierta legalmente.⁷⁵

Y para determinar la existencia o la falta de interés en cada caso, acude Rocco a dos criterios diferentes. Positivo uno: la utilidad en el ejercicio de la acción. Si tal ejercicio es inútil para la finalidad que persigue el titular, no podrá haber interés. Y negativo el otro: la producción de un daño o perjuicio para el titular si no obtiene la actuación jurisdiccional que solicita. En otros términos, se trata de la necesidad de esta última, como medida indispensable para evitarse aquel daño o perjuicio.

⁷⁴ *Principios de derecho procesal civil*, México, Ed. Jurídicas Hispano Americanas, 1940, parte v, cap. 1, núm. 3, p. 118.

⁷⁵ *Op. cit.*, parte 3ª, cap. 1v, núm. 3, p. 245.

Oigamos la expresión, un poco confusa, que de esta doctrina hace su autor en los siguientes párrafos:

Como criterio general podemos decir que en tal operación se formula un juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional que diga con la utilidad que de tal providencia pueda derivar para quien la gestiona, con respecto a una determinada relación jurídica. En otros términos: existe el interés a la declaración de la tutela que corresponde a un interés determinado, cuando tal declaración o tal realización producen una utilidad actual para el titular de aquél. Refiérese, pues, el juicio de utilidad, caso por caso, a los efectos del acto jurisdiccional reclamado.

Semejante juicio, como lo hemos dicho, no siempre es fácil, por lo que a este criterio positivo cabe agregar un criterio negativo de más simple aplicación, con lo que podrá establecerse si, en un caso determinado, un determinado sujeto tenga o no interés en obrar, contemplando si la falta de la providencia jurisdiccional solicitada le acarrearía o no un daño o, en general un perjuicio. En caso afirmativo, no habrá duda de que existe el interés en obrar o contradecir; en caso contrario, claro será que tal interés no existe.⁷⁶

A la luz de estos conceptos podemos entonces sostener que el interés en la protección jurisdiccional concreta —interés secundario para Rocco— se funda en dos diferentes ideas: la utilidad y la necesidad de ejercitar la acción. Faltará por tanto el interés, lo mismo cuando se sabe de antemano que no se alcanzará el fin perseguido con ese ejercicio, como en el caso de que dicho fin pueda alcanzarse sin necesidad del ejercicio de la acción; esto es, con el empleo de otro medio lícito diverso de la actuación jurisdiccional del Estado. Este último requisito se vincula ya, como puede verse, con el principio de economía procesal.⁷⁷

Podemos hacer alguna aplicación de los anteriores criterios para determinar cuándo existe interés en la persona que solicita al notario el traslado de algún instrumento público o su exhibición. El requisito de utilidad es indispensable. El de necesidad no, porque no puede ser conocido ni controlado por el notario. No puede exigirse que el interesado no disponga de otros medios diversos del traslado que solicita, para al-

⁷⁶ *Ibid.*, p. 246.

⁷⁷ Observó muy bien esto último Eduardo Pallares, el inolvidable y querido maestro de nuestros años de estudio en la Facultad de Derecho, quien criticando el artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles en la parte que del mismo acabamos de citar, dice: "La principal objeción que puede hacerse contra el concepto de interés, tal como lo define el artículo 1º, consiste en que confunde la imposibilidad de ejecutar la sentencia con la noción de interés. Este no sólo tiene relación con dicha imposibilidad, sino que concierne a un principio más amplio, el de la economía de procedimiento". Y más adelante añade: "Otro error en que, en mi humilde opinión, incurrió el legislador mexicano, consiste en considerar en todo caso el interés como condición para el ejercicio de la acción y no como condición de la acción misma, o sea una condición para obtener sentencia favorable..." (*Tratado de las acciones civiles*, México, Ediciones Botas, 3ª ed., 1962, cap. xviii, pp. 102 y 104).

canzar la misma finalidad que con éste persigue, pues ello haría imposible casi siempre toda expedición. Además, no existe ningún principio de economía notarial como el que existe en materia procesal. En cuanto al requisito de la utilidad, sí debe ser apreciado por el notario según su arbitrio y sus conocimientos jurídicos, pero tomando en cuenta esa distinción apuntada por Rocco, a que nos acabamos de referir, entre interés primario e interés secundario. Este último es el que concierne al notario calificar; no el primero. Para que exista interés legítimo en la obtención de un traslado se requiere que éste venga a ser útil al solicitante en el ejercicio, judicial o extrajudicial, de algún derecho suyo; pero no necesariamente para que alcance éxito en ese ejercicio, obteniendo la prestación que corresponda al derecho ejercitado, pues esto último ni lo puede determinar el notario de antemano, ni debe prejuzgar sobre tal efecto, que ya no es de su competencia.⁷⁸

De todo lo anterior debe concluirse que la expedición de traslados del instrumento notarial a personas diversas de las que lo conocen por haberlo suscrito, constituye una limitación —la primera de las que hemos enumerado— al secreto del protocolo o secreto del instrumento. A dicha expedición puede equipararse la simple exhibición de éste, que tiene que regirse también por el principio del interés legítimo. Nuestras leyes se refieren a esa exhibición en los supuestos en que el notario debe hacerla por orden de autoridad.

Así, el artículo 45 de la Ley del Notariado, después de prohibir que el protocolo salga de la notaría y señalar los casos de excepción en que puede sacarse, añade en su párrafo último:

Si alguna autoridad con facultades legales ordena inspección de uno o más libros del protocolo, el acto se efectuará en la misma oficina del notario y en presencia de éste.

Tal disposición está en consonancia con las de los artículos 197 y 333 del Código de Procedimientos Civiles, que disponen:

Art. 197. Cuando se pida la exhibición de un protocolo o de cualquier otro documento archivado, la diligencia se practicará en el oficio del notario o en la oficina respectiva, sin que en ningún caso salgan de ellos los documentos originales.

⁷⁸ No podrá objetarse a lo anterior que el "interés procesal" es muy diferente del "interés notarial" y que confundir ambos es tanto como caer en una concepción procesalista del derecho notarial, a la que somos totalmente ajenos. El interés jurídico —secundario en este caso— no es más que uno. Los que difieren son los medios para satisfacerlo. El jurisdiccional es uno y el notarial otro. Resultan inconfundibles entre sí. Pero los principios relativos al interés son aplicables a ambos medios, con la debida adaptación, por ser esos principios los mismos.

Art. 333. Los instrumentos públicos que hayan venido al pleito sin citación contraria, se tendrán por legítimos y eficaces, salvo que se impugnare expresamente su autenticidad o exactitud por la parte a quien perjudiquen. En este caso, se decretará el cotejo con los protocolos y archivos, que se practicará por el secretario, constituyéndose, al efecto, en el archivo o local donde se halle la matriz a presencia de las partes, si concurrieren, a cuyo fin se señalará previamente el día y la hora, salvo que el juez lo decretare en presencia de los litigantes o se hiciere en el acto de la audiencia de pruebas. También podrá hacerlo el juez por sí mismo cuando lo estime conveniente.

La finalidad que se nota en estos preceptos es la protección del secreto y seguridad del protocolo, impidiendo que salga de la oficina del notario y exigiendo la presencia de éste entre las formalidades que deben observarse para garantía, en el acto de la exhibición. Pero lo que aquí nos interesa es el principio que rige esa exhibición, que como antes hemos dicho es el mismo que rige la expedición de traslados, aun en el caso de que una u otra se logren por orden judicial y no por petición hecha directamente al notario. Ese principio que, como acabamos de decirlo, es la existencia de un interés legítimo en el solicitante, no desaparece por el hecho de que sea una autoridad quien ordene al notario la expedición o exhibición. Sigue rigiendo plenamente, sólo que la apreciación del interés queda transferida en este último caso a la autoridad que da la orden. Ella será quien tenga que ver probada la existencia del mismo y calificar su legitimidad, ya que, de no darse éstas, será responsable esa autoridad de haber compelido al notario a cometer una revelación indebida. La responsabilidad de éste podrá quedar excluida en tal caso por la obediencia al mandato, pero subsistirá para la autoridad que lo dictó, atento lo que dispone al artículo 13, fracción II del Código Penal, expresando:

“Son responsables de los delitos: ...

II. Los que inducen o compelen a otro a cometerlos;...”.

Comentando esta disposición, expresan Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas:

Los que compelen —de compeler: obligar a uno, por fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere—, a otro a cometer el delito, *verbi gratia*, por mandato, orden, coacción moral, etcétera, son también autores intelectuales. El compelido puede no ser responsable si obra en estado de necesidad, a virtud de obediencia jerárquico-legítima, etcétera. Pero el que compele siempre lo es.⁷⁹

XI. No debe ser confundida, a pesar de la semejanza que guardan, la exhibición del protocolo por mandato de autoridad con la revisión del

⁷⁹ Código penal anotado, México, Editorial Porrúa, S. A., 1972, comentario al artículo 13, nota núm. 42, p. 53.

mismo por inspector, encargado de visitar la notaría también por orden de autoridad competente. Este último supuesto constituye la segunda de las limitaciones, señaladas antes, al secreto en la función notarial.

Actualmente ha tomado gran importancia esta limitación, por el aumento en la posibilidad legal de practicar visitas a las notarías, sobre todo para fines tributarios. El Código Fiscal de la Federación la establece en el artículo 83 al disponer que:

Las autoridades fiscales, a fin de determinar la existencia del crédito fiscal, dar las bases de su liquidación o fijarlo en cantidad líquida, cerciorarse del cumplimiento a las disposiciones fiscales y comprobar la comisión de infracciones a dichas disposiciones, estarán facultados para: I. Practicar visitas en el domicilio o dependencia de los sujetos pasivos, de los responsables solidarios o de los terceros, para revisar sus libros, documentos y correspondencia que que tengan relación con las obligaciones fiscales, . . .

Y aun cuando el precepto no menciona expresamente a los notarios, deben considerarse incluidos éstos entre los responsables solidarios, ya que también llegan a serlo por algunas prestaciones fiscales. En apoyo de esta opinión viene el artículo 39 del mismo Código al disponer: "Son infracciones cuya responsabilidad corresponde a los jueces, encargados de los registros públicos, notarios, corredores, y en general a los funcionarios que llevan la fe pública: . . . XIV. Resistirse por cualquier medio a las visitas de inspección. No suministrar los datos o informes que legalmente puedan exigir los inspectores. No mostrarles los libros, documentos, registros, y en general los elementos necesarios para la práctica de la visita." Finalmente, el artículo 84 del citado Ordenamiento señala los requisitos a que habrán de sujetarse las visitas de inspección y las formalidades que deberán observarse en ellas. Por su parte, la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal hace otro tanto en su artículo 10, en el que menciona expresamente a los notarios y a sus oficinas, llegando la misma Ley de Hacienda a tipificar como delito, en su artículo 980, el oponerse o resistir sin causa justificada "a las inspecciones o investigaciones fiscales que deben practicarse en los términos de esta Ley", sancionándolo con pena de prisión que podrá durar desde tres días hasta cinco años.

A diferencia de lo que ocurre con el caso anterior, o sea en la exhibición del protocolo por orden judicial, en que el notario queda eximido de responsabilidad, transfiriéndose ésta a la autoridad que libró el orden, en caso de producirse una revelación indebida por causa de esa exhibición, creemos que, tratándose de las inspecciones que ahora nos ocupan, existe para el notario el deber de oponerse a las mismas cuando adolecen de ilegalidad manifiesta. La misma disposición penal que acabamos de citar,

señala como uno de los elementos del tipo delictuoso el hecho de que la oposición o resistencia a la visita se hagan "sin causa justificada". Existiendo ésta no podrá, en consecuencia, integrarse el ilícito. Y es causa justificada el hecho de que la inspección no se ajuste a las disposiciones legales que la rigen. Si no proviene de autoridad competente para ordenarla, si el visitador no comprueba suficientemente su calidad o no observa durante la inspección las formalidades que para garantía del protocolo establece la ley o, más aun, si pretende extender la investigación más allá de lo necesario para el objeto de ella, el notario debe —y no solamente puede de acuerdo con la ley— oponerse a la misma e impedir que se realice, agotando todos los recursos y medios de defensa legal de que disponga. Al ser el notario un profesional del derecho por una parte, y al tener a su cargo la custodia del protocolo por otra, surge para él inevitablemente la obligación de mantener el secreto de los instrumentos, sin permitir su investigación más de lo estrictamente indispensable ordenado por la ley. La función del notario no puede ser en tales casos puramente pasiva; debe actuar jurídicamente para proteger al secreto, sin que quede libre de responsabilidad cuando éste es conocido por quien carecía de derecho para investigarlo, aun siendo autoridad, si hubo inactividad del notario para impedirlo.

Esta obligación es mayor aun si la inspección amenazare extenderse más allá del protocolo y otros documentos relativos al ejercicio de la función pública, pues en tal caso afectaría a lo que pertenece a la actuación del notario como profesional del derecho puramente y en la que, como ya hemos expresado, la obligación de guardar el secreto es más estricta. Sostiene Perraud-Charmantier que "La doctrina es favorable al secreto de todos los libros y registros del notario". Y entre ellos menciona algunos que corresponden a su actuación de profesional, tales como registros, repertorios, títulos, proyectos de actos, notas, cualesquiera documentos, borradores y libros de caja.⁸⁰ Por consiguiente, hasta estos documentos debe llegar la protección legal al secreto del notario, según el autor que acabamos de citar.

La resistencia u oposición a una visita ordenada por autoridad puede llegar a constituir el delito previsto por el artículo 180 del Código Penal, que expresa:

Se aplicará de uno a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos: al que, empleando la fuerza, el amago o la amenaza, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan alguna de sus funciones o resista al cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 139.

Pero en apoyo de la tesis que acabamos de expresar, sosteniendo que existe obligación para el notario de proteger el secreto del protocolo oponiéndose o resistiendo a una inspección notoriamente ilegal del mismo, vienen las opiniones de algunos autores que señalan los casos en que resulta legítima esa resistencia, con relación al precepto que acabamos de citar. En su comentario al mismo dicen Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas:

El mandato ha de ser legítimo o sea verdadero, genuino, justo, propio de las funciones que corresponden a la autoridad o a sus agentes, y ha de tratarse de ejecutarlo empleándose los medios y con los requisitos que legalmente proceden: pues no siendo así, la resistencia no será constitutiva del delito por carecer de antijuridicidad.⁸¹

Por su parte Sebastián Soler sostiene a este mismo respecto:

Siendo condición para la existencia del delito que la resistencia sea opuesta al funcionario en el ejercicio legítimo de la función, es obvio que no existirá delito tanto cuando el acto no importa ejercicio de la función como cuando, a pesar de tratarse de una acción funcionalmente posible, ella sea sustancialmente ilegítima.⁸²

Nuestra Ley del Notariado establece también la posibilidad de practicar visitas de inspección "para vigilar que las notarías funcionen con regularidad y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley" (artículo 113). Dichas visitas podrán ser de carácter general y se practicarán cuando menos una vez al año (artículos 114 y 115) o bien de carácter especial, en cuyo caso deberán concretarse a investigar los hechos consignados en la orden respectiva, librada con motivo de alguna queja (artículo 117). Tanto unas como otras se practicarán en las oficinas de la notaría, en días y horas hábiles (artículo 116). Pero con evidente propósito de defender el secreto del protocolo y evitar que las inspecciones se extiendan a más de lo necesario para su objeto, establece la misma Ley del Notariado en su artículo 120:

En las visitas de inspección, se observarán las siguientes reglas:

I. Si la visita fuere general, el inspector revisará todo el protocolo o diversas partes de él, según lo estime necesario, para cerciorarse de la observancia de los requisitos legales. En ningún caso el inspector examinará el contenido de las declaraciones y de los asuntos consignados en el protocolo;

⁸¹ *Op. cit.*, núm. 504, p. 343.

⁸² *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, t. v, cap. 137, núm. vi, p. 118.

II. Si la visita fuere especial para inspeccionar un tomo determinado, el inspector se limitará a examinar el cumplimiento de los requisitos de forma, en el tomo indicado. Si la visita tiene por objeto un instrumento determinado, se examinará la redacción, sus cláusulas y declaraciones, cuando el instrumento sea de los sujetos a registro. . .

XII. La tercera forma de limitación al secreto que corresponde guardar en la función notarial está constituida, según la enumeración que antes hicimos, por la transmisión de tenencia del protocolo, esto es, por el hecho de que este último pase a poder de otra persona diversa del notario que redactó el instrumento y conoció, por tanto, la confidencia del cliente. Esta transmisión se produce en varios casos que la Ley del Notariado prevé. El primero es el de suplencia, que tiene lugar cuando hay suspensión temporal impuesta al notario por incapacidad o por sujeción a proceso (artículos 36, 108 y 110) y también cuando el notario hace uso de su derecho a vacaciones o a licencia temporal (artículos 106 y 107). En tales supuestos, el protocolo pasa a poder de otro notario en funciones, con el que tenga celebrado convenio de suplencia el faltante (artículo 108). Se equipara a este caso el de la asociación formada por dos notarios para actuar en un mismo protocolo, que la ley permite celebrar (artículo 38) y en el que, aún cuando no hay propiamente transmisión de la tenencia de éste, se estima que hay limitación al deber de secreto, toda vez que cada uno de los dos notarios asociados puede enterarse de los instrumentos del otro.

El segundo caso de transmisión previsto en la ley se da cuando el protocolo pasa al sustituto de un notario que cesa definitivamente en el ejercicio de sus funciones por renuncia, muerte o destitución, ya sea que esta última se dicte como sanción o bien por causa de incapacidad definitiva del propio notario (artículos 112, 133 y 143). En tales situaciones el sustituto recibe, juntamente con la notaría, el protocolo del notario a quien sustituye (artículo 149).

Por último, la Ley establece que el protocolo debe ser entregado por el notario a la Dirección del Registro Público de la Propiedad a los cinco años de haber sido cerrado aquél, para su guarda definitiva en el Archivo de Notarías (artículos 57 y 147 fracción II).

Es indiscutible que en estos casos existe una limitación al secreto del protocolo, ya que éste pasa a poder de persona física distinta del notario que recibió la confidencia del cliente y redactó el instrumento en que ella se hizo constar. Esa transmisión constituye una manera de dar acceso al secreto de los instrumentos a persona diversa de la que los redactó. En el caso de los notarios suplentes o sustitutos —lo mismo que para el asociado— existe indudablemente el deber de reserva, con el carácter de secreto profesional, tal como existía para el notario

primitivo que fue suplido o sustituido, pues puede decirse que al tener en su poder el protocolo, conocen tales secretos por razón de su profesión, aún cuando no hubieren recibido en forma directa la confidencia del cliente. Ellos se enterarán en forma eventual del contenido de los instrumentos y aún de manera necesaria cuando tuvieren que poner autorización definitiva a alguno de éstos, por no haberla puesto su predecesor o cuando tuvieren que expedir traslados. En este último caso regirán para ellos los mismos principios que dejamos expuestos al tratar el tema de la expedición, sobre los conceptos de parte e interesado. Recuérdesse lo que expusimos en el capítulo primero, sosteniendo que el secreto profesional no solamente comprende las confidencias hechas de manera expresa por el cliente al profesionista, sino también lo conocido o descubierto por éste en el ejercicio de la profesión, aún sin esa confidencia, lo cual está aceptado en la doctrina por casi todos los autores. También rigen los mismos principios para el Director del Archivo General de Notarías cuando entra en posesión del protocolo y respecto de él hay disposición terminante en el artículo 148 de la Ley que exige de manera expresa la prueba del interés jurídico para la obtención de un traslado por parte de quien solicita su expedición. Pero para el Director del Archivo ya no es profesional el secreto, puesto que el mismo no actúa como profesionista sino como funcionario público dependiente de la administración, en cuyo caso el secreto que le corresponde guardar es más bien de carácter funcional, esto es, existe para él como secreto de la función, lo que le da un carácter diferente aunque con efectos similares al del notario, en cuanto a su obligatoriedad y en cuanto a las responsabilidades civiles, administrativas y penales en que puede incurrir dicho funcionario si revelare un secreto. Ya vimos en el capítulo segundo, al examinar el artículo 211 del Código Penal, que también hace punibles este precepto las revelaciones cometidas por funcionarios o empleados públicos si son de secretos conocidos en el ejercicio de su función o empleo.

El secreto de los instrumentos queda de esta manera protegido, pero ya no tiene, como hacíamos notar al principio, el carácter estrictamente personal que hay en el secreto del profesionista cuando no entra al protocolo, modalidad esta última, propia de la función notarial, cuyas limitaciones en cuanto a la reserva estamos aquí señalando.

XIII. La última de esas limitaciones está constituida por el deber de dar informes a las autoridades, sobre los instrumentos asentados en el protocolo, cuando las leyes así lo provienen. A esta limitación se refiere expresamente el texto del artículo 31 de la Ley del Notariado, que ya antes transcribimos. Generalmente esos informes, que el notario está

obligado a dar, persiguen fines fiscales. La autoridad competente los recibe para controlar el pago de impuestos y con frecuencia se efectúa éste por el notario a las oficinas recaudadoras, en el mismo aviso o manifestación que da a ellas. Así ocurre en los casos previstos por los artículos 6º de la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, 450 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, 74 de la Ley del Impuesto sobre la Renta y 33 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. En todo caso deben distinguirse estos informes ordinarios que el notario debe dar siempre que se otorga ante él alguna escritura que los motive de acuerdo con la ley, de los informes extraordinarios que también debe dar a las autoridades, pero a petición expresa de éstas, como son los que manda dar el artículo 39 fracción VIII del Código Fiscal de la Federación. Estos últimos informes tienen generalmente como finalidad ampliar el contenido de los primeros, para ilustrar mejor a la autoridad fiscal, cuando ésta así lo requiere.

