

Capítulo Quinto: Los límites del secreto profesional. Primera Parte . . .	171
I. El concepto de justa causa como límite del secreto. Causas abstractas y causas concretas de justificación	171
II. La legítima defensa. Sus requisitos positivos y negativos	174
III. El estado de necesidad. Sus semejanzas y diferencias con la legítima defensa. Valoración comparativa de los bienes. Conflicto entre bienes de igual valor. El punto de vista moral. Requisitos legales del estado de necesidad	181
IV. Aplicación de las dos anteriores causas de justificación al caso particular de la revelación de secretos. Su función primordial en nuestra ley como causas de atipicidad. Opiniones de los moralistas y su aplicación al derecho	198
V. Las llamadas causas supraleales de justificación como justa causa para revelar	204

CAPÍTULO QUINTO

LOS LÍMITES DEL SECRETO PROFESIONAL

PRIMERA PARTE

SUMARIO: I. *El concepto de justa causa como límite del secreto. Causas abstractas y causas concretas de justificación.* II. *La legítima defensa. Sus requisitos positivos y negativos.* III. *El estado de necesidad. Sus semejanzas y diferencias con la legítima defensa. Valoración comparativa de los bienes. Conflicto entre bienes de igual valor. El punto de vista moral. Requisitos legales del estado de necesidad.* IV. *Aplicación de las dos anteriores causas de justificación al caso particular de la revelación de secretos. Su función primordial en nuestra ley como causas de atipicidad. Opiniones de los moralistas y su aplicación al derecho.* V. *Las llamadas causas supraleales de justificación como justa causa para revelar.*

I. De lo expuesto en anteriores capítulos ha podido comprobarse sin lugar a duda, una característica de la obligación de reserva: que ésta no es absoluta, reconoce límites. Tan erróneo sería desconocer aquélla como extenderla fuera de éstos. Determinar en cada caso cuáles son dichos límites no siempre es tarea fácil; se ha prestado a discusiones ya añejas. Por eso le hemos dedicado el presente capítulo y el siguiente, con objeto de tratarla de manera especial.

Sergio Kostoris sostiene que existen dos límites para la protección penal del secreto:

subjetivo uno, el daño —y referido a la sola persona ofendida por el delito— eminentemente objetivo el otro —la justa causa— pero con reflejo subjetivo, tanto respecto al agente, como a la persona ofendida o a terceros. Pero de hecho —añade este autor— cuando se han previsto conjuntamente, los límites a la prohibición de revelación son iguales y ciertamente fungibles.¹

Esta última expresión de Kostoris nos da la pauta para precisar en dónde están los verdaderos límites del deber de reserva, que son al mismo tiempo límites al derecho de revelación, ya que donde termina aquél comienza este último. El verdadero límite se reduce a la justa causa para revelar.

¹ *Il segreto come oggetto de la tutela penale*, Padova, Cedam Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1964, núm. 12, p. 30.

Ya hemos dicho en el capítulo primero que la obligación de reserva se funda o tiene su origen en la acción conjunta del interés y la voluntad. Ambos se manifiestan en la producción de un perjuicio (el daño, a que se refiere Kostoris) y en la falta de consentimiento del afectado, para sufrirlo. La justa causa tiene que referirse entonces a alguno de estos dos factores causales, ya sea suprimiéndolo o bien haciéndolo ineficaz. Por lo que toca a la falta de consentimiento, cesa ella cuando dicho consentimiento se presta, siempre que se trate desde luego, de bienes disponibles, como lo explicamos ya también en el capítulo segundo. En cuanto al interés, la justa causa existirá cuando falte éste (por no haber daño) y también cuando a pesar de existir dicho interés, haya otro mayor que se le contraponga. Es decir, que el conflicto se resolverá en tal caso en favor del interés preponderante. Se buscará causar el mal menor.

