

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”<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup>

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-

<sup>1</sup> *Curso de derecho penal*, t. v, p. 318.

<sup>2</sup> *Derecho administrativo*, México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía., segunda edición, 1939, t. 1, cap. 1, p. 8.

den jurídico”<sup>3</sup> 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.

<sup>3</sup> *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.<sup>4</sup>

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:

<sup>4</sup> *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;...<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup>

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

<sup>5</sup> *Diario de los Debates*, correspondiente al día 17 de diciembre de 1943, p. 8.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 14.

vamos a dar todos los derechos que aseguren su vida y que una ley puede reconocer con toda amplitud.<sup>7</sup>

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.

<sup>7</sup> *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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

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

<sup>8</sup> *Tratado de moral profesional*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1962, cap. I, núms. 2 y 3, p. 2.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 4-5.

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup>

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-

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>12</sup> *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,<sup>13</sup> 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-

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

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".<sup>15</sup>

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-

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> *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”.<sup>16</sup>

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

<sup>16</sup> *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 lo 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 confien 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.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> *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).<sup>18</sup>

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-

<sup>18</sup> *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 policíaca 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 prejurídicas 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 desdoblamiento, 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.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

Concebido de esta manera tan amplia el orden público, se comprende que tenga manifestaciones tan disímbolas 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).

<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup>

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: 1° 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; 2° Las "buenas costumbres", es decir los principios de moral que son tradicionales en Francia y en los que nuestra legislación se inspira; 3° 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,

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> *Manuel de droit international privé*, París, Fentemoing et Cie. Éditeurs, 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.<sup>23</sup>

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”.<sup>24</sup>

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.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 572.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp. 577 y 579.

<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

### 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."<sup>27</sup>

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

<sup>26</sup> 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).

<sup>27</sup> *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.<sup>28</sup>

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”.<sup>29</sup>

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

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>29</sup> *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.<sup>30</sup>

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-

<sup>30</sup> *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. .<sup>31</sup>

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. . .<sup>32</sup>

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:

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>32</sup> *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).<sup>33</sup>

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.<sup>34</sup>

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. . .<sup>35</sup>

<sup>33</sup> *Op. cit.*, nota 11, al pie de p. 84.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 233.

<sup>35</sup> 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. . .",<sup>36</sup> 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".<sup>37</sup> 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",<sup>38</sup> 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."<sup>39</sup> 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.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, cap. III, p. 170.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, México, Compañía Editorial Continental, S. A., 1961, cap. V, p. 243.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>39</sup> *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".<sup>40</sup> 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-

<sup>40</sup> *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, afirmar 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.<sup>41</sup>

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.<sup>42</sup> Pero tratándose de las faltas o contravenciones la si-

<sup>41</sup> *Op. cit.*, cap. vi, p. 218.

<sup>42</sup> 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. . ."<sup>43</sup> 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 reglamento<sup>44</sup> 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:

<sup>43</sup> *Op. cit.*, cap. vi, p. 216.

<sup>44</sup> 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.”<sup>45</sup>

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. . .”<sup>46</sup>

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

<sup>45</sup> *Op. cit.*, t. 1, cap. 13, núm. VIII, p. 133.

<sup>46</sup> *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”.<sup>47</sup> Esta distinción, que se aproxima a la que propone Rocco, es rechazada muy acertadamente por Soler<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup>

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.<sup>50</sup>

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-

<sup>47</sup> *Op. cit.*, 3ª parte, cap. I, núm. II, pp. 270 y 271..

<sup>48</sup> *Op. cit.*, t. I, p. 251.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> *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.<sup>51</sup>

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. . .<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup>

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

<sup>51</sup> *Op. cit.*, cap. iv, núm. 8, p. 207.

<sup>52</sup> *Derecho penal*, Puebla, Editorial José M. Cagica Jr. S. A., 1957, parte especial, parte sexta, cap. único, p. 416.

<sup>53</sup> *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 aflictiva 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.<sup>54</sup> 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 4º 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.<sup>55</sup>

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

<sup>54</sup> Margarita Lomelí 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).

<sup>55</sup> 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 aflictivo 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".<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

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-

<sup>56</sup> *Op. cit.*, cap. VII, p. 312.

<sup>57</sup> *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.