Sin embargo, no todos los informes que respecto de los instrumentos está obligado a dar el notario, son para efectos fiscales. Algunos persiguen fines demográficos (artículo 14-B-I) del Reglamento de la Ley General de Población), otros, fines asistenciales (artículos 110 a 113 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada) y algunos más se dan para fines de registro y control de determinados actos cuya existencia o inexistencia deben ser conocidas en un momento dado, como ocurre con los testamentos, respecto de los cuales debe informarse al Archivo General de Notarías del modo y forma prevenidos por el artículo 80 de la Ley del Notariado.

Ya puede comprenderse que esta obligación del notario, consistente en dar informes por escrito a las autoridades sobre los instrumentos públicos asentados en su protocolo, restringe cada vez más el secreto de éste, que es el típico de la función notarial. Sin embargo, dicho secreto se conserva aún, pues los avisos que el notario da deben ser estrictos, esto es, fundarse en todo caso en alguna ley que los imponga o por lo menos en algún reglamento; deben darse únicamente a las autoridades que conforme a ellos sean competentes para recibir esos avisos o en su caso para solicitar los informes; el contenido de éstos no debe exceder los datos que señalen la ley o el reglamento que los imponen, a menos que ellos mismos hubieren dotado de facultades discrecionales a la autoridad para señalar esos datos. Existen casos, sin embargo, en que la información que debe dar el notario es amplísima, llegando incluso a tener que acompañar al aviso un traslado del instrumento, tal como ocurre en el caso previsto por el artículo 110 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada cuando se trata de escrituras en las que intervinga alguna de esas instituciones.

Pero, en términos generales, no puede el notario excederse en los datos que proporcione a la autoridad mediante sus avisos, informando más de lo que la ley o el reglamento correspondientes previenen al respecto.

XIV. Sobre este tema expuso un criterio poco acertado nuestra Suprema Corte de Justicia en un caso resuelto el año de 1931, que por su interés relatamos aquí, ateniéndonos a los datos contenidos en la ejecutoria dictada en el amparo en revisión número 221/27 y en la petición formulada por el C. Agente del Ministerio Público que intervino en dicho juicio de garantías.

El licenciado Emilio López Guerrero, notario número veinticinco del Estado de Tamaulipas en aquel entonces, autorizó un testamento público otorgado ante él y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley Orgánica del Notariado vigente en su entidad, envió el aviso correspondiente al Archivo General de Notarías, informando, de acuerdo con el citado precepto, el nombre del testador y la fecha de autorización del testamento. Como el Ejecutivo de dicho Estado había expedido una circular, con el propósito, según se dice, de "evitar las irregularidades cometidas en el cumplimiento de esta obligación", y como de acuerdo con esa circular debía informarse también el nombre de los herederos instituidos, se ordenó por la autoridad al notario que informara también esto último. Inconforme con ello, hizo valer diversas razones para fundar su negativa, sosteniendo que la circular en cuestión

es una adición al artículo 68 sesenta y ocho de la Ley del Notariado, puesto que previene que, además, se dé a conocer la institución de herederos y es de explorado derecho que el Ejecutivo del Estado carece de facultades para adicionar leyes; que, por tanto, dicha circular es ilegal y por lo mismo no puede obligar a la revelación de la institución de herederos; ...

Igualmente sostuvo el notario que

el testamento público abierto es secreto, en virtud de pertenecer en exclusiva propiedad al testador, y esa propiedad está garantizada por los artículos 14 catorce y 16 dieciséis de la Constitución; ...

Añadió que

el artículo 3496 tres mil cuatrocientos noventa y seis del Código Civil previene que el Notario que hubiere autorizado un testamento abierto o la entrega de uno cerrado, debe instruir a los interesados con la brevedad posible, luego que

sepa la muerte del testador, por lo que si se ha fijado una época determinada para que el Notario revele la institución de herederos, por contrario sensu ha prohibido la revelación antes de esa época;...

Afirmó también el notario que

le está prohibido por la ley revelar los nombres de los herederos, ya que en estas condiciones podría exponerse hasta a ser muerto el testador por los herederos; por la ambición de éstos para obtener la herencia que les habría de tocar al desaparecer el autor de la misma;...

También dijo que

en un testamento su parte esencial es la institución de herederos y legatarios; que su revelación constituye la comisión del delito previsto y penado por el artículo 731 setecientos treinta y uno del Código Penal (se refiere al del Estado de Tamaulipas) por falta de consentimiento de quien debía darlo, ... que el dueño del secreto se opone a su revelación, ...

Y finalmente, como fundamento de todo lo anterior, llegó el notario a sostener la tesis antifuncionarista, que ya hemos examinado antes, expresando que

ninguno de los atributos esenciales del Estado consiste en la fe pública; de donde la que disfruta el Notario, no la tiene porque se la haya o no dado el Ejecutivo, sino que dispone de ella como un carácter esencial de la función que desempeña según la Ley;...

Las anteriores argumentaciones no fueron admitidas por el Ejecutivo local que, insistiendo en que el notario cumpliera la circular expedida, proporcionando los informes exigidos en ella, lo sancionó administrativamente, por lo cual acudió en demanda de amparo, haciendo valer en sus conceptos de violación las mismas razones que acabamos de exponer.

El Gobernador del Estado, en su carácter de autoridad responsable, rindió el informe con justificación aduciendo, junto con otros argumentos, el de

que según la Ley del Notariado vigente, el ejercicio del Notariado es una función del orden público que en el Estado de Tamaulipas únicamente puede conferirse por el Ejecutivo; que significando la palabra conferir, conceder, asignar a uno dignidad, empleo, facultades o derechos, es lógico afirmar que nadie puede conferir lo que no tiene, por lo que si el Estado puede conferir a determinadas personas el cargo de Notario, o sea el de funcionario que tiene la fe pública, es evidente que el Estado, en origen, es el que tiene aquella facultad;...

Y añadió después de sostener la anterior opinión funcionarista,

que no existe revelación del secreto, como no existiría en el caso de que el protocolo del quejoso pasara al Archivo General o a poder del Presidente del Consejo, los que podrían expedir testimonios; . . .

Por su parte, el Agente del Ministerio Público que intervino en el juicio de amparo, sostuvo que

No se trata, en este caso, de la revelación de secretos de que habla el artículo 731 del Código Penal, pues que el aviso que se debe dar al Archivo General de Notarías es más bien en obediencia a Leyes de orden público y de orden social, que en nada puede violar las garantías individuales del Notario que solicita el amparo, porque esas leyes no pueden prohijar la comisión de un delito.

Planteada en esa forma la controversia, estimamos que no es correcto llevarla hasta el problema funcionarista, como aquí se hace, puesto que ninguna posición que se tome respecto al mismo puede afectar el alcance del secreto profesional del notario. Tanto funcionaristas como antifuncionaristas reconocen su valor y exigen igualmente su respeto. Que el Estado nombra al notario es cosa innegable en nuestro derecho. Pero decir que el Estado le da la fe pública es expresión que se presta a equívocas interpretaciones. Mejor sería decir que el Estado da el ejercicio de la función notarial, cuya consecuencia es la fe pública, sin que por ello se haga funcionario público el notario, como ya lo hicimos ver antes, siguiendo con nuestra opinión la de la Escuela Italiana.

Pero en todo caso, repetimos, esta cuestión es irrelevante para el secreto profesional. Si el Estado da al notario el ejercicio de una función pública, tendrá facultad para quitárselo cuando existan motivos legales para ello, pero sin que pueda exigirle, ni aun en tal caso, que le dé a conocer los secretos de que tuvo conocimiento en el ejercicio de esa función, pues dicho ejercicio se realiza en forma profesional en los países latinos, como antes hemos expuesto. Sostener lo contrario podría llevar al extremo de admitir que el Estado, cuando sanciona a cualquier otro profesionista (médico, abogado, etcétera), suspendiéndole o prohibiéndole el ejercicio de su profesión, queda facultado por ese solo hecho para exigir que le dé a conocer los secretos de que tuvo conocimiento mientras la ejercía.

La otra razón expuesta por el Gobernador de Tamaulipas, en el sentido de que no existe en el caso revelación de secreto, ya que el protocolo del notario quejoso pasa al Archivo General de Notarías, tampoco nos parece concluyente porque confunde dos causas de limitación al secreto profesional del notario, que aquí hemos distinguido con precisión: la

transmisión de tenencia del protocolo y la obligación de dar avisos a las autoridades. Es evidente que el protocolo debe ser entregado en definitiva al Archivo; pero mientras ello no ocurra, es el notario a quien compete y obliga la guarda del secreto de los instrumentos. Y así como la autoridad no podría obligarlo a efectuar esa entrega antes del término señalado en la Ley, tampoco puede exigirle que dé en sus avisos mayor cantidad de informes que los que la ley le ordena.

En cuanto al argumento que aduce el Agente del Ministerio Público en el sentido de que el notario no comete delito en el caso examinado, al dar en el informe los nombres de los herederos, porque lo hace "en obediencia a leyes de orden público", también es completamente infundado, pues precisamente lo que aquí suscita el problema es que no se trata de leyes sino de una circular administrativa, que es acto de naturaleza diversa a la ley y solamente puede interpretarla, pero no modificarla. Perraud-Charmantier sostiene sobre este punto una acertada opinión, diciendo que

el notario no puede, bajo pena de daños y perjuicios y de penas disciplinarias, dar conocimiento de actos recibidos por él, a otros que a los interesados, a sus herederos o causahabientes. La regla no admite excepciones sino para la ejecución de las leyes y de los reglamentos relativos a los derechos de registro, a fin de asegurar su percepción. El notario debe pues rehusar toda comunicación basada sobre una simple circular ministerial.⁸⁸

Las resoluciones que dictaron los Tribunales de Amparo en el juicio que nos ocupa, se produjeron como sigue. El juez de Distrito negó la protección federal incurriendo en los mismos errores que acabamos de señalar, ya que fundó su sentencia sosteniendo que

el Estado es el que confiere a los Notarios su investidura y la fe pública; que no son funcionarios con entidad absoluta e independiente, sino simples depositarios de algo inherente al propio Estado, al que están obligados a rendir cuenta de su gestión, sin que para dejar de hacerlo puedan invocar infracciones a la Ley Penal, puesto que el cumplimiento de los deberes oficiales no puede engendrar tales infracciones; . . .

La Suprema Corte de Justicia, por su parte, al conocer en revisión el amparo, dictó la ejecutoria de cuyo texto hemos tomado las anteriores transcripciones, resolviendo en forma diversa los puntos de la controversia. Negó la protección federal en cuanto al apercibimiento hecho al notario, por considerarlo debidamente fundado y motivado. Mandó sobreseer en cuanto a los demás actos, estimando que la exigencia de revelar hecha al notario no implicaba violación de garantías individua-

⁸⁸ *Op. cit.*, primera parte, cap. iv, p. 136.

les de éste, que sólo actuaba en ejercicio de una función, ya que el juicio de amparo, según expresa la ejecutoria,

se da únicamente por violación de garantías individuales, y no de todo derecho, ni menos de derechos que se hacen provenir del ejercicio y función de una investidura oficial, como ocurre en el caso; y, por tanto, dichos actos, en cuanto afectan al quejoso, no en su condición de individuo, sino de ciudadano investido de una función pública, como lo es la de Notario, . . . no han podido violar garantía individual alguna del quejoso, . . .

De esta tesis parece inferirse que quien debió haber pedido el amparo era el testador, titular único de los derechos protegidos con el secreto y no el notario que carecía de todo interés en esa protección y a quien, por lo mismo, en nada afectaba que fuera revelada o no la institución de herederos. Tal opinión de la Suprema Corte de Justicia se relaciona indudablemente con uno de los puntos sostenidos por el Gobernador de Tamaulipas al rendir su informe con justificación y en el que afirma que el quejoso sostiene en parte de su demanda "derechos del testador, que, por tanto, no le corresponden en nombre propio; . . .". Conviene observar que dicha tesis es contraria a la opinión, que no nos ha parecido suficientemente convincente, sostenida por algunos autores en el sentido de que el secreto profesional no existe tan sólo para beneficio del cliente, sino también del profesionista. Entre esos autores está Fernández Serrano quien expresa al respecto:

De cuanto llevamos dicho, claramente se advierte que el secreto profesional del abogado presenta dos aspectos, el de deber y el de derecho: comporta un deber, en relación con el cliente, en cuanto afecta a su defensa, y un derecho, respecto de los jueces, en virtud del cual no puede obligarse al abogado a revelarlo.⁸⁴

Y en nota puesta al pie de la página en que se encuentra este párrafo, transcribe parcialmente su autor el artículo 14 del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Lima, en que se expresa la misma idea.

Por su parte Eusebio Gómez, atendiendo más al interés social en la reserva del profesionista, sostiene ideas similares al decir:

El secreto, una vez confiado, no pertenece al que hace la confidencia; no pertenece, tampoco, al que la recibe, pertenece a la profesión que ejerce; pertenece a la sociedad, que reclama esa garantía de los hombres a quienes entrega el cuidado de sus más respetables intereses.⁸⁵

⁸⁴ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, abril-junio de 1952, núm. 14, p. 123.

⁸⁵ *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940, t. III, cap. LXXIII, p. 442.

Como ya dijimos, nos parecen discutibles las anteriores opiniones, pero tratándose de una profesión que, como la del notario, exige una especial delicadeza en su ejercicio, sobre todo por lo que al secreto se refiere, cabe preguntar si la Suprema Corte estuvo en lo justo al desconocer al quejoso todo interés en el mantenimiento del secreto y, como consecuencia de ello, al dictar el sobreseimiento del amparo. Aquí tocamos el espinoso problema de la ética profesional, cuya incidencia sobre el secreto estudiaremos en el capítulo siguiente. La reputación del profesionista puede verse afectada y su conciencia moral quedar bajo presión si se le obliga a revelar, aun cuando la revelación no fuere delictuosa. Y este problema es, en verdad, ajeno ya al derecho pero no del todo extraño al mismo, por lo que no puede ser pasado por alto, especialmente en el caso de la profesión notarial. Sin referirse a ésta de modo expreso, sino a toda profesión, creemos que quien lo ha visto y planteado con agudeza es Sebastián Soler, en los siguientes párrafos:

¿Cuándo existe violación punible de secreto?

¿Cuándo existe deber de denunciar o atestiguar?

Fuera de esas dos hipótesis, lo que no puede hacer y lo que debe hacer el profesional, queda, como siempre en el derecho, una amplia zona de acciones en las cuales el profesional es jurídicamente libre; pero esto no quiere en modo alguno significar que, dentro de esa zona, no pueda incurrir en justas censuras morales, lo cual nada tiene que ver con el derecho. En esta zona, como en otras muchas, *non omne quod licit, honestum*. El derecho penal no acuerda patentes de honorabilidad: se limita a establecer si un sujeto ha delinquido o no, y es muy posible que un hombre de alto sentido moral no se satisfaga con que a su respecto solamente se declare que no es un delincuente.⁸⁶

No parece por tanto muy segura la tesis de la Suprema Corte al negar al notario todo interés, en cuanto profesionista, en el mantenimiento del secreto del protocolo, a pretexto de que ejerce una función pública cuyo ejercicio le dio el Estado. Y tan es verdad esto, que al mismo Alto Tribunal se vio obligado a reforzar su argumentación para sobreseer el amparo, expresando los siguientes conceptos al final, con los que de hecho estudia ya el mismo en el fondo y que son los que más nos interesan para el objeto de este capítulo:

Por otra parte, no es exacto, como afirma dicho quejoso, que al exigirle el Ejecutivo de Tamaulipas al cumplimiento de la Circular número 9 nueve, se le esté exigiendo la revelación de un secreto profesional vedado y penado por la ley; pues las razones expuestas por dicho Ejecutivo en el oficio que dirigió al quejoso, y que éste transcribe en su demanda de amparo son concluyentes para estimar que no existe delito en el cumplimiento de la obligación que la Circular le impone, máxime que en el caso se trata de comunicar al Archi-

⁸⁶ *Op. cit.*, t. iv, p. 127.

vo General de Notarías datos concernientes a un testamento público abierto que, como su propia denominación jurídica expresa, no puede ser secreto.

Esta última apreciación de que el testamento público abierto “no puede ser secreto” porque así lo expresa su denominación, es lo más erróneo que se encuentra en la ejecutoria, ya que aniquila completamente la obligación de reserva que tiene el notario para este acto, confundiendo lamentablemente el significado de los términos. La ley llama testamento público al que se otorga ante notario y califica de abierto al que se redacta por éste en presencia del testador y los testigos (artículos 1511 y 1512 del Código Civil), por oposición al cerrado, del cual sólo hace constar su presentación y guarda (artículos 1521, 1525 y 1526 del mismo Código). Y el secreto profesional, que siempre ha sido considerado más estricto para los testamentos que para cualquier otra actuación notarial, es precisamente en el testamento público abierto en el que resulta exigible, ya que del contenido del cerrado no se entera el notario, por lo menos en su actuación como tal.

El hecho de que califique la ley de público a un testamento no significa en modo alguno que deba tener publicidad, esto es, que pueda ser conocido por todos. Aquí la ejecutoria parece incurrir en el mismo error que Martínez Segovia y que Carral, cuyas opiniones hemos expuesto y rebatido antes. Como para estos autores la función notarial, la fe notarial y el documento notarial no son públicos “porque sean del Estado, sino porque tienen publicidad, notoriedad”, la consecuencia que de tal principio se sigue debería ser la posibilidad de su conocimiento por todos. Verdad es que estos autores no niegan ni restringen el secreto profesional del notario; antes bien, lo reconocen expresamente en sus libros. Pero si se deben deducir —con buena lógica— las consecuencias del principio de publicidad que ellos sostienen, para no incurrir en contradicciones, no podrá evitarse llegar a tan lamentable conclusión, como llegó la Suprema Corte de Justicia en la ejecutoria que comentamos, sosteniendo que el testamento público abierto, por tener este nombre, “no puede ser secreto”. Aunque esta ejecutoria no se inspiró, sin duda, en las opiniones de los citados autores, desde el momento en que es muy anterior a sus obras, parece coincidir con ellas por el sentido que dan al calificativo de “público” cuando se aplica a los instrumentos notariales.

Quien verdaderamente pone las cosas en su lugar, dando al término indicado su significación correcta, es Tomás Diego Bernard, cuya opinión queda expuesta en el siguiente párrafo:

Se ha sostenido que la obligación legal de “facilitar a cualquier persona que lo solicite el examen de los instrumentos públicos que se otorguen ante los escri-

banos", tal como lo dispone la ley chilena (artículo 15, inciso 3°), nace del carácter de públicas que tienen las escrituras. Algunos autores así, por lo menos, lo insinúan. Nada más inexacto. Los instrumentos públicos (la escritura es una especie en el género) son tales no por su publicidad o por la facilidad de acceso del público a ellos (por oposición a los privados que serían en virtud de esta interpretación algo así como "clandestinos"), sino por su sujeción a las formalidades legales y por la presencia e intervención del funcionario público que les confiere con su investidura autenticidad. En una palabra, son públicos por la presencia e intervención en los mismos del funcionario u oficial de tal carácter (el escribano en el caso de las escrituras) y la observancia de las formalidades de ley, independientemente de la mayor o menor publicidad. La publicidad, en todo caso, deriva de la inscripción en registros públicos de esos instrumentos, circunstancia sólo prevista en el Código Civil Argentino para las hipotecas; pero sabido es, por otra parte, que instrumentos privados pueden ser también inscritos en registros públicos. Creer o sostener, pues, que las escrituras por su carácter de instrumentos públicos no deben estar sometidas a reserva o secreto, y que, por tanto, los Registros y protocolos pueden ser exhibidos a cualquiera, constituye un grave error de interpretación jurídica. Con la peregrina tesis aludida, tendríamos que el testamento por acto público (así denomina el código a la escritura respectiva-artículos 3622 y 3654—), sería el más público (o accesible al conocimiento general) de los otorgamientos, cosa que sabemos es exactamente lo contrario, pues las leyes —aún la chilena, según vimos— imponen sobre él particular sigilo, y su registración, en los países que la han establecido (el nuestro no), se efectúa cuidando expresamente la conservación del secreto o reserva que le es inherente.⁸⁷

Como antes hemos expresado, por nuestra parte estimamos que el notario no es un funcionario público. Pero sí es pública, concerniente al Estado, la función que él ejerce, la función notarial. En ese aspecto diferimos de la opinión funcionarista del autor argentino, que aquí se acaba de exponer. Sin embargo, la interpretación que él da al carácter público de los instrumentos notariales y en particular del testamento, coincide con la nuestra, pues estimamos que tal carácter les viene, no del notario, que es sólo profesional encargado de una función pública, sino de esta última, en cuyo ejercicio se crea el instrumento notarial. Por tal motivo resulta ser éste un instrumento público. No por los pretendidos efectos de publicidad o notoriedad que le atribuye la opinión contraria que aquí atacamos.

XV. Nos vamos a referir, por último, a los actos que son objeto de registro. Ya vimos que tratan de ellos los artículos 31 y 120, fracción II, de la Ley del Notariado. El primero de estos preceptos los declara exentos del secreto, pero los términos en que lo hace nos parecen un tanto criticables. Menciona a "los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de los cuales podrán enterarse las personas que

⁸⁷ *El secreto profesional en el notariado*, Buenos Aires, Ed. de Abeledo-Perrot, 1958, p. 56.

no hubiesen intervenido en ellos y siempre que a juicio del notario tengan algún interés legítimo en el asunto y que no se haya efectuado la inscripción respectiva”.

Creemos que debe distinguirse en el caso. Si el acto es solamente inscribible pero no ha sido inscrito aún, queda bajo el dominio del secreto y para el notario subsiste la obligación de reserva del instrumento de que se trata. Por el contrario, si el acto ya fue inscrito en el Registro Público, desaparece tal obligación. Y decimos esto último, porque la inscripción registral no constituye una causa de limitación al secreto como las que antes hemos estudiado y clasificado, sino que implica la cesación del mismo. A la inversa, precisamente, de lo que ocurre con los actos no sujetos a registro, para los que la ley quiere evitar su publicidad; con los actos registrados lo que quiere es evitar su clandestinidad. Por tal razón, el acto deja de ser secreto cuando ya queda registrado, pero no antes. La sola capacidad de inscripción no lo hace accesible a todos. El notario no puede, pues no es función suya, anticipar la publicidad.