El problema de la justa concierne en último término a la obligación de reserva en sí misma. Pero como las leyes, no reglamentan ésta en su carácter de obligación civil, según lo hemos hecho ver ya en el capítulo tercero, la justa causa, como límite que es de esa obligación, tiene que ser estudiada indirectamente para ella, esto es, a través del incumplimiento a la obligación, particularmente del incumplimiento delictuoso. Y es que para éste existen las únicas disposiciones legales expresas de las cuales hay que partir, como de un punto de apoyo en el derecho positivo, para estudiar la justa causa como límite de la obligación. Además, se da la circunstancia de que, como consecuencia de lo anterior, es la doctrina penal la que ha estudiado con mayor amplitud este tema en la teoría de las causas de justificación. Pero no debe perderse de vista que estas causas, al fijar límites al incumplimiento antijurídico, los reconocen implícitamente a la misma obligación incumplida. Así, puede sostenerse en principio que al profesionalista atañe esta obligación y que, por lo mismo, debe guardar reserva sobre los hechos conocidos en su ejercicio profesional. Debe guardar y custodiar el secreto, por regla general. . . pero no siempre. Esa obligación cesa para él cuando se presenta una justa causa para revelar. Determinar cuándo existe esta última, implica ir al estudio de las causas de justificación que reconoce el derecho penal, esto es, de las causas que vuelven lícito, en determinadas circunstancias, un hecho en principio ilícito, quitándole antijuridicidad, a pesar de hallarse tipificado como delito.

El artículo 15 del Código Penal señala en sus fracciones III, IV y V cuatro causas de justificación susceptibles de aplicarse a la obligación de reserva. Dice el texto legal:

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: . . .III. Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona,

honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente; a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

Segunda. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

Tercera. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa y

Cuarta. Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa. . .

IV. El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquél que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro;

V. Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley; . . .

Las anteriores causas de justificación son las mismas que la doctrina ha designado tradicionalmente con los nombres de legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legales. De la fracción IV hay que excluir el miedo grave o temor fundado que quita la responsabilidad penal como causa de inimputabilidad, no de justificación, y, por lo mismo, es ajena al tema que tratamos, ya que dicha excluyente fue indebidamente incluida por el legislador, en la misma fracción IV, con el estado de necesidad.

Las primeras interrogantes que surgen al contemplar estas cuatro causas de justificación previstas en la ley —y por lo demás moralmente reconocidas, como veremos más adelante— son éstas: ¿no resulta acaso un tanto artificial atribuir la justificación a cuatro causas diferentes?, ¿no podrían reducirse ellas solamente a dos o quizás a una, atentos los principios que las rigen?

El fundamento de ambas preguntas es el siguiente: si la legítima defensa y el estado de necesidad, que tienen en común el ser actos defensivos, constituyen en todo caso el ejercicio de un derecho y pueden llegar a ser el cumplimiento de un deber ¿por qué entonces diferenciarlos de estas dos últimas excluyentes? A su vez el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber como causas de justificación, se reducen siempre, en último término, a la defensa de intereses individuales o sociales jurídicamente protegidos.

La defensa puede ser permitida como voluntaria (derecho) o impuesta como obligatoria (deber) contra peligros creados por hechos humanos

ilícitos (legítima defensa) o por hechos extrajurídicos, ajenos al derecho (estado de necesidad). Siendo así, la justificación entraña en todo caso el derecho o el deber de defender bienes jurídicamente protegidos, contra peligros que los amenazan.

Y aquí hemos llegado al punto en que hay que intentar hallar un fundamento de esa diferenciación de las cuatro causas, tradicionalmente admitidas como diversas. Hemos dicho que la legítima defensa y el estado de necesidad tienen en común el ser actos defensivos de bienes jurídicamente protegidos, contra un peligro que los amenaza. Pero se observa también otra característica común a ambas excluyentes, es su generalidad, su indeterminación. Ellas implican, es verdad, el ejercicio de un derecho y pueden llegar a ser obligatorias, constituyendo así el cumplimiento de un deber. Pero en todo caso se trata de un derecho abstracto, generalizado, no precisado específicamente en la ley. Si el bien amenazado está jurídicamente protegido por el derecho positivo en su conjunto, no por un precepto en particular, se justifica la defensa de ese bien, tanto si la amenaza proviene de hechos humanos ilícitos, como de hechos ajenos al hombre (eventos naturales, acción de seres irracionales). De allí deriva una importante consecuencia que más adelante habremos de deducir para estas dos excluyentes, legítima defensa y estado de necesidad, su elástica amplitud que las hace aptas para amparar situaciones no exactamente comprendidas en las descripciones legales de ellas.