Pero el artículo 31 de la Ley del Notariado, defectuosamente involucra dos cosas muy distintas como son la sujeción del acto a registro con el interés jurídico de quien pretende enterarse de él. Este último constituye una limitación al secreto, que ya estudiamos ampliamente y nada tiene que ver con la registrabilidad. Por ello es que su mención, junto con la de esta última, resultó innecesaria en el precepto. Efectivamente, si el acto es solamente inscribible pero no ha sido inscrito aún, ya dijimos que continúa siendo secreto. De manera que si el notario lo da a conocer a quien le demuestra tener interés legítimo, obra correctamente porque lo hace fundado en este último, no en la registrabilidad, pues ella no lo faculta a revelar. Lo da a conocer lícitamente a quien tiene interés legítimo, por la misma razón que hay para expedir traslados del instrumento a ese interesado, de acuerdo con los artículos 43 y 97 de la Ley, que también ya estudiamos antes. Ahora bien, si el acto ya fue registrado, entonces, por el contrario, como ya dejó de ser secreto, resulta innecesario el requisito del interés jurídico, pues aún sin éste, es lícito enterarse de él, atento el fin que se persigue con la publicidad registral.

Sin embargo, no puede inferirse de esto la posibilidad irrestricta para el notario de exhibir el instrumento a cualquier persona que se lo pida, por el solo hecho de haber sido inscrito. El secreto solamente cesa respecto del acto registrado y el instrumento puede contener varios, algunos de los cuales no sean susceptibles de inscripción o, por lo menos, no se hayan inscrito aún. Tales actos continúan siendo secretos. A ello debe añadirse también que la terminación del secreto, por efecto

de tal inscripción, se limita sólo a los elementos que quedan mencionados en ésta. No se extiende a todos los que el instrumento contiene, pues entre ellos puede haber algunos que no sean mencionables en el folio registral, de acuerdo con la ley. De allí que el notario solamente pueda en estos casos informar acerca de esos elementos del acto que aparezcan en su inscripción, pero no de los que están ausentes de ella, ni menos aún exhibir el instrumento a toda persona.

Respecto de la cesación del secreto notarial por causa del registro, se ha presentado algún escrúpulo entre los autores. Giménez Arnau es uno de los que lo expresa, diciendo lo siguiente:

Con razón dice Herrán de las Pozas (Derecho notarial, p. 415) que deben distinguirse los “hechos secretos por naturaleza” o conocidos por el ejercicio de la profesión, que se refieren al contenido de los instrumentos públicos y los “hechos de confidencia”, conexos con dichos actos de los que pueden ser causa, preparación o explicación.

También a estos últimos, aunque no consten en el protocolo, afecta el deber de sigilo profesional. En cambio, en opinión del mismo compañero no son secretos los instrumentos que tienen que ser divulgados, porque han de ser inscritos —para la plenitud de sus efectos— en algún registro público. No se puede admitir esta afirmación sin muchas reservas: salvo el caso de autorización expresa, y aunque el acto autorizado haya de recibir una publicidad oficial, no es el Notario el órgano de esa publicación. Sólo en casos excepcionales, cuando se pretende vender dos veces la misma cosa, o hacer figurar como libre de cargas una finca de la que el propio Notario haya autorizado escritura de constitución de un gravamen sobre ella, cabrá esta “violación de secreto”, que moral y profesionalmente quedaría disculpada por la necesidad moral de evitar un mal mayor o un daño o engaño a tercera persona.

No hay, pues, por esa vía limitación —en casos normales— al secreto del protocolo. La única que realmente existe es la que nace del derecho de los interesados a pedir copias y a exigir la exhibición del protocolo.⁸⁸

Lo anterior nos parece correcto sólo para los actos registrables, como ya expresamos y lo dice el autor citado, pero no para los registrados. Respecto de estos últimos puede admitirse esa exigencia de reserva hecha al notario, por razones de dignidad en la profesión que le impidan ser un órgano al servicio de la oficina registral, desempeñando funciones similares a las de los libros índices que se llevan en ésta. Pero la conducta del notario que informare sobre elementos del acto que ya constan en la inscripción de éste, aún cuando no le haya comprobado el solicitante su interés legítimo, no puede en rigor tacharse de antijurídica. La delicadeza notarial podría reprocharle, bien está, haber dado esa información, pero ninguna sanción legal puede aplicársele.

Se impone añadir a propósito de lo anterior, que además de la san-

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 286.

ción penal que corresponde al notario por la revelación de secretos, a la que antes nos hemos referido, también es pasible de sanción administrativa disciplinaria establecida en la nueva Ley del Notariado, cuyo artículo 126 dispone:

Al notario responsable del incumplimiento de sus obligaciones derivadas de esta Ley, sin perjuicio de las sanciones penales que le sean aplicables, será acreedor a las sanciones siguientes: ... III. Suspensión del cargo hasta por un año: ... b) Por revelación injustificada y dolosa de datos; ...

Finalmente, creemos que la cesación del secreto por razón de la inscripción del acto debe también limitarse al caso de registros que sean públicos, esto es, accesibles a cualquier persona (como el de la Propiedad y de Comercio, el Agrario, el Cinematográfico, el de Derechos de Autor, etcétera), por disposiciones expresas de la Ley. No se produce por inscripción en registros que no fueran públicos (como el de inversiones extranjeras, por ejemplo). En cambio, debe extenderse esa cesación del secreto a actos que sean objeto de publicidad en forma diversa de la registral. Tal es el caso de la publicación periodística exigida por el artículo 976 del Código de Procedimientos Civiles para las aceptaciones de herencia o legado hechas ante notario. Pero siempre habrá de regir el mismo principio señalado antes, conforme al cual el secreto terminará solamente para los elementos del acto que mencione la publicación ya hecha; en ningún caso para otros.

Capítulo Noveno: El secreto como norma de ética profesional	359
I. Necesidad de una regulación moral del secreto profesional	359
II. Derecho y moral como dos ordenamientos de la conducta huma- na. El problema del derecho natural	361
III. Diferencias y relaciones entre la moral y el derecho	373
IV. El secreto como obligación moral dentro de algunas religiones en la antigüedad	385
V. La moral católica frente al secreto profesional	389
VI. Manifestaciones de moral extrarreligiosa frente al mismo secreto	400

CAPÍTULO NOVENO

EL SECRETO COMO NORMA DE ÉTICA PROFESIONAL

SUMARIO: I. *Necesidad de una regulación moral del secreto profesional.* II. *Derecho y moral como dos ordenamientos de la conducta humana. El problema del derecho natural.* III. *Diferencias y relaciones entre la moral y el derecho.* IV. *El secreto como obligación moral dentro de algunas religiones en la antigüedad.* V. *La moral católica frente al secreto profesional.* VI. *Manifestaciones de moral extrarreligiosa frente al mismo secreto.*

I. En los capítulos anteriores de esta obra nos hemos limitado a estudiar el secreto profesional como norma jurídica, esto es, como una obligación legal, que ya sea por efecto de disposiciones expresas, ya sea por efecto de principios jurídicos rectores o interpretativos de ellas, se impone a la conducta de los hombres que viven en sociedad. Esa imposición, que resulta de aquellas disposiciones o de estos principios (cuya vigencia positiva consagra también en forma expresa al artículo 19 del Código Civil), es una imposición coercitiva, dirigida al sujeto desde afuera; bajo la presión (amenaza de sanción o sanción ejecutada) de los órganos estatales encargados de aplicar concretamente el derecho. La obligación de reserva, así contemplada, es una obligación exigible al sujeto obligado por alguien distinto de él mismo. Pero, ¿qué sucede si este último se exige a sí, en forma imperativa, esa conducta de discreción, de reserva, antes de que venga a serle exigida por otra persona en aplicación de un precepto legal? Debemos suponer entonces que la persona obligada al secreto —en nuestro caso el profesionista— no habrá sido ya constreñida por las normas del derecho positivo, cuya aplicación podría en último término evitar en algunos casos por medios de evasión hábiles o astutos, sino por normas interiores al propio sujeto. Éstas radican en su conciencia moral, aunque no son producto o creación de ésta, que solamente las conoce y las expresa. Son normas, principios o mandatos que no dicta el Estado en forma jurídica sino que tienen su origen en otra parte y su medio de conocimiento ya no es el código legislado y publicado para que sea visto por los obligados, sino otro medio diverso.

Esas normas a que nos referimos son las éticas o morales, diferentes de las normas jurídicas, pero no sin relación con éstas. Y su aplica-

ción, en el caso del secreto profesional, resulta indispensable por varias razones.

La primera de ellas, es que la obligación de reserva en toda su amplitud, antes que ser jurídica es moral. Puede no existir en los códigos o estar incompletamente regulada por ellos —de hecho siempre lo está— pero a pesar de esto existirá para el sujeto obligado, a quien suponemos un hombre normal. Existirá dicha obligación con toda su amplitud, en su integridad; con sus limitaciones, pues ya hemos visto que no es una obligación absoluta, con sus modalidades y matices propios y, más aún, con una exactitud de aplicación a los casos concretos mucho mayor que la que pueden tener las normas que imponen obligaciones desde afuera.

La segunda razón por la que resulta indispensable —e inevitable— la obligación moral, es por la insuficiencia de la obligación jurídica para vincular la conducta humana, en la vida de relación. Los medios externos de imposición coactiva son ciertamente necesarios, pero deficientes. Pueden ser evadidos con más facilidad que una convicción moral. Además, la obligación impuesta y dada a conocer desde afuera, nunca puede, por su generalidad, tener presentes todas las peculiaridades del caso concreto. No puede penetrar a los repliegues íntimos que se dan en toda relación interhumana. Deja, por tanto, un margen para la injusticia y el desacierto.

Siempre ha sido más eficaz —aunque no más fácil, sobre todo en nuestros días— controlar la conducta de los hombres desde adentro que desde afuera. Y la correlativa eficacia inferior del derecho frente a la moral, ha sido reconocida por los mismos juristas, en el caso particular del secreto profesional.

Así, Tomás Diego Bernard en su monografía *El secreto profesional en el notariado*,¹ ya citada en el capítulo anterior, sostiene que el problema de dicho secreto, más que legislativo o doctrinario, “es un concepto ético, que hace directamente al leal ejercicio de una función social trascendente como indudablemente lo es el ministerio de la fe pública”. Por su parte, Rafael Bielsa, poniendo el dedo en la llaga, dice sobre el problema de la moral profesional en general:

Pero hay otra esfera en que la actividad profesional del abogado y del médico especialmente, ejercita una gran influencia, buena o mala, sobre la sociedad, y es la de orden moral, la de la conciencia profesional, que entre nosotros, por un exagerado concepto liberal está fuera de la acción del Estado, en tanto no se trate de delito o contravención.²

¹ *El secreto profesional en el notariado*, Buenos Aires, Edición Abelardo Perrot, 1958, p. 8.

² *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ed. Librería de J. Lajouane y Cía., 1939, t. III, libro VIII, núm. 706, p. 236.

Y en una nota puesta al pie de la página indicada, considera el autor citado como más eficaz para controlar la moralidad de los profesionistas, la formación de colegios profesionales, añadiendo; "pero la dificultad está en la formación de esos colegios, en la selección de los que deben dirigirlos".

II. Establecido entonces que la moral es necesaria para la vida humana e inseparable de ella, que particularmente lo es para la vida profesional y dentro de ésta en especial para el secreto, se comprende que este último esté regido por normas de carácter moral, además de estarlo por las de carácter jurídico que hemos examinado en los capítulos anteriores. Procede ahora examinar qué relación existe entre unas y otras normas. Ambas se dirigen a la voluntad o querer del hombre; le imponen, en forma de deber, determinado tipo de conducta. Este último, para su realización, queda sujeto a la libertad humana que puede, física o psíquicamente, cumplir o no ese deber impuesto por la norma. Pero las consecuencias del incumplimiento difieren, según se trate de normas morales o jurídicas. ¿Qué diferencia de naturaleza hay entre ambas especies y qué relaciones guardan entre sí, supuesto que las dos se dirigen al mismo sujeto para obligarlo, en vista del valor que se reconoce a la conducta mandada por ellas?

Esta pregunta ha inquietado a las mentes desde hace muchos siglos. La historia de las respuestas que se le han dado va unida a la del pensamiento filosófico y jurídico. Pero, tomando en cuenta que no en todas las épocas se han presentado en la realidad plenamente diferenciadas las normas morales y las jurídicas, sino que han actuado confundidas entre sí en las mentes y en las costumbres de los hombres y en las instituciones de los pueblos, lo que interesa es examinarlas tal como aparecen actualmente, con el grado de diferenciación que han alcanzado en la realidad de nuestra civilización y no en etapas anteriores.

Por otra parte, a la concreción y determinación que tiene el derecho positivo, se ha opuesto la idea de un derecho natural, esto es, de un derecho que no existe en la forma legislada o consuetudinaria que reviste el primero, sino como una ley impuesta o por lo menos expresada por la naturaleza para regir la conducta, independientemente de que sea reconocida o no y sancionada como ley positiva por aquellos a quienes se dirige. Visto de ese modo, el derecho natural sería un mandato dirigido no sólo a todos los hombres en su vida de relación, en su vida social, sino particularmente a quienes elaboren el derecho positivo, ya que éste no podrá ser o, mejor aún, no deberá ser otra cosa que una expresión del derecho natural, cuyos imperativos habrá de precisar, desarrollar y sancionar —nunca contradecir— para que se tenga de ellos el debido cono-

cimiento y sean cumplidos por todos los obligados a quienes van dirigidos.

Así pues, moral, derecho natural y derecho positivo, son tres conceptos éticos, relacionados con la conducta humana, con pretensión de regirla, susceptibles de cumplimiento o de violación, con modos diversos de darse a conocer a los hombres. A veces coincidentes y a veces discrepantes. ¿Qué vinculación interna hay de esos tres órdenes normativos? ¿Existe alguna jerarquía o dependencia entre los mismos?

Por lo que toca al derecho natural, por lo menos dentro del concepto que del mismo ha sido más común, hace derivar sus disposiciones de la naturaleza misma, con objeto de darles más autoridad, más objetividad y más permanencia; de ponerlas más a salvo de la voluntad de los hombres. En esa forma pretende dirigir al derecho positivo, pues la creación de éste, encomendada a seres humanos, no podrá desentonar del derecho natural que le resultaría, de ese modo, superior. Se trata de evitar así la arbitrariedad del derecho positivo, para que no sea elaborado éste al capricho irrestricto del legislador, ni siquiera al de la colectividad que vaya a regir. Ni individual ni colectivamente habrán de crear los hombres un derecho positivo contrario al natural. ¿Y si lo hicieran?... Puede decirse que así como el derecho positivo implica, entre otras cosas, un enjuiciamiento o valoración de conductas humanas, el derecho natural constituye un enjuiciamiento o valoración del derecho positivo. Resultaría ser una especie de supra-derecho, un orden jurídico de segunda instancia, un sistema de control del derecho positivo.

Chateaubriand había visto muy bien la necesidad de ese control, de esa sujeción del derecho positivo a una instancia ética superior, al decir en su estudio sobre *Los Cuatro Estuardos*, refiriéndose al juicio de los regicidas de Inglaterra, que pretendían justificarse de haber llevado al cadalso a Carlos I, alegando obediencia a la autoridad:

La excusa era de buena fe, pero mala en su fondo, pues no basta que un poder legal nos prescriba una acción injusta, para que nos consideremos obligados a cometerla. La ley moral es superior en ciertos casos a la ley política: de lo contrario, pudiera suponerse una sociedad constituida de tal manera que el crimen fuese en ella el derecho común.³

Pero que el derecho positivo, las leyes humanas, no deban ser arbitrarias, que no dependan de voluntades —individuales o colectivas— caprichosas, sino que estén sujetas en todo caso a una instancia ética su-

³ En realidad es tímida la apreciación de M. de Chateaubriand, quien después de partir de un principio correcto no saca todas las consecuencias del mismo y se limita a sostener que la moral está por encima del derecho solamente "en ciertos casos" y no siempre, como lo está en su calidad de fundamento último del mismo.

perior, ¿implica necesariamente la existencia de un "derecho natural"? Si el que conocemos con este nombre se precia de ser "derecho" y se califica de "natural", es porque pretende fincar sus mandatos en el suelo macizo y objetivo de la naturaleza. Pero si funda su validez en ella y trata de derivar de esto su obligatoriedad, no puede explicarse tal cosa sino porque considera buena a la naturaleza. Supone el derecho natural, por lo menos implícitamente, un juicio valorativo de ella. Prescindiendo ahora de lo que por naturaleza entienden los iusnaturalistas, pues el examen de tal cuestión nos llevaría demasiado lejos, podemos afirmar que la tesis del derecho natural implica que la naturaleza es buena. Por eso las leyes que de ella deriven habrán de ser buenas. Y por eso también las leyes positivas, expedidas según la voluntad de los hombres, solamente serán buenas si se adecúan a esa naturaleza y a sus leyes. De lo contrario, serán necesariamente malas.

Supuesto que toda valoración o enjuiciamiento implica la presencia de un orden normativo o valorativo en que se base, cabría preguntar aquí en cuál nos vamos a fundar para valorar a la naturaleza y calificarla de buena. Desde luego que no podría ser en el mismo derecho natural, ya que si éste deriva su bondad —y por lo mismo su validez— de la naturaleza, enjuiciar a esta última según aquél implicaría una evidente petición de principio. Nos haría dar razón a Kelsen,⁴ quien al criticar la doctrina iusnaturalista se queja de que

la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurrir en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo bajo la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.⁵

¿Qué orden de normas existe, que por ser anterior y superior a la naturaleza, nos permite entonces enjuiciar a ésta de acuerdo con su estimación valorativa? Solamente el orden moral propiamente dicho. Fuera

⁴ *Teoría pura del derecho*, cap. viii, párrafo b).

⁵ Régis Jolivet es uno de los que parece incurrir en esa petición de principio al decir: "Definir, con el nombre de 'naturaleza humana', un orden de derecho (u orden ideal), no es posible si no nos elevamos sobre el hecho contingente y singular, para abstraer, de la misma experiencia, lo necesario y universal, es decir la realidad abstracta de una naturaleza humana ideal, que funde el orden humano de la moralidad". (*Tratado de filosofía moral*, art. II, núm. 10). Por nuestra parte creemos que no es éste el camino indicado a seguir para resolver el problema del derecho natural.

de éste nada queda ya en que se pueda fundar ninguna valoración última de las cosas, nada en que se pueda apoyar un enjuiciamiento final de otros órdenes normativos, nada de donde pueda derivarse la validez u obligatoriedad de éstos. Si se niega la existencia objetiva de un orden valorativo y normativo moral supremo, se niega necesariamente también la de cualquier otro orden. Se acabó el mundo del deber ser. Carece ya entonces de sentido toda afirmación sobre obligatoriedad, estimación, validez, etcétera.

Los que conocemos en la historia de la humanidad y hasta nuestra época como órdenes normativos, no serían ya tales, sino meras formas de expresión de situaciones de hecho. Esto, por supuesto, nunca ha ocurrido ni podrá ocurrir en la vida real a pesar de las negaciones del escepticismo —y del positivismo que ha sido su versión última—. El hombre es esencial e inevitablemente normativo. No puede vivir su vida sin normas —acertadas o erradas— del mismo modo que no puede pasarla sin cosas, sin objetos reales. Negar la validez objetiva de todas las normas es tan imposible y contradictorio como negar la realidad extramental de todas las cosas.

¿Cómo poner en duda la existencia real del mundo exterior a nosotros, si precisamente nuestra idea de la realidad, nuestro concepto mental de realidad se ha formado partiendo de la experiencia de ese mundo exterior? ¿No surge aquí otra petición de principio? Para calificar de real o irreal una cosa nos fundaríamos en un concepto que tenemos de la realidad por haberlo tomado de esa misma cosa. Con razón criticaba irónicamente Paul Valéry a quienes expresan esas dudas sobre la existencia objetiva del mundo exterior, diciendo que son como quien preguntase si el metro patrón que se conserva en Sèvres como contraste, para verificar la exactitud de todos los metros del mundo, mide realmente un metro.

En el orden normativo nos encontramos con la misma necesidad. El deber ser, como tal, prescindiendo por ahora de su contenido, resulta inevitable para el hombre. Pensar o actuar sin normas es pensar o actuar sin fines, lo cual es radicalmente opuesto a la naturaleza humana. Pero por ahora no intentamos profundizar más en este tema. Volvamos al derecho natural. Ya dijimos que si se fundan la validez y bondad de éste en la naturaleza, es porque se la presupone como buena. Pero esta bondad sólo puede ser calificada de acuerdo con un orden moral anterior y superior a ella. En tal caso, el fundamento último del derecho natural, el que lo garantiza como bueno —esto es, como justo, pues tal es la bondad en el orden jurídico— ya no será la naturaleza misma de que proviene, sino el orden moral que valora a ésta. En otros términos, no es que una norma jurídica sea justa porque la dicta la

naturaleza, sino precisamente a la inversa, la dicta la naturaleza porque es justa.

A esta conclusión, sin embargo, pueden oponerse algunos reparos. El cristiano sabe muy bien —y es precisamente entre los cristianos en donde tiene su más fuerte arraigo la doctrina del derecho natural— que la naturaleza no es totalmente calificada como buena de acuerdo con el orden moral. A partir de la caída original, esa naturaleza, si no se pervirtió totalmente, por lo menos sí se quebrantó, dando cabida a algunos elementos de maldad que la inclinaron a la injusticia. ¿En qué situación va a quedar el derecho natural si se funda en esos elementos moralmente desvalorados por el pecado del primer hombre? Para fundar el derecho en la naturaleza habría que hacer distingos en su contenido y eso nos remite de nuevo al orden moral anterior y superior a ella.⁶

Se insistirá, no obstante. No es que la naturaleza sea fundamento de derecho alguno. Ella es solamente el vehículo que nos lo da a conocer. Su papel se reduce entonces al de un medio informativo. Ejerce funciones de pregonero que hace saber a todos un orden jurídico promulgado antes que el derecho positivo de los hombres, para que sirva como guía y molde a éste, el que, para ser justo, tendrá que ser confeccionado de acuerdo con las exigencias de aquél.

¿Qué hay en torno a este debatido y viejo problema que preocupó y sigue preocupando a las mentes de juristas, filósofos y teólogos y que renace con más vigor en ciertas épocas en el pensamiento humano? ¿Qué confusiones se han cometido en su planteamiento y en qué errores se ha incurrido en su solución?

No es nuestro propósito responder a estas preguntas totalmente, porque ello rebasa los fines del presente estudio. Deseamos —en otro posterior— abordar con más amplitud y profundidad el problema. Por ahora sólo queremos expresar anticipadamente algunas ideas.

Quienes hablan de derecho natural como tal, lo hacen a veces considerándolo al modo del derecho positivo, lo crean a imagen y semejanza de éste y, confundidos por el término “Derecho” con que se denomina a ambos, imaginan ya a la naturaleza dando a conocer a los hombres un

⁶ “En el hombre los preceptos de derecho natural no se confunden con las inclinaciones y ni siquiera nacen de ellas. Santo Tomás quiere instituir un paralelismo, no una equivalencia ni una filiación. Tampoco es un paralelismo que se resuelve en una transposición pasiva, que permita siempre un pasaje legítimo de la tendencia al precepto o a la licitud. En cambio es tarea de la razón juzgar cuáles son naturales, en sentido ético, entre las tendencias que de hecho descubrimos en nosotros, y que por lo tanto son un signo de un precepto natural” (Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, cap. vi, núm. 6, p. 93).

verdadero Código con preceptos legales tan cerrados y tipificados como los de cualquier ordenamiento legal positivo. Esta es la postura que más flancos débiles ha presentado para impugnar la doctrina del derecho natural y negar la existencia de éste, tanto más cuanto que, quienes la han adoptado no se han puesto de acuerdo en el contenido de esos preceptos legales que leen de distinta manera en la naturaleza. Así ocurrió a los iusnaturalistas del siglo XVIII y seguirá ocurriendo a quienes profesen una irrestricta confianza en la razón humana, como la tuvieron ellos.

Dentro de la doctrina católica actual y del pensamiento filosófico cristiano que la ha precedido, se habla con insistencia de derecho natural, se proclama enérgicamente su supremacía respecto del derecho positivo humano y se le da todo el valor de una ley proveniente, en última instancia, de Dios mismo. Pero si bien se leen algunos de los textos pontificios que exponen esta doctrina, podrá observarse el uso de términos tales como "derecho natural", "moral natural", "ley moral" y "ley natural", a los que se dan tratamientos similares. La distinción entre ellos apenas aparece esbozada en esos documentos que sólo establecen principios de diferenciación, cuyo ulterior desarrollo queda entregado así a los estudiosos de la materia.⁷ De aquí surge la especial tarea que ante sí tienen el filósofo y el jurista católicos en la época actual, en que han llegado a diferenciarse más netamente la moral y el derecho, para precisar con mayor rigor y amplitud la distinción entre ambos y, sobre todo, aparte de lo anterior, para analizar las relaciones que los dos órdenes normativos guardan entre sí.

Lo que a la doctrina católica interesa son fundamentalmente dos cosas. La primera, es poner a salvo y proclamar la existencia de principios trascendentes a la moral profesada y vivida por los hombres y al derecho positivo —legislado o consuetudinario— de los pueblos, para que ni una ni otro resulten ser creación de una voluntad arbitraria y autónoma. Especialmente en lo que al derecho concierne, se busca que éste no sea un mero producto caprichoso de los hombres —gobernantes o gobernados— que lo elaboren motivados sólo por consideraciones económicas, políticas y en general terrestres, atentas únicamente el bienestar material de los hombres, que olviden su destino final ultraterreno o que no se fundamenten en principios de justicia trascendente, superiores al derecho positivo.

A este respecto, son ilustrativas las ideas expuestas por el Santo Padre Pío XII, en su alocución dirigida a los asistentes al Sexto Congreso Penal Internacional (3 de octubre de 1953):

⁷ Véanse a este respecto las siguientes Encíclicas: *Libertas*, de S. S. León XIII (20 de junio de 1888); *Casti Connubii*, de S. S. Pío XI (31 de diciembre de 1930); *Mit Brennender Sorge*, de S. S. Pío XI (14 de marzo de 1937) y *Humanae Vitae* de S. S. Pablo VI (25 de junio de 1968).

El derecho se halla necesariamente fundado como resorte final sobre el orden ontológico, en su estabilidad, su inmutabilidad. Dondequiera que los hombres y pueblos se hallan agrupados en comunidades jurídicas, ¿no son acaso precisamente hombres con una naturaleza humana sustancialmente idéntica? Las exigencias que se desprenden de esta naturaleza son las normas últimas del Derecho. Por diversa que pueda ser la formulación de estas exigencias en el Derecho positivo, según los tiempos y los lugares, según el grado de evolución y cultura, el núcleo central, por basarse en la naturaleza, es siempre el mismo.

Estas exigencias son como el punto muerto de un péndulo. El Derecho positivo sobrepasa el punto muerto, unas veces por un lado, otras veces por otro: pero el péndulo vuelve siempre quiérase o no, al punto muerto fijado por la naturaleza. Que se llame a esas exigencias de la naturaleza "Derecho", "normas éticas" o "postulados de la naturaleza" poco importa. Pero hay que reconocer que existen de hecho; que no han sido establecidas por el capricho del hombre; que se hallan radicadas ontológicamente en la naturaleza humana, naturaleza que el hombre no se dio a sí mismo; que, por lo tanto, se deben hallar en todas partes; que, por consiguiente, todo el Derecho público y todo el Derecho de gentes hallan en la naturaleza humana común un fundamento claro, sólido y duradero.

Por su parte, el Santo Padre Juan XXIII, se expresa sobre el tema en la encíclica *Mater et Magistra*, (15 de mayo de 1961), en los siguientes términos:

La falta de confianza mutua halla su explicación en el hecho de que los hombres, particularmente los más responsables, en el desenvolvimiento de su actividad, se inspiran en concepciones de vida diferentes o radicalmente contrarias. En algunas de estas concepciones, desgraciadamente, no se reconoce la existencia del orden moral; orden trascendente, universal, absoluto, igual y valedero para todos. Con esto viene a faltar la posibilidad de tomar contacto y de entenderse, plena y seguramente, a la luz de una misma ley de justicia admitida y observada por todos.

La segunda cosa que interesa a la doctrina católica con relación al problema que nos ocupa, es afirmar de manera terminante la inevitable y estrecha relación que existe entre la moral y el derecho. También sobre este tema se hizo oír la voz del mismo Pontífice Pío XII que acabamos de citar, en el discurso que pronunció a los participantes en la Asamblea de la Comisión Internacional de la Policía Criminal (15 de octubre de 1954):

... Si, por el contrario, el delito, en el sentido pleno del término, está constituido esencialmente por una violación de las leyes del ser y del deber moral, leyes enraizadas en la naturaleza de las cosas, entonces la lucha contra la criminalidad es un servicio eminente a la sociedad. Constituye una intervención en favor de los principios inmanentes, ontológicos y morales de la naturaleza y de la sociedad humana, a cuya estructura interna amenaza el crimen y a la que ataca en sus fuerzas vitales.

No cabe interpretar nuestras palabras como un alegato en favor de una confusión de la moral y el derecho, ni siquiera como una desviación cualquiera de la frontera que les separa. Pero nos percatamos muy claramente de los peligros de un positivismo jurídico extremo para no poner en guardia a todos aquellos que ansían conservar para el derecho su valor profundo y se apenarían de verle reducido a reglas puramente exteriores y superficiales...

Sobre el mismo tema expresó a su vez el Santo Padre Juan XXIII, en la encíclica *Pacem in Terris* (11 de abril de 1963), al referirse al ejercicio, por los tres poderes que componen el Estado, de las funciones que les competen:

Esto trae por consecuencia que el poder legislativo, en la incesante mudanza de situaciones, se mueva siempre en el ámbito del orden moral y de las normas constitucionales, e interprete objetivamente las exigencias del bien común; que el poder ejecutivo aplique las leyes con prudencia y pleno conocimiento de las mismas, y dentro de una valoración serena de los casos concretos; que el poder judicial administre la justicia con imparcialidad, inflexible frente a las presiones de intereses de parte, cualesquiera que sean.

Y añade en la misma encíclica:

una ordenación jurídica en armonía con el orden moral y que responda al grado de madurez de la comunidad política, constituye, no hay duda, un elemento fundamental para la conservación y aumento del bien común.

Se ve, por tanto, que toda la doctrina católica, al sostener la necesaria vinculación entre moral y derecho —aunque sin confundirlos— va abiertamente en contra de ideologías como la de Hans Kelsen, que reconocen solamente como válido al derecho positivo y hacen de él una mera estructura lógica autónoma, desconectada en absoluto de la moral. Así puede verse con toda claridad en las siguientes expresiones de este autor, al tratar el tema del deber jurídico:

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral.⁸

⁸ *Op. cit.*, cap. VIII, núm. 3.

Y en otro lugar dice este mismo autor:

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo.⁹

El recurso a la naturaleza, de que echa mano la concepción cristiana del derecho para limitar el arbitrio de los hombres en la elaboración positiva de éste, se hizo antaño valer contra el absolutismo real y ahora contra el estado totalitario. Sin embargo, se objetará: hay en la doctrina del orden normativo trascendente —derecho natural, moral natural o cualquiera que sea el nombre con que se le designe— una buena intención, la de evitar la arbitrariedad del gobernante e impedir la ilimitación del poder público en perjuicio del gobernado. ¿Pero quiere esto decir que tal doctrina tenga una base científica, o no pasa de ser ella una medida enteramente práctica encaminada al logro de un encomiable propósito?

Científica en el sentido de la ciencia positiva, experimental, evidentemente que no. Como tampoco la tiene el fundamento último del derecho, cualquiera que sea el concepto que se tenga de él. Y ello por la sencilla razón de que el problema en sí no es científico sino filosófico; corresponde a otro grado del saber. Los mismos positivistas, al negar la posibilidad de conocer cualquier realidad más allá de la empírica, asequible a los sentidos, inclusive en el derecho en que no reconocen como cierto más que al derecho positivo, asumen ya una actitud filosófica, aunque negativa. Pero por ahora nos guardamos bien de profundizar en este tema y preferimos volver al que nos ocupa y del que momentáneamente nos hemos desviado.

El concepto derecho natural tiene varias significaciones. En primer lugar, puede calificarse de natural en el sentido de que no es artificial; es decir, que resulta ser producto de la naturaleza, no creación de cultura. Está fuera del alcance de la voluntad de los hombres tanto en su existencia como en su contenido. En una segunda acepción puede calificarse de natural porque va de acuerdo con la finalidad o destino último del hombre, cuyo logro compete a la moral. En este sentido sería natural, porque no contraría a la finalidad humana suprema ni hace violencia sobre ella. Finalmente, en un tercer sentido, es aplicable el calificativo de natural al derecho porque se funda directamente en ese complejo psicofísico que es el hombre mismo. Supone la existencia de un orden

⁹ *Ibid.*, cap. IX, núm. 2.

universal dirigido a fines, en el que cada uno de sus componentes tiene el suyo. A la cabeza de ese orden jerarquizado estaría el hombre acusando diversas tendencias instintivas, sensibles, intelectuales. Ellas revelarían lo que es propiamente su naturaleza; algo innato en él, de ningún modo adquirido. Y como esas tendencias exigen satisfacción, la que no puede obtenerse sino mediante la creación de un cierto orden de convivencia entre los hombres y de determinadas formas de relación de ellos entre sí y para con las cosas, tales tendencias vienen a constituir exigencias dirigidas al hombre mismo, ya individualmente ya en conjunto, para que establezca ese orden y cree esas formas mediante preceptos de carácter obligatorio que constituirán el derecho positivo. Este último sería, por tanto, creación humana, pero no libre ni arbitraria, ya que resultaría ser una respuesta adecuada a esas exigencias innatas en el hombre, que demandan satisfacción.

El derecho natural, dentro de esta tercera acepción —que no excluye a las dos primeras— estaría constituido por esos requerimientos de la naturaleza humana, que vendrían a ser otros tantos mandatos de satisfacción para sus tendencias.

Vistas las cosas en esta forma, se comprende que la doctrina del derecho natural tiene que provenir necesariamente de una concepción humanista de la vida y particularmente de la vida social, ya que pone a la naturaleza humana como medida del derecho. Éste deberá estar al servicio de la persona, que es expresión concreta y real de esa naturaleza humana, porque la presupone colocada en el vértice de un orden cósmico en el que todos los seres están también al servicio de ella.

Pero de nuevo encontramos aquí esa actitud valorativa que supone la existencia de un sistema de normas, anterior y superior a las cosas valoradas. Esa estimación de la persona humana que la coloca en el punto más alto de la jerarquía en el mundo, presupone tal orden normativo previo y ese orden no puede ser el derecho —natural o positivo— que, como vimos, es posterior, porque se funda en los requerimientos naturales de la persona y constituye un medio para la satisfacción de los mismos. Además, al comprobar la existencia de estas tendencias, estamos encontrando solamente hechos. Son puros datos biológicos o, si se quiere, antropológicos, que en sí mismos no constituyen normas. ¿Cómo es entonces que del hecho pueda surgir el derecho? ¿Con qué medio podemos pasar del ser al deber ser, salvando el abismo que separa a ambos?

Estas preguntas no pueden contestarse si no se admite la existencia del ordenamiento moral objetivo y supremo, anterior y superior a la naturaleza humana. Ordenamiento que sirve para valorar a ésta y a sus tendencias. Si la persona humana está en el lugar más alto entre los seres de la creación y si éstos deben servirla, es porque así lo estima el orden

moral. Excluir este último y poner en la misma naturaleza humana la razón de su superioridad y de su capacidad para fundar el derecho, como un orden natural normativo, sería convertir a esa naturaleza en un absoluto. Ateísmo o panteísmo serían la conclusión inevitable de esa postura filosófica.

Además, observando esas tendencias o inclinaciones naturales del hombre en que se pretende fundar el derecho natural, fácilmente se ve la contradicción que hay entre algunas de ellas. La imposibilidad de satisfacción total se evidencia por el hecho de que entre sí se excluyen esas inclinaciones. Hay también necesidad de colocarlas jerárquicamente para preferir la satisfacción de las más altas o valiosas, con el inevitable sacrificio de las que valen menos. Y por ese camino llegamos también a la normatividad moral objetiva y suprema que es la única que puede hacer esa estimación y establecer esas preferencias.

Pero, esa falta de acuerdo entre las tendencias naturales, nos pone otra vez frente al tema que antes habíamos apuntado: el que se refiere al desajuste o desarticulación de la naturaleza humana. Este desajuste, cuya existencia es empíricamente comprobable por el evidente desacuerdo entre aquellas tendencias o inclinaciones naturales, que no pueden quedar conciliadas entre sí, queda explicado en la concepción cristiana por una caída o falta original del hombre. Esta idea —que, por lo demás, no es exclusiva del cristianismo, sino que existe también en otras religiones y concepciones filosóficas— al expresar el concepto de falta o pecado, necesariamente supone el de obligación y con éste el de un orden normativo superior a la naturaleza humana y anterior a ella y a su falta (*nullum crimen sine lege*). El mandato dirigido al primer pecador y que éste desobedeció, tuvo que haber sido de carácter moral, no jurídico. No era de derecho natural. No regulaba relaciones entre hombres ni podía fundarse en la naturaleza humana apenas nacida, sino en Dios mismo que la creaba. De ninguna manera puede suponerse allí una autorregulación de la naturaleza, con cuya infracción hubiera de dañarse ella a sí misma. Así también, mediante este razonamiento teológico, se llega a la misma conclusión que con los anteriores razonamientos filosóficos, encontrando la necesaria existencia de un orden moral objetivo y supremo, anterior y superior a la naturaleza humana y, por tanto, al derecho natural; que sea a la vez valorador y rector de ambos.¹⁰

¹⁰ La investigación en este tema resulta interesante partiendo de las ideas agustinianas. Que la prohibición de comer el fruto no haya provenido de la naturaleza sino de una ley que la regula y es superior a ella, parece encontrar fundamento en algunas expresiones de San Agustín, para quien la fruta "no era mala ni dañosa sino en cuanto era prohibida; pues no criara Dios cosa mala ni la plantara en aquel lugar de tanta felicidad". (*La ciudad de Dios*, libro 14, cap. xii). Y más adelante dice: "...aquella fruta era mala porque provenía del árbol malo y el árbol hízose malo contra naturam; porque

Ese orden moral objetivo y supremo es en realidad el fundamento último, no sólo del derecho, sino de toda normatividad en la vida humana. Ya hemos dicho que las solas tendencias o inclinaciones naturales halladas en el hombre no constituyen más que hechos. No revelan por sí mismas ninguna dimensión ética. No puede surgir únicamente de ellas el concepto de obligación. Este sólo aparece por efecto del orden moral superior.¹¹

El derecho natural se funda entonces, en última instancia, en ese orden moral que valora a la naturaleza humana, que pone al hombre en el lugar más alto de la creación y que manda dar satisfacción a algunas de sus tendencias o inclinaciones naturales, las cuales valora también como buenas, por ser conducentes a la finalidad o destino último del propio hombre.¹² Sólo en este sentido podemos hablar de un verdadero derecho natural. Éste sería rector del derecho positivo y lo delimitaría, porque la moral objetiva y suprema manda al hombre crear este derecho positivo fundándose en las directivas de la naturaleza y sin oponerse nunca a ellas. Pero esa regulación y delimitación que ejerce el derecho natural respecto del positivo, tienen únicamente el alcance de crear su

si no es por vicio de la voluntad, el cual es contra el buen orden de la naturaleza, no se hiciera malo;..." (*Ibid.*, cap. XIII.) De donde se deduce que la bondad o maldad de la acción y de las cosas no les viene de la naturaleza misma, sino de la ley que las rige; esto es, de la moral objetiva y suprema.

¹¹ Aunque siguiendo otra corriente filosófica con la que no vamos de acuerdo, Del Vecchio, que es también sostenedor del derecho natural, ha percibido en ciertos aspectos esta insuficiencia de la naturaleza humana para fundarlo, como lo revelan las siguientes expresiones suyas: "Ahora bien, mientras al hombre sólo se le considere en sus inclinaciones sensibles, como determinado por ciertos impulsos (entre los que se comprenda también el de la sociabilidad), jamás se podrán establecer estos criterios (se refiere a los criterios de obligación); como, en general, de la sola génesis psicológica de las acciones, jamás se podrá inducir su norma, la apreciación de su legitimidad o ilegitimidad, sea moral, sea jurídica. Para ello —ya lo hemos visto— conviene considerar al hombre en su carácter inteligible de puro principio...". Y más adelante añade: "...el fundamento del derecho sólo puede darse por una concepción que vaya más allá de la fenomenología y determinación empírica de las acciones, y halle su principio y norma en el ser inteligible del sujeto". (*Supuestos, concepto y principio del derecho*, Barcelona, Edición castellana de Bosch, 1962, parte 3ª, cap. VII, pp. 290 y 295).

¹² Según Giuseppe Graneris, la obligación, que él llama la parte formal del derecho "no puede confundirse ni con el hecho ni con las tendencias instintivas y ni siquiera puede deducirse de tales fuentes o medirse con tales criterios. Más aún, la verdad es a la inversa: es la inclinación la que nace de la obligación y se modela sobre ella, como un cierto comienzo natural de la ejecución de la ley, una ayuda, una incitación, que la naturaleza nos da para ejecutarla" (*Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973, cap. VI, núm. 5, p. 89). Si la obligación precede a la tendencia, según este autor, comentamos nosotros, no puede venir sino del orden moral superior. El mismo autor, Graneris, nos dice comentando a Santo Tomás, que éste distingue entre lo que es *a natura* (natural en sentido genérico) y lo que es *secundum naturam* (natural en sentido finalístico). Lo primero es aquello que proviene de la naturaleza humana. Lo segundo es lo que conviene a esa naturaleza racional y en cuanto nos dirige *in proprium actum et finem* (*Ibid.*, núm. 4, p. 88).

estructura fundamental, sus lineamientos generales, no la totalidad de sus preceptos. Queda por tanto siempre al hombre un amplio margen de libertad en la creación del derecho positivo, en el que este último no es determinado por el orden natural o por la moral objetiva que lo funda, sino en grado remoto, esto es, como una orientación a larga distancia. Y es en ese margen en que el hombre es creador del derecho positivo, en el que puede considerarse a este último como un producto cultural.

En esto encontramos una razón más para reafirmar la concepción humanista del derecho. Se refuerza aquí la apreciación de la dignidad de la persona humana al considerar el alcance que tiene esta capacidad suya, en primer lugar para conocer el orden normativo que le es superior, la moral objetiva y suprema; en segundo lugar para descubrir mediante ella y en las tendencias innatas de su naturaleza, la orientación jurídica que de ésta dimana y en tercer lugar para crear, con fundamento en ambas y como complemento necesario de las mismas, el derecho positivo que habrá de regir coactivamente a los hombres en su vida de relación. Por tal motivo creemos que yerra Kelsen cuando afirma que

si se pudiera descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.¹³

No es verdad esto. El derecho natural no crea una situación de “pleno sol”. Constituye solamente una luz básica, pero insuficiente, para dirigir la vida de los hombres en sociedad. Es solamente la antorcha inicial en que habrán de encenderse las bujías de que los hombres son portadores. Por ello resultará siempre necesaria y no superflua la “iluminación artificial” del derecho positivo.