Cosa muy diferente ocurre en las otras causas de justificación. Obrar en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber legales, requiere que ese derecho o ese deber se encuentren establecidos por un precepto expreso de la ley (de cualquier ley, no necesariamente punitiva) y su aplicación será de derecho estricto; no podrá ir más allá de los límites que la disposición legal señala a tal derecho o deber al configurarlos. Verdad es que el ejercicio de aquél o el cumplimiento de éste constituyen actos defensivos de bienes individuales o sociales jurídicamente protegidos, pero se diferencian de las acciones llevadas a cabo en legítima defensa o en estado de necesidad en que estas últimas no requieren, para justificarse, la existencia de un precepto legal expreso, fuera del que genéricamente las reconoce como excluidas de responsabilidad penal.

II. Por las anteriores razones habremos de distinguir entre causas abstractas y causas concretas de justificación y pasamos a examinar las primeras en cuanto a los elementos que para ellas exige el precepto legal antes transcrito. La legítima defensa comprende los siguientes:

Primero: la existencia de una agresión, esto es, de una actividad humana que ataca y pone en peligro bienes jurídicamente protegidos; activi-

dad que debe manifestarse en forma exterior al agente (esto es, que no puede ser puramente interna como un hecho de conciencia) aún cuando los bienes que amenace fueren de naturaleza incorpórea (peligro de daño moral).

Segundo: esa agresión debe ser actual, o sea contemporánea del acto defensivo legítimo. Sin embargo, esto no significa que no haya prioridad cronológica en la agresión porque entonces no podría ser defensivo el acto de repulsa, sino tan sólo quiere decir que entre ambos actos, agresión y defensa, no debe mediar un intervalo tan grande que permita impedir el daño por medios legales normales (protección directa por la autoridad pública) o que permita la consumación del daño, efecto de la agresión, porque en este último caso la defensa ya no tendría eficacia para evitar el mal consumado, sino que se convertiría en venganza del mismo.

Tercero: la agresión debe ser violenta, esto es, implicar el uso de la fuerza, de un ímpetu lesivo contra bienes jurídicamente protegidos.²

² La exigencia de que la agresión deba ser violenta presenta alguna dificultad cuando se trata de aplicar la legítima defensa como justificante de la revelación de secretos. La señora Islas Magallanes la admite sin reparos en este caso (*Delito de revelación de secretos*, cap. iv, núm. 2, p. 104) pero Jiménez Huerta desaprueba su opinión por estimar que el requisito de violencia implica un "ontológico obstáculo" que no permite aplicar esa causa de justificación, de acuerdo con nuestro derecho positivo, a quien se defiende revelando. No obstante, reconoce este autor que "en buenos y abstractos principios" no debe negarse que existe allí legítima defensa. (*Derecho penal mexicano*, parte especial, t. iii, p. 195). Parece que Jiménez Huera sólo contempla el caso de violencia física y no el de violencia moral en la agresión. Por su parte, Carrancá y Trujillo parece haber evolucionado en su pensamiento sobre este requisito de la eximente. En *Las causas que excluyen la incriminación* (1944, cap. xiii, núm. 164, a), pp. 293 y ss.) dice que: "La agresión puede ser material o desarrollada mediante una actividad física peligrosa para la integridad física del agredido, o puede ser moral y poner en peligro la integridad moral del agredido (amenaza de ofensas a la reputación, etcétera); todas ellas pueden dar ocasión a la justa defensa". Y renglones más adelante añade: "Toda agresión contiene subsumida la idea de violencia, de fuerza contra derecho aunque no siempre tenga que ser fuerza física o material;..." Por el contrario, en obra posterior suya, el *Código penal anotado*, sostiene Carrancá y Trujillo al comentar la fracción II del artículo 15: "Toda agresión contiene subsumida la idea de violencia, de fuerza contra derecho; pero al subrayar esta nota la fórmula legal está exigiendo la existencia de vis. fuerza física, y excluye la coacción o fuerza moral como constitutiva de las agresiones rechazables justificadamente; se requiere, por tanto, el ímpetu lesivo, la actividad física del agresor" (México, Antigua Librería Robredo, 1962, núm. 59, p. 94). Con esta segunda opinión, contraria a la primera, Carrancá y Trujillo da razón implícitamente a la de Jiménez Huerta antes señalada, respecto de la imposibilidad de aplicar la legítima defensa, en términos del derecho positivo mexicano, como causa de justificación de la revelación de secretos.

Estimamos, sin embargo, que no es este el planteamiento correcto del problema, por las siguientes razones: a) Porque, como expresamos al comienzo de este capítulo quinto, la legítima defensa, igual que el estado de necesidad, son causas genéricas o abstractas de justificación que al ser aplicadas permiten elástica interpretación en beneficio del reo, sin ceñirse a la puramente estrecha que conduzca a una aplicación rigurosa, como cuando se trata de un tipo delictivo. Este punto lo habremos de aclarar más adelante cuando tratemos, en este mismo capítulo, el problema de las causas supraleales de justificación; y b) porque es de recordarse y lo expresamos así en el capítulo segundo, que la legítima defensa, más

Cuarto: la agresión debe ser sin derecho, injusta, o, en otros términos, debe carecer de toda justificación legal la conducta del agresor. Si así no fuera, la defensa no podría ser legítima, porque tendería a impedir un resultado querido por la ley. Expresando filosóficamente lo anterior, diríase que la defensa sólo puede ser justa cuando constituye una afirmación del derecho y esto sólo puede existir cuando la agresión implica una negación de él.³

Quinto: de la agresión ha de resultar un peligro inminente, esto es, inmediato, muy cercano. Si el daño que amenaza no está próximo a realizarse, podrá ser evitado por medios legales normales. Si está ya realizado, la defensa será extemporánea y, por lo mismo, incapaz de impedirlo, con lo que perdería todo valor justificante, como se dijo al tratar de la actualidad de la agresión.

Además de estos cinco elementos positivos que la ley señala a la defensa legítima, precisa otros cuatro más de carácter negativo, consistentes en la ausencia de cuatro circunstancias que, aunque implicadas ya en los anteriores elementos, la ley quiere explicitar para quitar toda duda sobre el alcance de esta excluyente de responsabilidad y evitar el abuso de la misma.

El primer elemento negativo, consiste en que el agredido no haya provocado la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella. Es decir, que el agredido queda sin derecho a la defensa legítima si ha provocado la agresión él mismo, si la ha causado de algún modo, pues en tal caso dicha agresión no es por completo injusta, ni el agredido es por completo inocente, como la ley quiere que lo sea para que quede exento de incriminación. La provocación, que consiste en "incitar o estimular

que como causa de justificación debe utilizarse, en lo que concierne al delito de revelación de secretos, como causa de atipicidad, esto es, como "justa causa" para revelar, cuya presencia, de acuerdo con la descripción legal del tipo delictuoso, impedirá que se configure éste. En tal caso, menos aún procede una interpretación literal, rigorista, de la legítima defensa descrita en el Código Penal.

Nos parece que matiza bien nuestro pensamiento la expresión —aparentemente paradójica— de Perraud Charmantier, quien sostiene que el abogado perseguido por su cliente puede revelar, en ejercicio del derecho de defensa, o sea en "estado de defensa legítima", aclarando esto último en una nota de pie de página: "Nos guardamos bien de hablar de legítima defensa..." (*Le secret professionnel*, D. P., III-III, p. 273).

³ Como ejemplo de agresión justa, que no puede repelerse mediante legítima defensa, se cita por los autores el empleo de la fuerza pública para aprehender o castigar a un delincuente, cuando se lleva a cabo conforme a la ley y por autoridades competentes para hacerlo. De acuerdo con el principio, unánimemente admitido, de que la legítima defensa sólo procede contra agresiones sin derecho, ¿será ella procedente contra la agresión del que obra en estado de necesidad, o sea del que ataca para salvar su propia persona o bienes o los de un tercero, justificadamente? Un civilista, Andreas Von Thur, se resuelve por la negativa (*Derecho civil*, México, Ed. José Porrúa e hijos, 1945, núm. 75, p. 148).

a uno con palabras u obras, para que se enoje”,⁴ no hace que sea justa la agresión del provocado, pero sí debe ser suficiente, esto es bastante, o sea que debe tener la gravedad necesaria para motivar (no precisamente para justificar), dentro de las circunstancias objetivas del caso, la conducta del agresor. Por las mismas razones exige la ley que la provocación sea inmediata, es decir, que haya precedido a la agresión, sin que medie entre ambas un intervalo tan amplio que quite a la primera su valor como motivante de la segunda.