III. De acuerdo con nuestra exposición anterior, se evidencia ya una primera diferencia esencial entre la moral objetiva y suprema y el derecho, ya sea este último natural o positivo. La primera es anterior y superior a la naturaleza humana.¹⁴ Ejerce una función de enjuiciamiento o valo-

¹³ *Op. cit.*, cap. VIII-b).

¹⁴ Consideramos que San Agustín ha distinguido claramente entre el orden natural y el orden moral propiamente dicho, haciendo a este último prevalecer sobre aquél. Así lo revela el pasaje en que, al establecer la jerarquía de las criaturas “siguiendo el orden de la naturaleza”, dice: “aventajan las vivientes a las no vivientes, como también las que tienen facultad de engendrar o apetecer a las que carecen de esta tendencia; y entre las que viven se anteponen las que sienten a las que no sienten, como a los árboles, los animales; y entre los que sienten se anteponen las que entienden a las que no entien-

ración de esta última y de sus tendencias y prevalece sobre ellas. El derecho, en cambio, presupone a la naturaleza humana y se funda en ella. La moral, como hemos expuesto, es la que confiere carácter ético a las tendencias naturales a fin de hacer de ellas un imperativo (derecho natural) para el legislador humano, obligándolo a crear un orden jurídico (derecho positivo) y señalándole la estructura básica de éste. Sin la moral objetiva y suprema quedarían reducidas las tendencias o inclinaciones de la naturaleza humana, a meros hechos psicofísicos, antropológicos, sin ningún significado ético que los hiciera creadores de obligaciones. El derecho positivo que de tales hechos resultara, sería también, a su vez, sólo un hecho, aunque se expresara en forma normativa. Solamente podría ser el resultado de un simple juego de fuerzas naturales antropológicas. Las tendencias prevalentes no serían en tal caso las más valiosas de acuerdo con el enjuiciamiento moral, sino las más fuertes. De aquí deriva una importante conclusión, el derecho sólo existe en tanto que hay naturaleza humana, es decir, en cuanto que hay hombres. La moral, en cambio, existe independientemente de ellos. Su trascendencia objetiva la haría subsistir incólume aún cuando se extinguiese la especie humana, antes de la cual existía ya. Esto se debe a que la moral tiene un fundamento ontológico, radica en el ser; en tanto que el derecho se funda en el hombre mismo, ya sea en sus tendencias o inclinaciones, si es derecho natural o ya en la voluntad expresada por el legislador, si es derecho positivo. Por eso, cuando Regis Jolivet, profesor que fue de filosofía en la Universidad Católica de Lyon, sostiene que "El derecho como tal no es más que una abstracción, que designa el principio universal de la moralidad",¹⁵ pensamos que está en error. Ocurre precisamente a la inversa, la moral es el fundamento supremo del derecho.

Esta situación de superioridad en que la moral se encuentra, ha conducido a hallar otra diferencia entre ella y el derecho. Se ha dicho repetidas veces que la moral regula o valora la conducta del hombre "en vista de su supremo y último fin", "atendiendo su supremo destino", "de un modo absoluto, radical, en la significación integral y última que tiene para la vida del sujeto".¹⁶ Por eso enjuicia de manera plenaria, total, su vida entera, esto es, la totalidad de sus actos. El derecho, por el contrario, al

den, así como los hombres a las bestias; y entre las que entienden se anteponen las inmortales a las mortales, como los ángeles a los hombres". Pero cuida de añadir a continuación este santo filósofo, la siguiente expresión que nos parece decisiva en el caso: "No obstante, tanto vale en las naturalezas racionales un como peso de la voluntad y amor, que aunque por la naturaleza se antepongan los ángeles a los hombres, con todo, por la ley de la justicia, los hombres buenos son preferidos y antepuestos a los ángeles malos." (*La ciudad de Dios*, libro XI, cap. XVI.)

¹⁵ *Tratado de filosofía moral*, cap. II-B, núm. 100.

¹⁶ Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, cap. V, núm. 2.

regir la conducta de los hombres, lo hace pretendiendo solamente crear entre ellos, en su vida de relación, un cierto orden que haga posible la convivencia, "trata tan sólo de hacer posible una armonización mínima de las conductas de las gentes para la convivencia y la cooperación colectivas",¹⁷ por ello que el derecho no enjuicia todo el obrar humano, sino sólo aquellos actos que pueden tener relevancia para que los hombres coexistan en mutuas relaciones de variada índole. Esto es, para que vivan socialmente.

Lo anterior es exacto, pero hasta cierto punto. La moral pretende llevar a cada hombre al cumplimiento de su destino personal e intransferible a su "fin último, en el que el hombre encontrará el acabamiento y la perfección de su naturaleza, es decir su soberano bien".¹⁸ Pero el derecho no es ajeno a este objeto; solamente que no lo busca de manera próxima, directa, como la moral, sino indirecta, remota. En último término, el orden social que busca el derecho crear o mantener, no puede perseguir como objeto sino el mismo que la moral, esto es, conducir al hombre a su destino último. La sociedad y, por lo tanto, también el derecho, no son sino instrumentos al servicio de la moral y, consiguientemente, del fin último del hombre, de su perfección a la que aquélla trata de conducirlo. Ni el derecho ni la sociedad regulada por éste constituyen fines en sí mismos, sino tan sólo medios al servicio de la persona humana.

Como consecuencia de las anteriores funciones que a la moral y al derecho corresponden, surge otra diferenciación más entre ambos o, mejor dicho, otro matiz más en la diferencia única que los separa. La moral dirige sus mandatos al querer individual interno, en tanto que el derecho rige con sus normas el comportamiento externo. La primera va hacia la voluntad exclusivamente como facultad psíquica de cada individuo, en tanto que el segundo regula el obrar puramente exterior, físico. Esta distinción no ha sido apreciada en toda su magnitud.

Se dice que ella no es rigurosa porque la moral "a veces pondera también el éxito externo de la conducta —en tanto que crea el deber no sólo de una buena intención, sino además el deber del esfuerzo positivo para el logro de un determinado comportamiento—".¹⁹ Y a su vez, "El Derecho debe necesariamente —en cuanto valora las acciones— tener su cuenta los motivos que las informan y las determinan".²⁰ Veamos el alcance de estas afirmaciones.

En cuanto a la moral, dirige sus mandatos, como acabamos de expresarlo, a la voluntad interna. Para cumplir el precepto moral basta en

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Jolivet, *op. cit.*, libro I, cap. I, núm. 29.

¹⁹ Recaséns Siches, *op. cit.*, cap. V, núm. 8.

²⁰ Del Vecchio, *Filosofía del derecho*, parte sistemática, sec. 1ª, II.

realidad querer la conducta mandada por él. Y si la realización de esa conducta requiere de un "esfuerzo positivo", como dice Recaséns Siches, basta querer, con voluntad interna, psíquica, ese esfuerzo. La simple volición asegura el cumplimiento —o en su caso el incumplimiento— de la norma moral. ¿Pero es que entonces esta última resulta del todo ajena al efecto exterior de esa volición? ¿Es indiferente a la moral la conducta externa que ella misma prescribe? Seguramente que no. Lo que ocurre es que el resultado exterior se produce necesariamente y como consecuencia de la volición, con tal que ésta sea auténtica y no encuentre obstáculos exteriores que impidan la realización externa del querer interno.

En efecto, cuando el resultado exterior o conducta externa no se produce porque la volición, la intención, no ha sido auténtica; esto es, porque el querer no ha sido sincero, íntegro, es que en realidad no se ha cumplido la norma moral que lo mandaba. Estamos tal vez ante un caso de fariseísmo. En cuanto al segundo supuesto, o sea el que se da cuando no se produce el resultado exterior porque la voluntad, aún siendo auténtica, encuentra obstáculos externos que impiden su realización, constituye un tema ajeno ya a la moral (cuyo mandato habrá quedado cumplido). Posiblemente sea de la incumbencia del derecho.

En resumen, la moral no es indiferente a la conducta externa. Esto es verdad. Pero en todo caso, su directiva ética va hacia la voluntad, hacia el querer interno de la persona. Si la conducta externa se ha de producir —y el fin último de la norma es que se produzca— la moral quiere que ello sea como resultado de esa voluntad interior a la cual va dirigida el mandamiento. No quiere el efecto exterior proviniendo de otra causa que no sea una voluntad interna libre, que se doblega al imperativo moral.

Sin embargo, aun cuando es verdadero esto último, requiere aclaraciones. Hay algunas conductas externas iguales a las que manda la moral, cuya realización podría obtenerse sin la voluntad interna del agente, esto es, por coacción exterior. ¿La moral detesta esa realización o, por el contrario, la quiere no obstante la causa que la produce? Podemos afirmar que algunas veces la quiere, porque la moral quiere al derecho; es decir, porque manda que haya un orden jurídico. Debe existir ese orden al servicio de la moral; como instrumento de ella según expresamos antes.

Hemos dicho que la moral trata de conducir, mediante sus mandatos, a la persona humana, al logro de un destino último que para ella existe. Y para ese logro es necesario —y suficiente, en principio— el cumplimiento del mandato con voluntad interior, psíquica. El éxito o el fracaso de cada hombre, en cuanto al cumplimiento de su fin último, se decide en el interior del mismo, en su intimidad más profunda.

Pero como la vida humana es asociada, no aislada, se requiere una ordenación para la conducta exterior de cada persona. Esa ordenación debe-

ría resultar, según hemos expresado, necesariamente del solo cumplimiento de la norma moral que regula también relaciones inter-humanas; esto es, que establece deberes de los hombres entre sí. Pero como ese cumplimiento de la norma moral es libre, o sea que depende exclusivamente del querer individual e interno de cada uno, es posible que no se produzca en ciertos casos y entonces no se lograría la ordenación de la vida asociada. Esta posibilidad es contemplada también por la norma moral, que por tal razón manda la existencia de un orden jurídico, es decir, de un orden normativo dirigido al comportamiento exterior de la persona y capaz de imponerlo sin la voluntad interna de ésta o aun en contra de ella.

Pero entonces, se objetará, esto destruye la distinción antes apuntada entre moral y derecho, pues la moral ya no se interesará solamente por el destino último de cada hombre, sino que también tendrá como fin su convivencia temporal, transitoria, con los demás, mientras vive, en cuyo caso se confundirá con el derecho. Ya no regularía la moral sólo el querer interno de la persona, sino también su conducta externa.

Esta objeción únicamente indica la estrecha relación e interdependencia que existen entre la moral y el derecho. De ningún modo su confusión. Insistimos en que la moral persigue la realización del destino último y personal en cada hombre y para ello le dirige sus mandatos a la voluntad interna, sin la cual no puede alcanzar ese destino. Pero la moral no lleva esa finalidad para un solo hombre, sino para todos. Debe esforzarse para que ella sea alcanzada por el mayor número posible. En este sentido —y a pesar de su función estrictamente individual, dirigida a la intimidad de cada persona— la moral es universal, se dirige a todos los hombres para conducirlos a su fin último. Para esto requiere determinadas formas de convivencia que deben ser mantenidas a todo trance. Que no sean destruidas por el incumplimiento moral de algunos, que dificulte o ponga en peligro el cumplimiento moral de todos y los aparte de su fin último. Por eso es por lo que la moral requiere del derecho e impone la existencia éste; porque necesita para su objeto, como de un medio, el que se imponga (jurídicamente) una conducta externa que posibilite (moralmente) obtener el asentimiento o querer interno, no de un solo hombre sino de toda la especie humana.

Graneris sostiene que en tales casos la conducta, aun siendo impuesta, conserva “algún valor independientemente del ánimo del agente”.²¹ Y conserva ciertamente valor para la moral esa conducta coaccionada —añadimos nosotros— porque aun cuando no constituya, por su falta de voluntariedad, el cumplimiento del deber moral, es útil y hasta ne-

²¹ *Op. cit.*, cap. iv, núm. 2.

cesaria para obtener ese cumplimiento en otras acciones diversas, de los sujetos que hacen vida asociada.

En este sentido el derecho sirve, pues, a la moral. Es instrumento al servicio de ella, dado que el fin perseguido por el derecho es conducente al que se persigue por la moral. Es fin intermedio o subordinado a este fin último. Ello hace que las estrechas relaciones existentes entre moral y derecho presenten algunas veces casos en que aquélla auxilie de algún modo a éste en el cumplimiento de su cometido, dando así a la moral cierta apariencia de instrumentalidad. Y decimos apariencia, porque en realidad la moral, al servir al derecho, se sirve en última instancia a sí misma, ya que la meta de ella es la definitiva y suprema, el destino final de cada hombre. Así pueden explicarse esos casos recordados por Del Vecchio y a que antes nos hemos referido, en que el derecho, al regular la conducta externa de los hombres, se interesa también por el aspecto interno de ella, esto es, por la volición interior que la produce, aproximándose de ese modo a la moral, hasta con peligro de borrar la distinción que separa a ambos.

Queremos a este respecto, citar íntegro el texto de Del Vecchio:

El Derecho debe necesariamente —en cuanto valora las acciones— tener en cuenta los motivos que las informan y las determinan. En realidad, la consideración de este elemento psíquico del obrar no ha faltado nunca, y es tanto mayor cuanto más progresa el Derecho. En los tiempos primitivos, se atendió a los motivos sólo de un modo tosco y burdo, y a medida que la conciencia jurídica va poco a poco iluminándose y desenvolviéndose, se da a éstos una importancia mayor y se hace en los mismos distinciones más exactas. Así, por ejemplo, la consideración de las intenciones ha ido siendo reconocida cada vez como más indispensable en el campo del Derecho Penal. De otra parte, ya en la antigüedad estaba en vigencia la máxima fundamental: *In maleficiis voluntas expectanda non exitus* (Dig. XLVIII, 8, fr. 14; cfr. Dig., L., 17, fr. 79: *Non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque*). Para demostrar además con otros ejemplos, la importancia alcanzada por el elemento psíquico en este campo, puede recordarse que se llegó a constituir la figura característica del delito preterintencional, la cual se funda precisamente sobre la confrontación entre el elemento físico y el psíquico (cfr. artículo 43 del Cód. pen.). Análogamente ocurre en el Derecho Civil; por ejemplo, en los contratos es un principio fundamental de interpretación, el de que se debe tener en cuenta la intención de los contrayentes, la cual debe prevalecer sobre la letra de los pactos (*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*, Dig. L, 16, fr. 219; cfr. art. 1.131 Código civil italiano de 1865, art. 1.362 del de 1942). Y sobre la consideración del *animus* (*animus rem sibi habendi*, etc.) se funda también la teoría de la posesión y la distinción de sus varios grados (simple, legítima, de buena fe). De todo lo cual es posible concluir, que el Derecho tiene siempre

en cuenta, en mayor o menor medida, la intención que se da en un determinado acto.²²

Ciertamente, el derecho toma en cuenta la intención (la volición, decimos nosotros) aunque no en todos los actos externos que regula, sino sólo en algunos. No siempre, como Del Vecchio dice, con alguna exageración. Y es en esos casos en los que se muestra más la vinculación interna que existe entre la moral y el derecho, pero también es en ellos precisamente, en los que puede apreciarse mejor la distinción que se para a ambos.

Por lo pronto diremos que al tomar en cuenta el derecho la intencionalidad, en aquellos casos en que lo hace, es para dar a la conducta externa correspondiente a ella, determinados efectos jurídicos, esto es, de orden social, no para conducir directamente al hombre a su destino último por la bondad o maldad que entrañen las intenciones.

Examinando en particular los casos recordados por Del Vecchio podemos hacer algunas observaciones. La penetración del derecho penal hasta la personalidad del delincuente para valorar los motivos que lo llevaron a delinquir, no es en el fondo sino un recurso a la moral, que demuestra la necesidad que de ella tiene el derecho y la insuficiencia de éste para regir, aún en su fase puramente externa, la conducta humana. Ya decíamos antes (cap. v) que es significativo en el positivismo el hecho de que al desvincular el derecho de la moral —supuesto que niega a ésta toda objetividad trascendente— trate de hacer desempeñar a aquél o sea al derecho, funciones que no le corresponden. Esto es, funciones propias de la moral, ya que al haber excluido a esta última, relegándola a una subjetividad inmanente que la relativiza, ha dejado el positivismo al derecho sin el auxilio de ella y, por tanto, en la imposibilidad de alcanzar su finalidad de ordenación social.

El motivo determinante —ha escrito Ferri— da la tónica moral y jurídica a todo acto humano.

Y más adelante, añade este autor:

Pero en los motivos determinantes (como en el problema de las relaciones entre pasión y delito) yo he sustituido el criterio cuantitativo de la mayor o menor intensidad o energía, por el criterio cualitativo de la naturaleza del motivo determinante (y lo mismo de la pasión) según sea favorable o contrario a las condiciones (morales y jurídicas) de existencia social. Distinguí por ende los motivos sociales y los antisociales; que en el campo ético se llamarán motivos morales e inmorales, nobles e innobles, y en el campo legal motivos jurídicos y antijurídicos, legítimos e ilegítimos, excusables y no excusables.²³

²² *Op. cit.*, sec. 1ª cap. III.

²³ *Principios de derecho criminal*, Ed. Reus, parte primera, cap. III, núm. 58, p. 290.

Por lo que toca a la referencia que Del Vecchio hace al delito preterintencional, en relación con el tema que nos ocupa o sea el de la penetración del derecho al mundo interior del sujeto para valorar sus intenciones y los motivos de ellas, diremos que no nos parece acertada. Y esto es porque precisamente en esa figura, la del delito preterintencional, es en la que da el derecho más importancia a la objetividad del resultado externo en la conducta ilícita, que a la intención del agente, cuya voluntad iba dirigida a producir otro resultado diverso, también ilícito, pero de menor gravedad que el que se produjo.

Las situaciones dentro del campo civil en que el derecho toma en cuenta la intención o voluntad interna, revelan también su vinculación con la moral, pero haciendo en todo caso aplicación de ella a la vida de relación, esto es a la ordenación social o externa. Estas situaciones implican más bien problemas de justicia conmutativa que no pueden quedar resueltos —ni aun jurídicamente— sino tomando en cuenta el querer interior, la intención. Difieren en esto de los casos del derecho penal, antes recordados, en los que la valoración de ese querer interior obedece más —aunque no exclusivamente— al interés de prevenir el delito futuro y defender a la sociedad contra los actos que más directamente la atacan, que al de crear relaciones justas entre individuos. Así, en el caso de la posesión a que se refiere Del Vecchio, con la consideración del elemento intencional (*animus*), cuyo alcance y significado han sido tan hondamente discutidos, trata de fijar los límites que la protección jurídica de la posesión debe tener. Esta última, la posesión, es, en principio, un efecto o manifestación de la propiedad y, como tal, debe ser defendida. Pero hay ocasiones en que se vuelve contra el mismo derecho de propiedad y hasta llega a arrebatarlo a su titular, como ocurre en el caso de la prescripción adquisitiva. Es preciso hacer entonces que la protección brindada por el derecho a la posesión y los efectos que le permite producir en tales casos, no se vuelvan injustos. De aquí la exigencia de determinados requisitos internos, esto es, en la intención del poseedor. De aquí también la distinción que el derecho hace entre las diversas situaciones de ese querer interior del sujeto que posee, para darles protección jurídica en grados también diversos y aun para negarles esa protección totalmente. Es una exigencia de justicia la que obliga a hacer esas distinciones tomando en cuenta la intención y la que impide tratar de igual modo a todos los poseedores, aun cuando su situación externa, en cuanto a la tenencia de la cosa (*corpus*), sea idéntica.

Por lo que toca al otro caso recordado por Del Vecchio, o sea el que se refiere al valor de la intención de los contratantes como medida de los efectos del contrato y del alcance de sus obligaciones, presenta la situación de conflicto —hasta ahora jurídicamente irresoluble entre la

seguridad del que quiere obligarse mediante su querer interno y la de aquéllos con quienes de algún modo se relaciona —contratantes o terceros— que no pudiendo conocer ese mismo querer interno sino únicamente su exteriorización —voluntad declarada— sólo pueden atenerse a esta última para decidir el comportamiento que han de observar y las obligaciones que han de contraer. Cuando surge discrepancia entre la voluntad interna y su manifestación exterior, discrepancia que puede resultar engañosa para quienes sólo conocen esta última y no la primera, aparece el clásico conflicto entre seguridad estática y seguridad dinámica y con él también una exigencia de justicia para proteger situaciones sociales, moralmente valiosas, como son: la buena fe, el conocimiento de la verdad en los tratos y finalmente la libertad misma, que en materia civil se opone al nacimiento de obligaciones no queridas con voluntad interna y real o queridas por error, esto es, partiendo de supuestos falsos en cuanto a la voluntad de otra persona.

Pero en todos estos casos, repetimos, no toma en cuenta el derecho a la intención, el querer interior, para valorarlo solamente en cuanto a su bondad o malicia, sino para atribuir efectos diversos, en el orden social, a las manifestaciones externas de ese querer. A nivel moral, la intención debía calificar al sujeto que la tiene. En cambio, a nivel jurídico, solamente califica al acto en su manifestación puramente externa, esto es, en cuanto relaciona al sujeto autor del mismo, con otros sujetos que sean posibles autores de conductas similares.

Llega a conclusión parecida a ésta Giuseppe Graneris, quien exponiendo el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, sostiene que para este pensador, para quien “no hay una sección o ángulo de la actividad humana que no grave en torno a una virtud”, el derecho se encuentra en la órbita de la justicia “porque el derecho actúa y se desarrolla en las relaciones interpersonales”. Y la justicia, una de las cuatro virtudes cardinales que son “puntos fijos ideales de referencia en el mundo de la acción” difiere de las otras tres por la razón que da en el siguiente párrafo:

Leemos: *Virtus est quae bonum facit habentem et opus eius bonum reddit* (virtud es lo que hace bueno al poseedor y buena su obra); es decir, la virtud cumple una doble rectificación: rectifica al hombre y rectifica al acto humano. Estas dos tareas son comunes a las cuatro virtudes, pero no es igual en ellas el modo de tratarlas; porque la prudencia, la fortaleza, la templanza, aunque puedan perfeccionar al sujeto sin perfeccionar el acto, no pueden nunca perfeccionar el acto sin perfeccionar al sujeto; en cambio la justicia permite el aislamiento de cada una de las dos rectificaciones. En otras palabras: es posible tener cualquier virtud moral *in praeparatione animi* (en la intención del alma) aunque circunstancias accidentales tornen imposible su ejercicio exterior y actual; y entonces la virtud *bonum facit habentem*, sin tornar buena.

la *opus eius*. La justicia tiene además en sí una posibilidad negada a sus hermanas: puede producir actos justos independientemente de la justicia del sujeto.

Y, párrafos más adelante, añade Graneris estos conceptos:

En cambio la justicia perfecciona nuestro acto también por relación a los otros, y el valor del acto con respecto a estos otros es independiente de la disposición de nuestro ánimo. . . Vale decir: la rectificación del acto puede realizarse también separadamente de la del sujeto; y el acto, aun con esta perfección disminuida, tiene ya un valor en el campo de la justicia, que es el campo de las relaciones humanas. Saldar una deuda, aunque sea con ánimo malo y rebelde, es ya un bien, al menos para el acreedor satisfecho y para el ordenamiento social. . .

En otros términos: el acto de justicia puede ser cumplido de dos modos; es decir: o con ánimo justo, acompañado y sometido a la buena voluntad de dar a cada uno lo que le es debido, o con ánimo hostil, recalcitrante, contrario, injusto. En el primer caso el acto muestra en sí unidas las dos perfecciones: una que le viene de la exacta concordancia con las exigencias del otro, del acreedor, y a ésta la llamaremos objetiva; la otra nace de la armonía del acto con la naturaleza subjetiva. En el segundo caso (cuando falta el ánimo) al acto le falta el decoro subjetivo y le queda sólo el objetivo, que (repetimos) sólo es posible en el campo de la justicia. . .

Henos aquí frente al *ius* concebido *ad mentem* S. Thomae. Es aquel *iustum imperfectum* que hemos encontrado en el plano inferior de la justicia: es el *obiectum iustitiae*, pero considerado en su posible aislamiento del ánimo del sujeto; es el *bonum opus*, en cuanto puede estar separado del *homo bonus*, es la armonía de la vida exterior, que quizá no tenga una digna verificación en la concordia de ánimos. . .²⁴

De aquí deducimos por nuestra cuenta algunas conclusiones. La doctrina expuesta hace incidir la norma moral en el querer interno, en la volición, que, como antes hemos sostenido nosotros, es la que perfecciona o deprava al hombre en sí mismo; en la buena o mala intención que es la que lo lleva o aparta de su destino último, independientemente de la realización o frustración externa que esa intención llegue a tener. La norma jurídica, en cambio, queda vinculada a esa realidad exterior de la conducta, en la que, prescindiendo de la intención de su autor, debe alcanzarse la justicia o perfección del acto —en su exterioridad— aun sin alcanzar la del sujeto actuante, en sí mismo. Porque el derecho no busca de manera inmediata esta última, sino sólo la creación y el mantenimiento de un orden de convivencia justa, formado por actos que en su exterioridad estén de acuerdo con la justicia. De aquí la distinción que de ésta hace Graneris, capítulos más adelante, entre la justicia virtud y la justicia orden. “En el primer sentido, ella es igual a las

²⁴ *Op. cit.*, cap. II, núm. 3.

otras virtudes morales, y para producir actos virtuosos debe obtener que éstos nazcan de un ánimo bien dispuesto, es decir justo". Esta es la función característica de lo moral, comentamos por nuestra parte. En tanto que la del derecho es la de la justicia orden, que para el citado autor "tiene la naturaleza de los ordenamientos sociales, en los que el hecho prevalece sobre el ánimo".²⁵

Finalmente, un último aspecto de las relaciones entre derecho y moral lo presentan aquellos casos en que el primero es declarado moralmente obligatorio o la segunda jurídicamente imponible. Las conductas impuestas por ambos órdenes coinciden por la superposición de las normas, pero éstas en ningún caso se confunden. Ejemplo de lo primero es el principio de moral católica que declara obligación de conciencia para el cristiano obedecer las leyes del Estado, siempre que no se opongan a la de Dios; esto es, que no sean injustas, según aquella enseñanza de San Pablo: 'Porque el príncipe es un ministro de Dios puesto para tu bien. . . Por tanto, es necesario que le estéis sujetos, no sólo por temor del castigo, sino también por obligación de conciencia.'²⁶

En cuanto al segundo supuesto, tenemos numerosos ejemplos del mismo en nuestras leyes, tales como los siguientes: el artículo 1830 del Código Civil declara ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres y esa ilicitud impide que tal hecho pueda ser objeto de un contrato, según lo dejó establecido el artículo 1827. El mismo Código hace civilmente responsable, en su artículo 1910 al que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres causa daño a otro. Este concepto de buenas costumbres ha sido considerado por los comentaristas como significativo de los principios morales que rigen a la comunidad, los que de esa manera quedan jurídicamente impuestos. Por su parte el artículo 22 de la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito y Territorios Federales establece que el condómino u ocupante de un departamento, vivienda, casa o local sujetos a ese régimen, no podrá destinarlos a usos contrarios a la moral o buenas costumbres.

Kelsen ve en los dos supuestos indicados una verdadera confusión material entre la moral y el derecho, que sólo formalmente quedarían distintos. Así se expresa este autor sobre el tema:

Sin duda, el derecho positivo puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica, adquiere por tal circunstancia el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral pres-

²⁵ *Ibid.*, cap. iv, núm. 4.

²⁶ Ep. Rom, XIII-4.5.

criba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.²⁷

Más que de delegaciones recíprocas entre derecho y moral, de la función de determinar las conductas, creemos que se trata de una verdadera coincidencia de contenidos. Una misma conducta es, a la vez, jurídica y moralmente obligatoria. Y tal coincidencia no es fortuita; resulta del mismo fundamento moral que el derecho tiene, según lo que antes hemos sostenido. Son dos órdenes diferenciados pero no extraños entre sí, como Kelsen ha querido que sean. La moral manda que exista un derecho y que éste sea obedecido, porque quiere que haya un orden social acorde con sus principios morales. Por su parte el derecho impone expresamente, en muchos de sus preceptos, la obligación jurídica de cumplir mandatos morales determinados (como el respeto a la propiedad o a la vida) y en otros, cuando esa determinación por parte del derecho resulta difícil o casuista, opta por remitirla a la moral misma. Porque la función del derecho es hacer que se cumpla, en el aspecto en que afecta al orden social, esa moral que le sirve de fundamento ético.

Para terminar esta ya prolongada exposición sobre la diferencia y relaciones entre derecho y moral —larga respecto del objeto de este libro, pero corta si se toma en cuenta la magnitud del tema— debemos resumir. La moral, tanto como el derecho constituye un orden normativo. Ambos van dirigidos a la conducta para señalarle imperativamente la dirección que ha de tomar. Ambos son objetivos, esto es, trascendentes al sujeto, independientes de la voluntad individual o colectiva de los hombres, que podrán, como ha dicho atinadamente Kuri Breña, cumplir sus mandatos o no cumplirlos pero no hacerlos.

A este respecto deben distinguirse, sin embargo, dos niveles que paralelamente existen, tanto en el derecho como en la moral. El primero superior, es totalmente objetivo, cognoscible por los hombres como un objeto independiente de ellos. Su validez como norma de conducta es incondicionada. El segundo es elaborado con intervención de los hombres; tiene su fundamento y directriz en el primero y su validez está condicionada a la coincidencia con éste. En el terreno jurídico el primer nivel es el del derecho natural, fundado en la naturaleza social del hombre y a su vez fundamento, modelo y directriz del derecho positivo, que constituye el segundo plano y es elaborado por los hom-

²⁷ *Op. cit.*, cap. II, núm. 1.

bres, quienes para darle validez deberán adecuarlo al primero, guardando sus principios y desarrollándolos sin contradecirlos ni desfigurarlos.

En el campo propio de la moral también existen esos dos niveles. El primero y más elevado es el de la moral objetiva y suprema, trascendente a toda voluntad humana y a todas las circunstancias de tiempo y de lugar.²⁸ El segundo es el de la moral positiva, en cuya elaboración intervienen —hasta cierto punto— los hombres. Este segundo nivel se forma por el conjunto de ideas morales que se expresan dentro de la vida social, ya sea en las costumbres, en las doctrinas de pensadores o en prescripciones de carácter religioso. Todas estas manifestaciones de moral positiva constituyen intentos —acertados o errados— para descubrir y aplicar a la vida de los hombres la moral objetiva y suprema que se encuentra en el primer nivel. Se fundan en ésta y tienen validez en la medida en que coinciden con ella y la presentan como una norma superior de conducta. Pero, dentro de todo este conjunto de órdenes, es dicha moral objetiva y suprema la que se encuentra en el nivel más elevado, en la cúspide, pues ella sirve de fundamento no sólo a la moral positiva sino también al derecho, tanto natural como positivo. Esta es pues, en última instancia, el fundamento de toda normatividad en la vida humana y el criterio último de valoración para ésta, como lo hemos hecho ver en los párrafos anteriores. Ya decíamos antes y repetimos ahora, que la naturaleza no puede ser fundamento de derecho alguno sino en la medida en que ella es valorada y calificada de buena por la moral suprema y objetiva.

IV. Pasamos ahora a hacer aplicación de los anteriores principios al caso particular del secreto, que aquí estudiamos. Éste resulta ser; ante todo, como expresábamos ya al terminar el capítulo primero, algo natural, o sea inherente a la misma naturaleza social del hombre, que tiene un indiscutible derecho a la guarda de su intimidad. Tal derecho es todavía más evidente que el que tiene a los bienes exteriores, o sea el derecho de propiedad. Además, el secreto constituye, como también lo hicimos ver en el capítulo primero, un medio indispensable

²⁸ No creemos que deba llamarse moral natural a este nivel superior, que es la moral objetiva y suprema, como ocurre con el nivel superior del derecho. Verdad es que la doctrina católica emplea con frecuencia esa expresión de "moral natural", pero ello no es para oponerla al concepto de moral positiva —como ocurre tratándose del derecho cuando se le aplican estos mismos calificativos— sino al de moral sobrenatural, pues en tanto que ésta es dada a conocer a los hombres por Dios mismo mediante revelación, la otra, la moral natural, les es enseñada también por Dios, mediante principios de razón, cognoscibles por una facultad natural interior que constituye la conciencia moral y sin necesidad de revelación alguna.

para la protección de determinados bienes jurídica y moralmente tutelados, entre los que se encuentran la vida, el patrimonio, la reputación, etcétera. Y es clara la razón de que en tales condiciones, el derecho positivo no haya podido menos que reconocer al secreto como objeto de protección jurídica, por ser de derecho natural, esto es por hallarse postulado por las mismas tendencias naturales de la especie humana.

La moral, por su parte, ha estimado como valiosa esa tendencia natural al secreto en general, a la guarda de la intimidad y ha preceptuado desde tiempos antiguos al deber de reserva como un deber moral. Este deber resulta ser tanto más manifiesto e importante en el caso del profesionista y por eso pasamos a ocuparnos del mismo en el presente capítulo.

El doctor Eliseo J. Guardiola, notario de la República Argentina, en un amplio y documentado estudio que presentó como ponencia al Quinto Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Roma en 1958,²⁹ se remonta a estudiar los antecedentes bíblicos del secreto en el Nuevo Testamento (cap. vi del trabajo citado). Y allí recuerda, en primer término, el pasaje de San Mateo (cap. ix), en que relata este evangelista la curación de unos ciegos hecha por Jesús. El texto íntegro del pasaje a que se refiere Guardiola (sin transcribirlo) es el siguiente:

27. Partiendo Jesús de aquel lugar, le siguieron dos ciegos, gritando, y diciendo: Hijo de David, ten compasión de nosotros. 28. Luego que llegó a casa, se le presentaron los ciegos. Y Jesús les dijo: ¿Creéis que yo puedo hacer eso que me pedís? Dícenle: Sí, señor. 29. Entonces les tocó los ojos, diciendo: Según vuestra fe así os sea hecho. 30. Y se les abrieron los ojos; mas Jesús los conminó, diciendo: Mirad que nadie lo sepa. 31. Ellos, sin embargo, al salir de allí, lo publicaron por toda la comarca.

Curioso caso de secreto profesional invertido, en que la reserva no va encomendada por los clientes al Divino Profesionista, sino al contrario, por este último, a aquéllos, quienes no guardaron por supuesto el secreto. El hecho es semejante al de otra curación milagrosa que relata el mismo evangelista en el capítulo viii, aunque en ésta no aparece que haya habido revelación:

2. En esto, viniendo a él un leproso, le adoraba, diciendo: Señor, si tú quieres, puedes limpiarme. 3. Y Jesús extendiendo la mano, le tocó, diciendo: Quiero. Queda limpio. Y al instante quedó curado de su lepra. 4. Y Jesús le dijo: Mira que no lo digas a nadie: pero ve a presentarte al sacerdote, y ofrece el don que Moisés ordenó, para que le sirva de testimonio.

²⁹ "El secreto profesional del notario y de sus empleados" en *Revista Internacional del Notariado*, núm. 36, pp. 519 y ss.

No creemos, sin embargo, que en estos casos exista verdadero secreto profesional. Guardiola, refiriéndose sólo al primero de ellos, que es el que menciona, dice que el secreto nace allí de una orden divina. Esta opinión no es compartida por algunos exágetas bíblicos que no ven en los casos de curaciones narradas en el Evangelio, verdaderos mandatos por parte de Cristo que fueren creadores de obligaciones para los enfermos sanados. Por eso no reprochan a éstos, como una deslealtad, el hecho de haber dado a conocer la curación. Por lo demás, son frecuentes las situaciones, en la vida de Cristo, en las que Éste encomienda secreto. Recuérdese el caso de su transfiguración, en que dice a los apóstoles suyos que la presenciaron: "No digáis, a nadie lo que habéis visto, hasta tanto que el Hijo del hombre haya resucitado de entre los muertos" (San Mateo, cap. xvii, Nº 9). Y también la curación del leproso que relata San Marcos (cap. i, Nos. 40 a 45), en la que hubo divulgación del secreto por parte del enfermo sanado.

Como quiera que sea, todos estos casos revelan la importancia que tiene la discreción en las relaciones humanas y cuán difícilmente puede pasarse sin ella, el ejercicio de una actividad trascendente. Aun para el logro de fines divinos, resulta "humanamente" útil el secreto. Y por supuesto que no es sólo el Nuevo Testamento el que reconoce esta importancia a la reserva. El Antiguo no ha pasado por alto la valoración del secreto. Basta ver uno de sus libros, el Eclesiástico, para leer en el mismo máximas como éstas: "26. Aunque hubieres desenvainado la espada contra el amigo, no desesperes, pues todavía podrás reconciliarte con él. 27. Si has dicho al amigo palabras pesadas, no temas, porque hay lugar a la concordia, no habiendo habido dicterios, ni desvergüenzas, ni orgullo, ni revelación de un secreto, ni golpe a traición; por todas estas cosas sí que huirá el amigo". (Cap. xxii). Y en otro lugar dice el mismo libro santo: "17. Quien descubre los secretos del amigo pierde el crédito, y no hallará un amigo a su gusto. 18 Ama al amigo; y sé leal con él." (Cap. xxviii.)

Tampoco en otras religiones diversas de la cristiana y de la judaica ha pasado inadvertida la importancia de la reserva en la conducta de los hombres. Prescribiendo en términos generales la discreción, expresa Mahoma: "147. Dios no quiere que el hombre publique el mal; a no ser que sea tratado injustamente, y Dios oye y sabe todo. 148. Ya publiquéis el bien, o ya lo ocultéis, o perdonéis el mal; seguramente Dios es indulgente y poderoso."³⁰ Y en otro lugar del mismo libro añade: "18. Los que sienten un placer al publicar las debilidades de los creyentes, sufrirán un suplicio afrentoso. 19. Serán castigados en este

³⁰ El Korán, cap. iv. (Las Mujeres).

mundo y en el otro. Dios sabe lo que vosotros ignoráis." (Cap. XXIV, La Luz.)

Por su parte Confusio en el Segundo Libro (*Hia-Lun*), expone los siguientes conceptos morales: "24. Tsé-Kung dijo: El hombre superior ¿tiene en él sentimientos de odio o de aversión? El filósofo dijo: Tiene en él sentimiento de odio o de aversión. Odia o detesta a los que divulgan las faltas de los demás hombres; detesta a los que, ocupando más elevados rangos de la sociedad, calumnian a sus superiores; detesta a los bravos y a los fuertes que no tienen ninguna cuenta de los ritos; detesta a los audaces y a los temerarios que se detienen en medio sus empresas sin tener el coraje de terminarlas. (Tsé-Kung) dijo: Así es también como yo detesto. Tsé. Yo detesto a los que toman todos los rodeos, todas las precauciones posibles para ser considerados como hombres de una prudencia completa; yo detesto a los que rechazan toda sumisión, toda regla de disciplina, a fin de pasar por bravos y valerosos. Yo detesto a los que revelan defectos secretos de los demás, a fin de pasar por rectos y sinceros". (Cap. XVII.)

Sin embargo, como hemos visto ya en el capítulo primero, el secreto no tiene por objeto necesariamente hechos ilícitos, esto es, faltas. Puede referirse a hechos o situaciones que están dentro de la ley; porque lo que determina la ilicitud de la revelación no es la de los hechos revelados, sino la del efecto que se produce con ella. El secreto no solamente sirve para proteger la reputación de los demás sino también otros bienes. Por eso su contenido es mucho más extenso que el que contemplan las enseñanzas morales de Mahoma y de Confusio aquí citadas. La obligación de reserva implica ante todo una protección para la intimidad y, con ella, para la libertad. Y es este bien el que en primer lugar resulta afectado con la revelación del secreto o con la simple amenaza de poder hacerla impunemente, como también lo hicimos ver ya en el mismo capítulo primero. Resultan precisamente aplicables a la protección de la intimidad y libertad propias, los consejos morales que con extraordinario acierto y perspicacia da el Eclesiástico, libro del Antiguo Testamento que más arriba hemos citado y que se expresa en los siguientes términos:

12. Cuando te llame algún poderoso, excúsate; por lo mismo serás llamado con mayor empeño. 13. No seas importuno, para que no te eche de sí; ni te alejes tanto de él, que vengas a ser olvidado. 14. No te entretengas para hablar con él como un igual, ni te fíes de las muchas palabras suyas; porque con hacerte hablar mucho hará prueba de tí, y como por pasatiempo te sonsacará tus secretos. 15. Su corazón fiero observará tus palabras, y no te escaseará después el mal trato y las prisiones (cap. XIII).

Finalmente, entre tan profundas ideas morales como expresó la antigüedad acerca del secreto, no podía faltar el encanto del pensamiento griego, que por voz de Hipócrates y refiriéndose ya de manera particular al secreto profesional, habría de decir: "callaré cuanto vea y oiga con motivo del ejercicio de mi arte, considerándolo como cosa sagrada"; promesa incluida en el conocido juramento que todavía hoy se presenta como norma de probidad para la conducta de los médicos.

V. En la actualidad la doctrina católica tiene ya establecidos principios en materia de moral profesional que han venido perfilándose a través de varios siglos de labor por parte de los teólogos y en lo que concierne al secreto pueden resumirse como sigue:

Existe una obligación básica de discreción que nos impide revelar a los demás cualquier conocimiento que tengamos, independientemente de la causa por la que lo hayamos adquirido, cuando esa revelación produce daño a alguien. Es en el fondo una aplicación del principio *Neminem Laedere*, que nos prohíbe dañar bienes de los demás y cuando el atentado contra ellos podría realizarse mediante la transmisión de un conocimiento, resulta evidente que esa transmisión nos está vedada. Éste es el llamado secreto natural, denominado así porque el principio de justicia en que se funda la obligación de guardarlo, que acabamos de mencionar, es un principio de derecho natural. No requiere para existir de ninguna disposición legal positiva que obligue en conciencia, pues este deber natural de reserva se da aun sin esa disposición, ya que todos tenemos un derecho subjetivo indiscutible a no ser dañados por los demás. Tampoco necesita de ninguna promesa o acuerdo con éstos, pues lo que se funda en tendencias sociales naturales, moralmente calificadas como buenas, no requiere de la voluntad para existir. Y está entre esas tendencias la que tenemos todos a la conservación de nuestra existencia y de nuestra integridad, comprendiendo en esta última todos los bienes —materiales y espirituales— que nos son necesarios. Entre tales bienes pueden mencionarse, desde luego, la reputación, el concepto u opinión que de cada uno de nosotros se forman los demás, pues ese concepto necesita ser bueno para poder convivir con ellos en paz y en orden. Si la valoración que de alguna persona hacen los demás no es en el sentido de estimarla como buena, la convivencia con ella se dificulta o imposibilita; resulta destructora de relaciones interhumanas esa valoración. Podríamos calificarla de antisocial.

Igualmente se encuentran entre esos bienes que nos son necesarios, los del mundo exterior con los que damos satisfacción a nuestras necesidades más elementales. Pero sobre todo se encuentra el derecho a nuestra existencia física, el derecho a la vida que es anterior a todos los demás y presupuesto por ellos, ya que sin la vida no pueden darse los otros bienes.