Otro elemento negativo consiste en que el agredido no haya previsto la agresión ni haya podido evitarla por medios legales. Este segundo elemento es doble, contiene a la vez falta de previsión e imposibilidad de evitar. Se necesita que el agredido no haya previsto, esto es, conocido con certeza o sospechado con fundamento que la agresión se iba a realizar en forma inminente. Pero si la llegó a prever, su defensa sólo pudo ser legítima por no haber tenido a su alcance otro medio legal para impedir la agresión. Nótese que el precepto comentado dice con toda propiedad “otros medios legales”, con lo cual reconoce más expresamente esta legalidad a la defensa justa. Pero si bien dicha defensa es legal, como produce un daño inevitable al agresor, la ley quiere que se use en último extremo, como un postrer recurso, cuando no le queda otro de que echar mano al agredido. Si éste dispusiere de algún otro medio, debe agortarlo antes. De lo contrario pierde justificación su defensa. Esto, desde luego, siempre que el otro medio no sea ilegal, pues, si lo fuere, su utilización podría ser peor que el daño causado con la defensa.

El tercer elemento negativo, consiste en que no traspase la defensa el límite de lo necesario, indispensable para evitar el mal que amenaza. La ley habla de “necesidad racional” del medio empleado, Luis P. Sisco, al comentar la ley penal argentina —que contiene esa misma expresión— la califica de acertada, porque evita la imprecisión que tendría la sola palabra “necesidad” y a la vez evita el rigor que traería consigo la expresión “necesidad absoluta”, que estrecharía en forma indebida el campo de aplicación de la excluyente;⁵ pero se cuida de advertir este penalista que la racionalidad del medio necesario debe ser estimada dentro de la situación anormal en que se encuentra el agredido al momento del peligro, en que, perturbado por éste, carece de la serenidad y el discernimiento que se tienen fuera de esa situación. En otros términos, añadimos nosotros, lo que la ley exige aquí, en principio, es proporcionalidad entre la agresión y el medio defensivo empleado, pero esa proporcionalidad no debe ser estimada en forma exclusivamente objetiva por el juzgador sino también en función de la subjetividad perturbada del agredido.

⁴ Luis P. Sisco, *La defensa justa*, Buenos Aires, Ed. “El Ateneo”, 1949, cap. v, p. 211.

⁵ *Op. cit.*, cap. iv, p. 147.

El cuarto y último elemento negativo de la excluyente, es también doble. Se exige que el daño que iba a causar el agresor —y que no causó gracias a la defensa— no fuera, por una parte, fácilmente reparable por medios legales y, por otra, que no fuera notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa. En otros términos, hay aquí una exigencia de irreparabilidad y otra de proporcionalidad, como en el elemento anterior, solamente que, mientras en aquél la proporcionalidad es exigida con relación a los medios, en éste lo es con relación a los resultados. Las dos exigencias de este cuarto elemento negativo tienen en común la necesidad de un conocimiento hipotético o conjetural acerca de la naturaleza y magnitud de un daño que pudo haber ocurrido, pero que por no haber llegado a existir no es susceptible de conocimiento real. Este conocimiento hipotético, de un mal que solamente fue posible, puesto que no se realizó, concierne también al agredido en el estado de perturbación en que se hallaba al momento del peligro y como tal debe ser apreciado por el juzgador, tomando en cuenta la representación mental que del daño debió haber tenido dicho agredido, atentas sus circunstancias personales y las del ambiente en que ocurrió la agresión. La primera exigencia, o sea la de irreparabilidad, implica que no pudiera destruirse posteriormente el efecto dañoso de la agresión, restituyendo las cosas al estado en que se encontraban antes de ella. Pero, de acuerdo con nuestra ley, no se requiere que esa irreparabilidad sea absoluta; basta que sea relativa. No se exige que la reparación sea imposible, basta que sea difícil (“que el daño... era fácilmente reparable”, dice el precepto), siendo necesario además que los medios por los cuales pudiera hacerse la reparación sean legales. De nuevo encontramos el concepto valorativo de legalidad empleado en el texto, esta vez como exigencia hecha a los medios para reparar el daño, igual que lo hizo antes con los medios para evitar la agresión (en el segundo elemento negativo de la excluyente) y la razón para el empleo de ese concepto, creemos que es la misma en ambos casos: se tiene obligación de agotar los medios para evitar o reparar, siempre que ellos sean legales, no en caso contrario, pues de ser así, la ley estaría contribuyendo a su propia violación y ello resultaría peor que aceptar la legitimidad de la defensa, a pesar del inevitable resultado dañoso que ella implica. Pero si la agresión amenaza con un mal que fuere fácilmente reparable después, por medios que no sean contrarios a la ley, no se tiene el derecho de acudir a la defensa. Hay obligación de dejar consumar ese mal, contra el que se tendrá posteriormente derecho de exigir al agresor la reparación, sin perjuicio de la penalidad que éste amerite por su agresión delictuosa.