Así que el secreto tiene como finalidad la protección de todos esos bienes y la de los demás que nos son necesarios para nuestra conservación y desarrollo; para el logro de nuestro fin último. Por eso el secreto se califica de natural y, consiguientemente, de antinatural la revelación del mismo cuando lesiona esos bienes inherentes a nuestra personalidad como seres humanos.

Ya hemos dicho antes y reiteramos ahora, que la reserva, más que un bien en sí, es un medio de protección de los bienes que acabamos de señalar. Y que la revelación del secreto, más que un mal en sí, es el medio o procedimiento empleado para dañar esos bienes.

Pero a este secreto natural y básico se superponen, coexistiendo a veces con él, los secretos nacidos de la voluntad humana capaz de generarlos. Estos se fundan en otro principio de justicia, *Pacta sunt servanda* y obligan en ocasiones con más gravedad que el secreto natural. Los teólogos señalan entre ellos al secreto prometido (promiso) y al secreto encomendado (conmisio), de obligatoriedad creciente. El primero nace de una promesa unilateral efectuada por la persona, que conoce ya un hecho, de guardar secreto sobre el mismo, promesa que, se supone, hace a alguien interesado en esa guarda, independientemente de que el conocimiento del hecho lo haya obtenido por él o por otro medio. El segundo, el secreto encomendado, nace de un pacto de confianza; cuando alguien da a conocer un hecho, en cuya guarda tiene interés, a alguna persona en quien confía, haciéndole contraer previamente el compromiso de guardarlo en secreto. La confidencia se hace en este caso bajo esa condición solamente, ya que de no obtenerse del confidente el compromiso previo de guardar reserva, no se le daría a conocer el hecho sujeto a ella.

Es en este último caso en el que alcanza el secreto su mayor importancia, su máxima obligatoriedad; pues la confianza depositada, el pacto contraído, tornan más grave el incumplimiento de la obligación. Revelar en este caso no es sólo dejar de cumplir, faltar a lo convenido, sino también traicionar. Constituye una falta a la lealtad más indispensable para las relaciones humanas y, consiguientemente, una injusticia mayor.

En el pensamiento autorizado de algunos teólogos moralistas que ya hemos citado en el curso de esta obra, aparece la triple división del secreto y la gradación de su importancia. Así los padres Francisco de Lárrega y Pedro Lumbreras O. P., expresan estas ideas.

40. P. ¿Qué es el secreto? R. Que es el conocimiento de algo oculto con la obligación de no manifestarlo.

P. ¿Cómo se divide el secreto? R. Que el secreto es de tres maneras: natural, prometido y encomendado.

Secreto natural es aquel cuya manifestación está vedada por el mismo derecho natural, independientemente de toda promesa o pacto; tales son las

cosas ocultas que se saben, pero que no se pueden manifestar sin daño del prójimo.

Secreto prometido es el que prometimos guardar cuando ya estábamos al corriente del asunto.

El encomendado es el que no llega a nuestra noticia sino a condición de mantenerlo. Esta condición se pone unas veces de modo explícito; otras, tácitamente. De modo explícito, si se declara por escrito, de palabra, con algún gesto. Tácitamente, si consta por la calidad de la persona a quien se confía: lo confiamos a los abogados, a los médicos, a los parientes próximos, a los amigos íntimos, porque creemos con derecho que sabrán guardarlo. Se exprese o no la condición, la obligación no cambia. Si el silencio es impuesto por solo la utilidad de quien confía el secreto, éste se dice privado; si también por utilidad común o pública, por tratarse de oficiales encargados del bien de la comunidad, se llama profesional o de oficio.³¹

Por su parte el Padre José Salmans S. J. expresa ideas similares en los siguientes términos:

353. Secreto profesional. La obligación de guardar escrupulosamente el secreto, constituye uno de los principales deberes de los abogados, procuradores, notarios, etcétera.

Además del secreto de confesión, la moral distingue el secreto conmisso, que nace de la confidencia recibida después de prometer el confidente que guardará silencio: el secreto promiso, que el confidente garantiza después de conocer la cosa; el secreto natural, que es un deber de discreción absoluta, concerniente a todo lo que se debe tener oculto por caridad o aun por justicia, si la divulgación daña al prójimo en su reputación o en los demás bienes.

El secreto profesional es una variedad del secreto conmisso. Abarca, para los hombres de leyes, absolutamente todo lo que por razón de su cargo o profesión han sabido de sus clientes, bajo condición de no revelarlo y de no hacer uso de ello contra la voluntad razonable de los mismos.

Esta condición no hace falta que sea formulada explícitamente; el secreto profesional existe también en virtud de una promesa tácita. Basta que un cliente vaya a consultar a un hombre de leyes como tal.³²

Y más adelante, siempre en consonancia con las ideas que antes hemos expuesto, añade el Padre Salmans en la misma obra y capítulos citados:

354. Si, según el principio enunciado más arriba, una cosa oculta no cae bajo el secreto profesional, porque el abogado no la ha sabido en virtud de su profesión, sino por azar y como incidentalmente, no se puede concluir de ahí inmediatamente que pueda ser divulgada. El abogado, como cualquier otra persona, está obligado al secreto natural, por la obligación de Derecho natural de guardar generalmente secreto todo lo que pudiera acarrear perjuicio a la reputación o a los demás bienes del prójimo, todo lo que con justo título desea éste sustraer a la notoriedad pública.

³¹ *Prontuario de teología moral*, t. II, cap. VI, p. 23.

³² *Deontología jurídica*, tercera parte, cap. VIII, p. 238.

El concepto de daño juega en moral como en derecho un papel semejante. Ya hemos expresado que el secreto es sólo un medio de protección de ciertos bienes como la vida, el patrimonio, la reputación, etcétera. Por eso cuando éstos resultan dañados con la revelación injustificada, surge la obligación de reparar el daño, esto es, aparece el problema de la responsabilidad civil, que ya estudiamos en el capítulo tercero desde el punto de vista jurídico. Así se expresan a este respecto los teólogos moralistas que venimos citando. Los Padres Lárraga y Lumbreras O. P. dicen:

41. *Principio I.* La obligación de guardar el secreto natural está en proporción de la importancia del mismo y del daño que se prevé de su revelación. Cuando se revela sin causa suficiente hay obligación de restituir, pues se viola la justicia conmutativa.

II. El secreto prometido tiene, independientemente del secreto natural, la obligación del contrato, que es más o menos grave según la intención del que lo prometió, la cual se supone leve mientras no conste lo contrario.

III. La obligación del secreto encomendado es gravísima, principalmente cuando se confía por necesidad o utilidad, como se hace a los médicos, abogados, teólogos, etcétera. Este secreto tiene la obligación del secreto natural y, además, la de un contrato o casi contrato oneroso. Con frecuencia interesa al bien común de la sociedad y obliga más rigurosamente. Peligra, en efecto, el bien común, no sólo si un oficial del ejército revela al enemigo los planes militares, sino también si los médicos, los abogados, los sacerdotes, no ofrecen garantía de no manifestar a otros lo que les hemos declarado; ¿quién se atrevería, en otra forma, a consultarles sobre el remedio de una enfermedad vergonzosa, de una causa en litigio, de muchos vicios y tentaciones?³³

Por su parte el Padre José Salmans S. J. sostiene lo siguiente:

La violación del secreto profesional es un pecado contra la justicia, que eventualmente da lugar a la restitución (no. 142 ss.). Ciertas circunstancias pueden hacer aún más monstruoso semejante abuso de confianza: supongamos que un abogado comunica los secretos de su cliente al abogado de la parte contraria; o que divulga la deshonra de toda una familia, que él ha conocido por la consulta de un miembro de esa familia.³⁴

Este mismo autor, refiriéndose a la reparación del daño, dice en otro lugar de su obra que para que esa reparación proceda se requieren tres condiciones:

Primera. "El daño debe haber sido verdaderamente injusto, es decir, causado por la violación de un derecho del prójimo, por una acción o una omisión"; *Segunda.* "El daño debe haber sido voluntario, causado con propósito deliberado, con conciencia más o menos clara de obrar mal, en suma, de mala

³³ *Op. cit.*, p. 24.

³⁴ *Op. cit.*, núm. 353, p. 238.

fe (culpa teológica). Pero esto no significa que para que graven sobre la conciencia la falta y la obligación de reparar, sea precisa una intención verdaderamente maligna o vengativa, que busque el daño del prójimo” y *Tercera*. “El daño debe ser real y realmente causado por la persona en cuestión”.

En otros términos, se exige conforme a este tercer requisito el que haya una verdadera relación de causalidad entre la falta y el daño, para que el autor de aquélla devenga civilmente responsable.

Tocante a la primera condición o sea la referente a la injusticia del acto que causa el daño, se refiere el autor por vía de ejemplo a diversos casos en los que no existe esa injusticia y, por lo mismo, no surge la obligación de reparar el daño. Entre ellos está el supuesto en que “se divulga con razón suficiente una fechoría de otro”. Y más adelante menciona los casos en que “se debe, por ciertas razones gravísimas, revelar la mala conducta del prójimo, aunque de ahí se le siga la pérdida de la fortuna y de la reputación”. Estos últimos los considera como aplicación legítima del principio del doble efecto,³⁵ particularmente cuando hay motivo proporcionado para hacer esa revelación. Mencionamos aquí esas situaciones porque atañen precisamente al deber de reserva que aquí tratamos. En cuanto a la segunda condición o sea la necesidad de mala fe en la intención —el dolo, diríamos jurídicamente hablando— no admite en moral el Padre Salmans, la distinción que en el derecho se hace entre culpa lata, leve y levísima, argumentando que “ante la conciencia basta una estima razonable y prudente, en lugar de estas divisiones bastante teóricas”, pero sí aprueba que el daño causado “sólo con culpa jurídica” llegue a obligar moralmente a la reparación cuando se ha asumido contractualmente la obligación de responder por esa culpa y también cuando se ha dictado una sentencia judicial justa que condene a la reparación. También aprueba este autor la obligación que la ley civil y los tribunales pueden imponer de reparar el daño, causado sólo por culpa “porque estas disposiciones estimulan a los ciudadanos a observar una conducta generalmente prudente, para gran provecho de todo el mundo”.³⁶

Los moralistas que venimos citando están de acuerdo —como puede verse en los textos transcritos— en que el secreto encomendado (conmiso) es el que obliga a su guarda, en principio, de manera más grave y también están de acuerdo en que el secreto profesional debe considerarse como una forma de este secreto encomendado, ya que hay un verdadero convenio entre profesionista y cliente, previo a la confidencia hecha por este último; convenio tácito, por el que se obliga el profe-

³⁵ El principio del doble efecto consiste, según el propio Salmans, en realizar con buena intención “un acto no malo en sí mismo, pero que lleva consigo un efecto malo, si se sigue también inmediatamente un efecto bueno que implique una razón proporcionada para obrar” (*op. cit.*, cap. I, núm. 24).

³⁶ *Op. cit.*, 1ª parte, cap. III, núms. 142 al 149, p. 113.

sionista a guardar reserva. La aceptación de esa obligación debe presumirse por la naturaleza de las funciones que desempeña el profesionista al prestar sus servicios al público. Por nuestra parte estimamos que, aunque no lo dicen los citados moralistas, este convenio tácito que hace nacer la obligación moral para el profesionista, se extiende, como lo hemos visto al estudiar el alcance jurídico del secreto, no sólo a lo que el cliente le confía, sino a todos los hechos que el mismo profesionista descubre en el ejercicio de su actividad dentro del caso que le encomienda dicho cliente. Tales hechos, que en ocasiones son ignorados por este último, quedan comprendidos dentro del secreto profesional y así lo reconocen sin discrepancia los juristas, según lo hicimos ver en el capítulo segundo. Por tanto, creemos que en materia moral también existe la misma obligación de reserva con el carácter de secreto profesional, no de simple secreto natural. No puede decirse que los indicados hechos hayan sido descubiertos al azar y que la discreción respecto de ellos se imponga solamente para no causar daños al interesado. Al haber sido descubiertos por el profesionista en el examen del caso que le fue encomendado, deben quedar sujetos al mismo tratamiento y a los mismos principios que los hechos dados a conocer expresamente por el cliente bajo la encomienda de guardar reserva.

Por tanto, el secreto profesional obliga de manera aún más grave que los secretos de otra clase —exceptuando el sigilo sacramental de la confesión, impuesto al sacerdote— por la urgente necesidad social que hay de su observancia, sin la cual no sería posible a los particulares acudir con confianza al profesionista para utilizar sus servicios. Otro distinguido teólogo, el padre Antonio Peinador Navarro C. M. F. dice sobre esto que “Es evidente que el secreto profesional obliga con especial urgencia respecto de los demás secretos, y que, por lo tanto, habrá de mantenerse aun en aquellos casos en que el solo secreto natural, prometido o confiado (así se llama al encomendado), pudiera lícitamente descubrirse”.³⁷ En otros términos, convienen los moralistas en que la obligación de guardar secretos en general, no es una obligación absoluta, sino que cesa en determinados casos en que está permitida y aun puede ser obligatoria la revelación. Pero tales casos de excepción son más raros aún y deben ser examinados con mayor severidad cuando se trata del secreto profesional que cuando se refieren a otros secretos.

Esta valoración moral que se hace del secreto profesional y la más exigente obligación de su guarda, las expresó vigorosamente el Santo Padre Pío XII en su *Discurso a los Asistentes al Quinto Congreso de Psicoterapia y Psicología Clínica* (13 de abril de 1953), a propósito de

³⁷ *Tratado de Moral Profesional*, Madrid, Ed. Bac., 1962, cap. v, apartado 2, núm. 231.

los problemas de licitud moral que crea la utilización del tratamiento psicoanalítico en algunos enfermos, sobre lo cual dijo este Pontífice:

La Norma de práctica psicoterapéutica que hemos dicho toca un interés esencial de la sociedad: la salvaguardia de los secretos que pone en peligro la utilización de la psicoanálisis. No está del todo excluido el que hechos o conocimientos secretos y replegados en el subconciente provoquen serios conflictos psíquicos. Si el psicoanálisis descubre la causa de tal perturbación, él querrá, según su principio, evocar totalmente ese inconsciente para hacerlo consciente y suprimir el obstáculo. Pero hay secretos que es absolutamente necesario callar, incluso al médico, aun a pesar de graves inconvenientes personales. El secreto de la confesión no permite ser revelado; se excluye, igualmente, el que el secreto profesional sea comunicado a otro, incluso al médico. Lo mismo dígame de otros secretos. Se apela al principio *Ex causa proportionate gravi licet uni viro prudenti et secreti tenaci secretum manifestare*. El principio es exacto, dentro de restringidos límites, para algunas clases de secretos. No conviene utilizarlo sin discreción en la práctica psicoanalítica.

Respecto a la moralidad del bien común, en primer lugar, nunca se ponderará bastante el principio de la discreción en la utilización del psicoanálisis. Se trata, evidentemente, ante todo, no ya de la discreción del psicoanalista, sino de la del paciente, el cual muchas veces no tiene en modo alguno derecho a disponer de sus secretos.

Esta misma idea reiteró dicho Pontífice en otro discurso, el que pronunció al Décimo Tercer Congreso Internacional de Psicología Aplicada (10 de abril de 1958) que dice en lo conducente como sigue:

Pero se puede también preguntar si el consentimiento del interesado basta para abrir sin reserva al psicólogo las puertas de su psiquismo.

Si ese consentimiento es arrancado injustamente, toda acción del psicólogo será ilícita; si está viciado por una falta de libertad —debida a la ignorancia, al error o a la equivocación—, toda tentativa de penetrar en las profundidades del alma será inmoral.

Por el contrario, si ese consentimiento se ha prestado libremente, el psicólogo puede, en la mayor parte de los casos, pero no siempre, actuar según los principios de su ciencia, sin contravenir las normas morales. Es necesario ver si el interesado no ha sobrepasado los límites de su competencia y de su capacidad para prestar un consentimiento válido. El hombre, en efecto, no dispone de un poder ilimitado sobre sí mismo. Frecuentemente en vuestros trabajos se alega —sin citar, en cambio, la fórmula— el principio jurídico *Volenti non fit injuria*: “Si la persona consiente, no se le causa ningún daño.” Señalemos, ante todo, que la intervención del psicólogo podrá muy bien lesionar los derechos de un tercero, por ejemplo, revelando secretos (de Estado, de oficio, de familia, de confesión) o, simplemente, el derecho de los individuos o de las comunidades a su reputación. No basta que el psicólogo mismo o sus ayudantes estén obligados al secreto ni que se pueda a veces, por razones graves, confiar un secreto a una persona prudente. Porque, como *nos* ya señalarnos en *nuestra* alocución de 13 de abril de 1953 sobre la psicoterapia y la

psicología, ciertos secretos no pueden absolutamente ser revelados ni siquiera a una sola persona prudente.

Los casos en que la revelación del secreto está permitida al profesionista y puede aún llegar a serle obligatoria se reducen a estados de necesidad o de legítima defensa y también a conflictos surgidos entre los bienes que el secreto protege con otros de igual o mayor valor. Así se citan dentro del casuismo de los moralistas, situaciones en las que se hace necesario revelar, para salvar de un daño injusto a un tercero inocente, ajeno a la relación que existe entre el profesionista y quien ocupa sus servicios, cuando este último crea la amenaza de ese daño, que no podría evitarse sino mediante la revelación. En esos casos se considera que el cliente, cuando no desiste de ese propósito lesivo, se convierte en injusto agresor. También se cita el caso en que el daño amenaza al mismo profesionista o bien a alguna persona de su familia. Todos estos conflictos de intereses van siendo resueltos de distinta manera, ya impidiendo la revelación, ya permitiéndola e inclusive, en algunos casos extremos, imponiéndola como obligatoria al profesional. Sin embargo, esta última obligación, que sería la antítesis del secreto profesional, llega a ceder, como dice el padre Peinador Navarro, cuando "el profesional cuyo prestigio peligra o cuya honorabilidad pueda ser puesta en litigio por el rigor de las disposiciones legales o por la conciencia pública demasiado exigente", queda expuesto a sufrir un daño por tales causas.³⁸

En dichos casos, en que la revelación puede volverse obligatoria y que el padre Salmans, por su parte, considera sumamente raros, estima éste que "se deberán ponderar primero con suma prudencia las circunstancias, y consultar personas prudentes y versadas en estas materias".³⁹ Pero como estos temas han sido ya tratados por nosotros en el capítulo quinto al estudiar la legítima defensa y el estado de necesidad como justas causas para revelar, remitimos al lector a lo expuesto allí, evitando inútiles repeticiones.

Se señalan también como causas justificantes las situaciones en que se hace necesario revelar para librar al mismo interesado en la guarda del secreto, de un mal proporcionado al que se cause con la revelación, en cuyo caso ésta resultaría hecha en beneficio del mismo que se opone ella.

Muy especial consideración merecen a juicio de los moralistas las situaciones de peligro para el bien común o de amenaza para la seguridad del Estado, casos en los cuales resulta más evidentemente justificada la

³⁸ *Op. cit.*, núm. 232.

³⁹ *Op. cit.*, núm. 355.

revelación necesaria para evitarlos, haciendo desaparecer toda obligación de guardar el secreto.

También ya hemos visto en el capítulo quinto como los mismos moralistas aquí citados aceptan generalmente la licitud de la revelación cuando se trata de legítima defensa, esto es, cuando el interesado en el secreto es el que crea la situación de peligro, convirtiéndose así en injusto agresor, en tanto que la niegan generalmente para el estado de necesidad o sea para los casos en que no es dicho interesado el que crea el peligro. Así Lárraga y Lumbreras O. P. dicen que:

Disputan los autores si la revelación es o no lícita cuando el daño que amenaza no viene precisamente de quien encomendó el secreto.⁴⁰ Y por su parte el padre Salmans dice que "Sí, por el contrario, el cliente no es en absoluto causa de la condena eventual de un inocente, no es lícito delatarle para impedir el error de los jueces."⁴¹

De igual opinión es el padre Peinador Navarro, quien expresa:

En cambio, cuando el mal que se va a seguir de mantener el secreto, no se puede imputar al conmitente, en principio, urge el secreto, puesto que, si el conmitente no tiene obligación de descubrirse, tampoco la tiene de descubrir al autor del secreto aquél a quien éste lo ha confiado, . . .⁴²

En todo caso, cuando la revelación esté permitida porque la justifiquen los daños a evitar con ella, recomiendan los autores citados que se haga con el menor perjuicio posible para el interesado en la guarda del secreto y cerciorándose de que no haya otro medio apto para evitar el daño.

El padre Peinador Navarro examina también de manera especial los casos en que se legitima el uso del secreto sin revelación del mismo, respecto de los cuales señala diversas reglas tales como las siguientes:

1ª Siempre que la exploración del secreto sea lícita, es lícito el uso de él, limitado a aquel aspecto o a aquella esfera por respecto a la cual es lícita la exploración. Pero añade que no hay licitud en "El uso de un secreto que se ha llegado a conocer casualmente, al tratar de averiguar algo oculto que hay derecho a conocer." Y la razón que hay para ello es que si está justificada la investigación y uso de este último secreto, eso "no justifica la utilización de otro distinto que no se buscaba, pero que se ha venido a conocer ocasionalmente".

Otra regla que da el mismo moralista para caso diverso, es la siguiente: "2ª Puede utilizarse en provecho propio o de tercero un se-

⁴⁰ *Op. cit.*, nota 2 al pie de la p. 26.

⁴¹ *Op. cit.*, núm. 355.