La segunda exigencia de este último elemento negativo, o sea la de proporcionalidad, consiste en que el daño (posible) que iba a causar

la agresión no sea "notoriamente de poca importancia" comparado con el daño (real) causado por la defensa. Nótese que la ley, con todo acierto, no exige solamente que el primer daño sea menor que el segundo, sino que requiere que resultare de poca importancia y que el resultado de esta comparación fuere notorio. En otros términos, se pide una desproporción considerable y evidente en los daños. Exigencia razonable de la ley, por cuanto la comparación de aquéllos es difícil, atento su diverso grado de existencia (uno en potencia y otro en acto) y atentas las circunstancias del agredido al momento del delito.

La necesidad de proporción en los medios y en los resultados, establecida por los elementos negativos tercero y cuarto que acabamos de examinar, constituye una exigencia de la ley, cuyo incumplimiento configura lo que doctrinariamente se conoce como exceso en la defensa legítima. Soler llama exceso intensivo a la primera desproporción o sea a la de los medios, distinguiéndola del exceso en la causa que se da cuando hay desproporción entre el bien defendido y el mal causado.⁶ A propósito de la última dice el eminente penalista: "Esta desproporción puede provenir ya de una disparidad material de bienes, ya de que el sujeto mismo, con su propia acción culposa coloque su bien jurídico en una situación de disvalor y de riesgo". Nos parecen dignas de comentario, en relación con nuestra ley, estas apreciaciones de Soler. Que la desproporción provenga de disparidad en los bienes (el amenazado con la agresión y el sacrificado con la defensa) lo estimamos correcto. Ciertamente nuestra ley, más que al valor comparado de los bienes, se refiere a la magnitud de los resultados dañosos, pero por la interdependencia que hay entre aquéllos y éstos, nos parece aceptable la expresión usada, a pesar de la sutil diferencia que se presenta. En lo que no podemos estar de acuerdo es en que la disparidad de los bienes (y consiguientemente de los daños, añadimos) sea solamente material, pues ello equivaldría a dejar excluidos del exceso los de carácter moral. Tampoco es aceptable la última parte de la expresión transcrita, pues el hecho de colocar el bien jurídico en situación de disvalor o riesgo es cuestión ajena a la que se examina, ya que no implica falta de proporcionalidad y además, como veremos adelante, la existencia de provocación por el agredido no implica, dentro de nuestro Código, exceso en la defensa legítima, sino completa ausencia de ésta.

El concepto de exceso va necesariamente ligado a la idea de desproporción. No excluye la existencia de la defensa legítima, sino que, por el contrario, la implica con todos sus requisitos legales. Debe haber acto de defensa, en principio justa, para que pueda darse el exceso en ella. De no existir una, tampoco podría existir el otro. Pero lo que da motivo

⁶ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Ed. Argentina, 1951, cap. 34, núm. III, p. 433.

al exceso intensivo es la falta de necesidad en la defensa. En otros términos, la defensa legítima es excesiva cuando es innecesaria y en la medida en que lo es.⁷ Sin embargo, esa falta de necesidad solamente debe ser parcial. Si fuere total, no podría ser ya legítima la defensa. Estaríamos posiblemente ante un caso de defensa putativa, esto es, de la que se ejerce contra un peligro que no es real sino imaginario; defensa ésta cuya legitimidad no ha sido aceptada por la jurisprudencia de nuestros tribunales.⁸

El artículo 16 del Código Penal establece: "El que se exceda en la defensa legítima, por intervenir la tercera o cuarta circunstancias de las enumeradas en la segunda parte de la fracción III del artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia." En otros términos, el exceso solamente se da, conforme a nuestra ley, cuando existiendo la defensa legítima con todos los elementos que la integran y que antes examinamos, carece solamente de alguno de los dos últimos que hemos calificado como negativos. De modo que si falta algún otro elemento diverso de éstos (como por ejemplo que haya habido provocación, o que la agresión no hubiere sido actual o sin derecho o que hubiere sido prevista, etcétera) no habrá exceso en la defensa legítima, sino que ésta dejará de existir, perderá totalmente su legitimidad.