⁴² *Op. cit.*, núm. 230.

creto conocido sin previa investigación, al azar, aunque de ello resulte algún daño a su dueño. Porque entonces cesa ya el derecho al secreto, que en realidad se ha hecho del dominio público.” En esta última regla pensamos que hay confusión de dos situaciones diversas. Conocer al azar un secreto, no implica necesariamente que éste entre al dominio público. Esto último produce la destrucción del secreto y, por lo mismo, hace cesar toda obligación de reserva o de abstenerse de utilizarlo. Pero el solo hecho de conocer por casualidad y sin previa investigación un secreto, que continúa siendo tal por no pasar al dominio público, no creemos que dé derecho a utilizarlo, como dice el padre Peinador Navarro, en provecho propio o de un tercero, aun cuando resulte algún daño al dueño del secreto. Esto último sólo se justificaría habiendo causa proporcionada para ello y necesidad de hacerlo. De lo contrario se iría contra el mismo principio del secreto natural que el referido teólogo sostiene firmemente en su obra. Y prueba de ello es que añade a continuación de lo que acabamos de citar, los siguientes conceptos que no aclaran del todo la confusión en que ha incurrido y parece que más bien lo hacen contradecirse:

Se entiende, sin embargo, que en el descubrimiento no ha jugado otro factor que la pura casualidad o el ejercicio lícito del propio ingenio interpretando frases, escritos o actitudes encubridoras del secreto, pero, al fin, inteligibles por un conjunto de circunstancias aleatorias. Un acto involuntario del dueño del secreto, que sigue manteniéndolo y cuidándolo con la intención y con los hechos, puede dar lugar al conocimiento del secreto; pero, si éste sigue siéndolo o sigue siendo oculta la noticia, ni es lícito revelarla ni es lícito utilizarla con perjuicio de su dueño, que continúa teniendo derecho estricto a su secreto. Tal puede ser el caso de quien pierde la cartera en donde oculta los planos o proyectos de un invento.

Una regla más que da este autor con relación a la utilización, es la siguiente:

3ª Contra la voluntad del conmitente, nunca es lícito utilizar en provecho propio o de tercero el secreto confiado (así llama al secreto encomendado). Se daría en este caso un abuso de confianza. Vale principalmente la conclusión para el secreto profesional. Se entiende, sin embargo, que el conmitente se opone con razón. Porque, si no se ha de seguir ningún daño al conmitente de que el profesional o el depositario del secreto confiado haga uso de él, en provecho propio o de tercero, sin revelarlo, sería irracional la oposición, que, de consiguiente, no hay obligación de presumir. Un notario, por ejemplo, puede muy bien mantener oculto el secreto en virtud del cual sabe lo desastrosa que anda la economía de un cliente suyo, y, al mismo tiempo, movido por el conocimiento adquirido en el ejercicio de la profesión, disuadir a un tercero de que entre en tratos con tal cliente, aduciendo razones que, convenciendo, despiden, de forma que sea imposible dar con la verdadera razón

del caso. Mucho menos puede suponerse razonable la oposición del conmi-tente a que el depositario del secreto profesional o simplemente confidencial se aproveche, en su vida privada o profesional, de lo que el ejercicio le va descubriendo y que debe mantener oculto.⁴³

Finalmente, nos parece de interés referirnos a algunos conceptos que a propósito del secreto profesional en general, expone el mismo padre Peinador Navarro en los siguientes términos:

Secreto Profesional. Reviste especial gravedad e importancia este secreto, por las razones de bien común en que inmediatamente se funda. No corresponden siempre las normas morales con las disposiciones legales, y de ahí resulta una especial dificultad en la casuística abundante que la moral profesional presenta. Vamos a exponer aquí las normas morales a que debe atenerse el profesional en el desempeño de sus funciones, advirtiendo, sin embargo, que en los casos concretos se habrá de imponer muchas veces el cumplimiento de la prescripción legal, aun cuando no convenga exactamente con la norma moral.⁴⁴

Esto requiere algunas aclaraciones, pues pensamos que la expresión del moralista es defectuosa y parece ir en contra de principios generales de moral católica, unánimemente admitidos, según lo que hemos expuesto.

¿Quiere decir el padre Peinador en los conceptos suyos que acabamos de transcribir, que en caso de haber conflicto, en materia de secreto profesional, entre la ley positiva humana y la norma moral católica, debe prevalecer aquélla sobre esta última?

Ello echaría por tierra el principio de que la ley de Dios debe ser obedecida antes que la ley de los hombres, cuando va en contra de ella. De no ser así, esto querría decir que las conclusiones teológico-morales a que llega el padre Peinador —que por lo general coinciden con las de otros autores que hemos citado— no son conclusiones seguras y, por lo mismo, pueden no expresar la verdadera norma moral aplicable a los problemas que presenta el secreto profesional. Significaría que en caso de discrepancia o conflicto con las leyes del Estado, deben ceder ante estas últimas las normas morales, por su falta de seguridad. Pero si así fuere, ¿para qué entonces, toda la elaboración teológica hecha por el distinguido moralista, si solamente se le concede una validez relativa, condicionada a que no se oponga al derecho positivo humano?

No creemos que represente el verdadero pensamiento del autor ninguna de las posibilidades apuntadas. Solamente lo equívoco de la expresión puede dar lugar a ellas.

Ya hemos expresado más arriba que el secreto profesional, la obliga-

⁴³ *Op. cit.*, núms. 236 a 238.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 231.

ción de reserva en el profesionista, es de derecho natural, va exigida por las tendencias naturales de la especie humana. El derecho positivo no puede desconocer al secreto ni dejar de protegerlo. No puede abstenerse de sancionar el incumplimiento de la obligación sin caer en injusticia. Una legislación que tal hiciera sería en definitiva contraria a la moral objetiva y más aun si llegara al extremo de liberar expresamente al profesionista de toda obligación de reserva o bien de empequeñecer a ésta, formulando limitaciones tales para ella que hicieran nugatorio en la práctica el derecho del cliente a la protección de su intimidad. Es evidente que en tales casos los principios éticos que establecen el secreto como un deber moral a cargo del profesionista, deberían imponerse sin condición alguna, prevaleciendo sobre una legislación humana que desconociese o negase derechos del hombre, anteriores y superiores a ella; derechos que, en definitiva, como ya hemos dicho desde el primer capítulo, representan una forma de protección a la libertad personal en uno de sus aspectos más importantes, el que concierne a la guarda de la intimidad.

Lo que puede ocurrir, es que en la solución de determinados problemas planteados en la práctica por el secreto profesional, pueda diferir la aplicación de los principios fundamentales que los rigen y, de ese modo, sin faltar a éstos, llegar a soluciones diversas en la moral y en el derecho, como puede ocurrir también entre los órdenes jurídicos de diversos países. Esas soluciones divergentes tendrían entonces un carácter meramente secundario, no fundamental. Y es posible que en las que da la moral para algunos de esos casos, por la autorizada voz de los teólogos que antes hemos citado, tengan validez discutible, no plenamente segura, apta para admitir opiniones diversas que se puedan sostener con igual derecho que las de aquéllos. Es probable que sea para tales casos para los que sostiene el Padre Peinador Navarro que deben prevalecer las disposiciones del derecho positivo, las leyes del Estado. De ningún modo sería prudente para un moralista aconsejar la rebeldía en contra de éstas, fundada solamente en conclusiones morales de validez todavía insegura y sujetas a posibles rectificaciones cuando se profundice más en su estudio.

VI. Queremos finalmente, para terminar este capítulo, y con él toda la obra, referirnos a las manifestaciones que frente al problema del secreto profesional, ha tenido la llamada moral laica o extrarreligiosa. Por moral laica entendemos una regulación ética e interior de la conducta, que pretende dirigir a ésta sin fundar sus mandatos en un Ser superior con el cual se relacione el hombre, ni en las consecuencias de esa relación, sino en valores ideales humanos en todo caso concernien-

tes a la vida terrestre y extraños a toda idea de subordinación religiosa. Decimos que es una regulación ética porque plantea sus mandatos en términos de deber ser —no implica juicios de existencia, de ser— y la calificamos de interior porque proviene de una convicción íntima de ese deber, no de una imposición externa y transpersonal del mismo que le quitaría el carácter moral y se lo daría jurídico.

Podría objetarse a este último carácter que la acción del grupo sobre el individuo es compulsiva y que, por lo tanto, la moral, aun percibiéndose individualmente, en las profundidades de la conciencia personal de cada hombre, es, por lo menos en gran parte, el resultado de una presión colectiva sobre éste. Pero, sin entrar a examinar este aspecto de la cuestión, podemos contestar diciendo que en todo caso sigue siendo moral —esto es interior— la moral laica, y no derecho, porque la presión colectiva que la impusiera es un proceso puramente sociológico y no el resultado coactivo de un orden jurídico.

El hecho de que la moral laica o extrarreligiosa, —fenómeno de extraordinaria importancia en el mundo moderno a partir del liberalismo de los últimos siglos y exaltado en el ateísmo contemporáneo— haya contemplado también el problema de la conducta profesional y dentro de ella el de la obligación de reserva, inequívoco signo es del hecho antes apuntado repetidas veces, de que la tendencia al secreto está fundada en la misma naturaleza social del hombre.

Y así, partiendo la regulación laica de la conducta siempre de preceptos de moral objetiva, acertada o erradamente percibidos, ya por el medio natural de la conciencia moral o ya aprovechando en parte enseñanzas de moral religiosa, despojadas previamente de este carácter, llega también a formular normas de conducta para el profesionista, que pretenden dirigirlo en su actuación como tal, por la necesidad social que de ello existe, aun cuando dicho profesionista no esté vinculado por ninguna convicción religiosa.

Para justificar su obligatoriedad, la moral laica aduce diversos fundamentos que varían de una escuela filosófica a otra. No es del caso estudiarlos aquí. Pero cualesquiera que sean ellos, no falta del todo coincidencia en el contenido de esta moral con el de la moral religiosa y esta coincidencia es tanto más notoria cuanto más inherente es a la naturaleza humana el sector de la conducta que se regula. El tema del secreto se encuentra precisamente en este caso y es por eso que hallamos numerosos principios o mandatos laicos que concuerdan, por lo menos en lo fundamental, con los de carácter religioso.⁴⁵

⁴⁵ "Además, el acuerdo de las morales, cuando existe, explicase suficientemente como un efecto de la evidencia propia de las prescripciones fundamentales del sentido moral, exactamente como el acuerdo de las teorías lógicas sobre las reglas esenciales de las ope-

En lo que concierne a la actividad profesional ha tomado extraordinaria importancia el problema de regularla moralmente —al igual que jurídicamente, según lo hemos visto en capítulos anteriores de esta obra— como un medio de protección para quienes utilizan los servicios del profesionista, y en fin de cuentas para la sociedad entera, por el marcado descenso en el sentido de responsabilidad de aquél, propio de una época como la nuestra, caracterizada por la sobrevaloración de lo material y en particular de la acumulación de poderío económico.

Los deberes del profesionista con la sociedad, el sentido social que debe tener el ejercicio de toda profesión, la prevención del abuso que se puede hacer de ésta por la superioridad de conocimientos del profesionista frente al cliente, como lo hicimos ver en el capítulo primero, son temas que preocupan ya bastante al Estado, a las instituciones formadoras de profesionistas y a las que los agrupan después de estar formados, ya sea voluntariamente, como ocurre en nuestro país, u obligatoriamente como acontece en otros. De allí ese auge que el estudio y la determinación de la moral profesional han tomado en los últimos años. Moral ésta que tiene entre sus notas distintivas la de ser laica, para que pueda ser aceptada y practicada por todos los profesionistas —por lo menos este es el ideal que se persigue con ella— que en materia de credos religiosos distan mucho de estar unificados en la actualidad.

Así hemos podido ver nacer diversos códigos de moral profesional o de ética profesional, como frecuentemente se le llama, debidos sobre todo a las asociaciones o colegios de profesionistas que buscan su moralización. Y también hemos visto surgir la tendencia a implantar cátedras en universidades y otros centros de estudio, para enseñar a quienes se forman en ellos como profesionales, no sólo el contenido de esa moral laica sino también los fundamentos de la misma.

El Dr. Aquiles Menéndez se refiere a esta moral y al estudio sistemático de la misma, en los siguientes párrafos, que por su interés transcribimos a continuación:

Ética profesional o moral profesional, se suele definir como la "Ciencia normativa que estudia los deberes y los derechos de los profesionistas en cuanto tales."

Es lo que la pulcritud y refinamiento académico ha bautizado con el retumbante nombre de deontología.

La palabra, inventada por Bentham en 1832, aunque muy atildada y sonora, es de humilde ascendencia etimológica y de poco recomendable ascendencia filosófica.

razones del espíritu es un efecto de la evidencia propia de los primeros principios especulativos" (Jolivet, *op. cit.*, núm. 13).

La moral profesional, en su versión moderna ética profesional, tal vez debe el éxito de la denominación, en parte a las "Sociedades Éticas" (Society for Ethical Culture), que puso de moda el Dr. Félix Adler en Nueva York, en el último tercio del siglo XIX. Hebreo estudioso y sincero y activo propagandista, trató de difundir entre sus connacionales, originariamente, principios éticos desligados de cualquier dogmatismo religioso.

En parte también creemos que la palabra ética está más de acuerdo con su sentido etimológico y con la buena intención de los programas académicos, que intentan transmitir un mínimum de convicciones morales a todos los estudiantes, sin discriminación de razas o credos.⁴⁶

Este mismo autor, que por otra parte dista de poder ser calificado como un moralista de tipo exclusivamente laico, expresa más adelante, en su obra, tratando ya en particular del secreto profesional; "La ética del secreto profesional tiene más ventajas para todos en la medida en que el profesionista desecha la preocupación jurídica y acepta la responsabilidad moral en toda su amplitud, como una prerrogativa universitaria y profesional".⁴⁷

En el fondo de estas expresiones yace la idea, típicamente cristiana, que pide el cumplimiento del deber más por amor al bien que por temor al castigo, y que, como consecuencia de ello, sostiene que la ley del Estado, necesaria para someter al rebelde que no cumple voluntariamente ese deber, no lo es para el justo que se sujeta a la ley moral.

La verdad es que el hombre, ser por naturaleza sujeto a normas, como antes hemos expresado, no puede ejercitar su actividad propia, en particular en la vida social, atendido solamente a las limitaciones que le impone la naturaleza física al señalarle el alcance de sus posibilidades materiales. Necesita indefectiblemente limitaciones de otro género, de carácter moral, esto es, limitaciones que él pueda materialmente transgredir y en las que necesita, para mantener dentro de ellas su actividad, una voluntad propia y libre que lo haga asentir a las mismas, guardando su conducta dentro de esas limitaciones que determinados mandatos le señalan.

Al paso que los progresos científicos y técnicos ensanchan al hombre su campo de acción, ampliando más los límites de él y aumentando con esto sus posibilidades materiales, en el mundo moral ocurre lo contrario. La liberación consiente y procurada de principios morales que lo sujetan, lleva frecuentemente al hombre por una tendencia inevitable de su naturaleza, a caer en autolimitaciones irracionales de su conducta, en las que el prejuicio infundado y la superstición vienen a suplantar a los auténticos valores que fundan normas justificadas

⁴⁶ *Ética Profesional*, cap. II, núm. 9.

⁴⁷ *Ibid.*, núm. 103.

de conducta, pretendiendo de ese modo colmar el vacío dejado por éstas al ser desechadas por un anhelo de ilimitación. Este anhelo se ve así frustrado a la postre —como que va en contra de la naturaleza humana— al tener que obedecer el hombre mandatos emanados de lo irracional, inconducentes a su fin último propio. El precio de la liberación moral conciente es con frecuencia la sumisión inconciente a una nueva limitación de la conducta, limitación creada esta vez por fuerzas oscuras emanadas del fondo de la personalidad, que llevan al hombre a la nada, al vacío, a desfigurar la imagen o a falsificar el destino a que su naturaleza lo avoca de manera racional.

La moral laica busca un punto de encuentro en cuanto a las normas de conducta, entre individuos de ideologías diversas, sobre todo en materia religiosa. Lleva ante todo una finalidad de orden social y pacífica convivencia entre los mismos; bienes éstos que el derecho es impotente para alcanzar por sí solo. Ya dijimos que en materia profesional es sobre todo en las cátedras de las universidades y en los códigos y estatutos de los colegios de profesionistas, donde encuentra esta moral sus mejores expresiones y entre las materias que regula, casi siempre se encuentra la del secreto profesional.

Citaremos como ejemplo de esto último las disposiciones de algunos códigos de ética profesional. El primero de ellos es el de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (1957). Contiene tres preceptos relativos a la materia que nos ocupa, que son los siguientes:

Art.10. *Secreto Profesional.* Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto aún después de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho ante los jueces y demás autoridades. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación y, con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello.

Art. 11. *Alcance de la obligación de guardar el Secreto.* La obligación de guardar el secreto profesional abarca las confidencias hechas por terceros al abogado en razón de su ministerio y las que sean consecuencias de pláticas para realizar una transacción que fracasó. El secreto cubre también las confidencias de los colegas. El abogado no debe intervenir sin consentimiento del cliente que le confió un secreto, en algún asunto con motivo del cual pudiera verse en el caso de revelar o de aprovechar tal secreto.

Art. 12. *Extinción de la obligación de guardar el Secreto.* El abogado que sea objeto de un ataque grave e injustificado de su cliente, estará dispensado de la obligación de guardar el secreto profesional y podrá revelar lo indispensable para su defensa. Cuando un cliente comunicare a su abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no quedará amparada por el secreto profesional y el abogado deberá hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro.

En cuanto lo dispuesto en los dos primeros artículos, ya hemos visto en el curso de esta obra lo discutible que hay en algunas de sus afirmaciones y los límites dentro de los que éstas pueden ser aceptadas. En cambio, casi coincide totalmente con nuestras ideas lo dispuesto en el tercer artículo.

Refiriéndonos a los códigos de ética expedidos para otras profesiones diversas de la de abogado, cabe mencionar el del Instituto Mexicano de Contadores Públicos (noviembre de 1968) en cuyo capítulo tercero, que se titula "Relaciones con la Clientela", existe el siguiente artículo:

3.01. El contador público tiene la obligación de guardar el secreto profesional y de no revelar por ningún motivo los hechos, datos o circunstancias de que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión a menos que lo autorice él o los interesados y salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas. Sin embargo, podrá consultar o cambiar impresiones con otros colegas en cuestiones de criterio o de doctrina, sin identificar a las personas o negocios de que se trate.

Ya hemos visto en capítulos anteriores de esta obra, el alcance que tiene la autorización del interesado dada al profesionista para revelar. Únicamente es eficaz para los bienes disponibles, no para todos. Hay secretos que el profesionista no puede revelar ni aun con autorización de los interesados. En cuanto a la consulta o cambio de impresiones sobre un asunto determinado, con los compañeros de profesión, están desde luego justificados por razones de aprendizaje, conociendo la experiencia ajena. Pero como dice muy bien el precepto ético que acabamos de describir, deberán hacerse sin identificar a las personas o negocios de que se trate. Corresponde por tanto al criterio prudente del profesionista, determinar en cada caso concreto aquellos asuntos sobre los que puede consultar o cambiar impresiones, sin que por las circunstancias particulares de ellos o por otra causa, haya peligro de que queden identificados los interesados o sus negocios y se revele con ello el secreto profesional.

Por su parte, el Colegio de Licenciados en Administración de Empresas de México, A. C., ha incluido en el capítulo primero de su Código de Ética (1971), que intitula "De las Relaciones con la Clientela", el artículo 1.1 que dice textualmente:

El Licenciado en Administración de Empresas guardará el secreto profesional y no revelará por ningún motivo los hechos, datos o circunstancias de que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión, a menos que lo autoricen él o los interesados y salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas. Sin embargo, podrá consultar o cambiar impresiones con otros

colegas en cuestiones de criterio o de doctrina, sin identificar a las personas o negocios de que se trate y podrá recomendar la implantación de métodos, procedimientos o sistemas establecidos o estudiados por él en otra empresa siempre y cuando ello no tenga carácter de secreto profesional y no se identifique a la empresa o negocio de que se trate.

Como puede verse, este artículo coincide casi textualmente en redacción con el transcrito antes, relativo a los contadores públicos, siendo su principal diferencia el agregado que tiene al final, que se refiere a la recomendación para implantar métodos, procedimientos o sistemas establecidos en otras empresas y estudiados por el profesionista en ellas, imponiéndole, como únicas condiciones, que no tengan carácter de secreto profesional y no se identifique a la empresa o negocio donde los aprendió. Pensamos que, en realidad, además del secreto profesional, entra aquí en juego el secreto industrial, cuya revelación también castigan las leyes, y, por tanto, lo que interesaría en este caso no es tanto la condición de no identificar a la empresa o negocio de que se trate, como lo dice al final el precepto transcrito, sino el cerciorarse de que dicha empresa no tiene un derecho exclusivo, como cuando se trata de patentes, al empleo del método, procedimiento o sistema utilizado por ella y conocido por el profesionista, para determinar si este último puede darlo a conocer o no en otras empresas.

Finalmente, entre las disposiciones de moral profesional que existen en otros países, resultan interesantes las contenidas en el Reglamento Interior de la Barra de Abogados de París (establecido por aplicación del artículo 17 de la Ley del 31 de diciembre de 1971) acerca del tema que nos ocupa. De dicho Reglamento transcribimos el siguiente precepto:

Artículo 27. Del Secreto Profesional. Del secreto de la Instrucción, del secreto de la correspondencia y de las pláticas:

1º El abogado está rigurosamente obligado al secreto profesional.

2º El secreto de la instrucción se impone al abogado: toda comunicación de reseñas extraídas de expedientes o publicación de documentos, piezas o cartas que interesen a una información en trámite le están impeditas (artículo 89 del Decreto del 9 de junio de 1972).

3º La correspondencia profesional entre abogados es confidencial y no puede ser exhibida ante los Tribunales.

Sin embargo, cuando esta correspondencia formalice un acuerdo definitivo entre las partes, ella puede, con autorización previa del Bastonero, ser exhibida en los debates.

4º Las negociaciones proseguidas entre abogados, en busca de una eventual conciliación, con la presencia de sus clientes o sin ella, tienen lugar bajo la fe de la palabra y el contenido no puede ser divulgado.