De la transcrita disposición legal nos parece criticable que admita el exceso en todo caso en que falte el último elemento negativo, pues, como dijimos antes, contiene éste dos exigencias diversas: la de irreparabilidad y la de proporcionalidad en los daños. El incumplimiento de la segunda constituye exceso indudablemente, pero no así el de la primera, pues como expresamos antes no hay derecho a la defensa cuando el daño que amenaza, se prevé fácilmente reparable después por medios legales. En tal caso sólo hay derecho a la reparación. No nos oponemos a que en el supuesto se aplique también penalidad atenuada. Sólo criticamos, como error técnico, su inclusión dentro de la figura del exceso. Sin embargo, nos parecería mejor que en tal caso la atenuación no fuera forzosa como para esta figura, sino dejada totalmente al arbitrio del juzgador dentro de la escala penal que al delito se señala, para que se tomen en cuenta todas las circunstancias del caso, pero de manera espe-

⁷ El exceso en la causa —en el sentido en que Soler lo entiende, según lo expresamos antes— implica más bien una defensa egoísta y, por lo mismo, no exenta de motivos antisociales.

⁸ El criterio de nuestra Suprema Corte de Justicia, sustentado en diversas ejecutorias, ha sido en el sentido de eximir de pena los casos de defensa putativa, como situaciones de inculpabilidad por error de hecho esencial e insuperable. Pueden consultarse al respecto en el *Semanario Judicial de la Federación*, vol. xxvii, segunda parte, amparo directo núm. 2639/60, p. 139; vol. ci, segunda parte, amparo directo núm. 5310/63 y vol. lxxvi, segunda parte, amparo directo núm. 6115/62, p. 28.

cial el grado de facilidad para prever la reparación del daño que iba a causar la agresión y la reparabilidad o irreparabilidad posterior del que se causó con la defensa injustificada.

Por último, añadimos respecto del exceso, que su efecto no es destruir totalmente la legitimidad de la defensa, sino sólo disminuirla, convirtiendo ésta de excluyente de responsabilidad en atenuante, y para el efecto se establece la reducción necesaria de la pena, a la que tienen los delitos por imprudencia. No implica esto que se atribuya tal carácter al cometido en la defensa excesiva, sino tan sólo que se remite a la sanción señalada para aquéllos.⁹

III. Pasamos ahora a examinar la otra causa de justificación que, junto con la legítima defensa, hemos clasificado antes entre las genéricas e indeterminadas; es el estado de necesidad. Tema éste mucho menos elaborado doctrinariamente que el anterior. La disposición legal que le corresponde en el Código Penal es la siguiente:

Artículo 15. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal. . . IV. El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquél que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro; . . .

Parece criticable a Carrancá y Trujillo, con toda razón, que en este mismo inciso cuarto se hayan incluido dos excluyentes de incriminación de naturaleza diversa, como son el miedo grave o temor fundado (vis compulsiva) y el estado de necesidad.¹⁰ La primera es causa de inimputabilidad y, por lo mismo, afecta al sujeto activo de la infracción, en tanto que la segunda es causa de justificación que afecta al hecho mismo, privándolo de antijuridicidad.

Según el propio autor, la legítima defensa y el estado de necesidad difieren esencialmente en que la primera constituye el “contra ataque o

⁹ Algunos autores, sin embargo, no son de esta opinión. Soler, siguiendo sobre el punto la de Carrara, Alimena, Manzini y Florian, se inclina a sostener que para el sistema penal de su país el exceso en la defensa debe estimarse culposo, pues “el temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo, error que quita al hecho excesivo el carácter de doloso, para hacerlo, imputable sólo a título de culpa”. Y añade a continuación: “Entiéndase que esa doctrina no hace una mera parificación de la escala penal correspondiente al exceso con la que corresponde a la figura culposa, sino que afirma que el elemento subjetivo del exceso es culposo y no doloso”. (*Derecho penal argentino*, t. 1, cap. 34, núm. iv, p. 436.)

¹⁰ *Código penal anotado*, núm. 69, p. 105; *Las causas que excluyen la incriminación*, México, Ed. Eduardo Limón, 1944, cap. xiv, núm. 18, p. 333.

rechazo de una agresión”, en tanto que el segundo constituye “el ataque o agresión mismos”.¹¹

Por su parte, Fernando Castellanos dice que “en la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el ataque de un bien con su agresión)” y a continuación añade, como otra diferencia más, que “la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro lícito (la reacción, contra-ataque o defensa), mientras en el estado de necesidad no hay tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos”.¹²

En su esencia, ambas excluyentes —legítima defensa y estado de necesidad— tienen en común dos cosas: a) la presencia de un peligro que amenaza dañar bienes jurídicamente protegidos y b) la salvación de esos bienes mediante la lesión a otros, también protegidos por el derecho.

Pero donde se presenta la dificultad, casi insoluble, es al intentar precisar las diferencias entre ambas excluyentes y el límite que las separa. Decir que en la legítima defensa hay una situación de lucha o de choque entre un interés ilegítimo y otro lícito, en tanto que en el estado de necesidad sólo hay un conflicto de intereses legítimos, contiene algo de verdad, pero no aclara lo suficiente la diferencia entre ambas causas de justificación.

Por lo que toca al intento de diferenciarlas diciendo que en la legítima defensa hay contra-ataque o rechazo a una agresión, mientras que la acción en estado de necesidad constituye el ataque o agresión mismos, nos parece inaceptable. Si así fuera, obraría sin derecho el que se encuentra en estado de necesidad y, por tanto, no constituiría ésta una causa de justificación, ya que el ataque o agresión que motivan la legítima defensa necesitan realizarse sin derecho para que ésta proceda.

Más acertada para diferenciar el estado de necesidad de la legítima defensa, aunque con las reservas que adelante señalaremos, nos parece la otra idea expuesta por el mismo Carrancá y Trujillo en la obra citada, en que, siguiendo a Pacheco, dice que este autor:

vio en el estado de necesidad una forma del ejercicio del derecho de defensa, sólo que mientras en la legítima defensa salvamos nuestros bienes jurídicos del peligro de la agresión que ilegítimamente los ataca, semejante derecho nos asiste en el estado necesario contra todo aquello que pueda ser motivo y origen de un daño. . .¹³

¹¹ *Op. cit.*, cap. xiv, núm. 174, p. 322.

¹² *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, Ed. Jurídica Mexicana, México, 1959, cap. xx, núm. 2, p. 206.

¹³ *Op. cit.*, p. 322.

En suma, este tercer intento para diferenciar ambas excluyentes parece llegar a la siguiente conclusión: en la legítima defensa la situación de peligro proviene de un acto humano, en tanto que en el estado de necesidad esa situación proviene de hechos de la naturaleza, ajenos a toda conducta del hombre. De aquí deriva una consecuencia importante: la exigencia para la primera de que la situación de peligro (agresión) sea injusta, sin derecho; exigencia ésta que carecería de sentido si se formulara al estado de necesidad. Por eso se ha dicho —y con razón— que aquella excluyente constituye una afirmación del derecho en contra de la agresión injustificada que lo niega. Conforme a esta opinión, en el estado de necesidad la situación de peligro es causal, en tanto que en la legítima defensa es finalista. En esta última el peligro quiere violar el derecho; en la primera, en cambio, no quiere violarlo porque ni siquiera lo conoce, ya que proviene ese peligro de fuerzas ciegas, extra humanas y por lo mismo faltas de conciencia.

Esta tercera opinión —superior, sin duda, a las dos anteriores— comprende la mayor parte de los casos y puede resolver en ellos el problema, pero no todos. Por eso es que, no sin ciertas reservas, la sostiene Eugenio Florian al decir:

Lo que en resumen diferencia el estado de necesidad de la legítima defensa es, precisamente, que mientras en ésta el peligro es producido por obra injusta del hombre, en el estado de necesidad el peligro tiene origen diferente y, en la mayoría de los casos, es la consecuencia del orden natural y, por así decirlo, accidental de las cosas.¹⁴

La expresión de que “en la mayoría de los casos” el estado de necesidad es consecuencia “del orden natural”, revela la prudencia del autor al no atreverse a decir que lo sea en todos, lo que significa que esta diferenciación de los dos excluyentes tampoco es absoluta.

Hay casos en que el estado de necesidad puede provenir también de conductas injustificadas del hombre, sin que por ello se convierta en legítima defensa. Ferri ha profundizado más en este problema, como lo revela el siguiente párrafo suyo:

Pero mientras en la legítima defensa la colisión es provocada por la agresión injusta que un hombre realiza, en el estado de necesidad lo es por un peligro derivado de fuerzas naturales o no humanas (animales) o también de fuerzas humanas no dirigidas a provocar aquel conflicto concreto; por ejemplo en el caso de quien mata o hiere a una persona, daña o destruye una cosa ajena para salvarse de un incendio provocado dolosa o culposamente por un tercero, o

¹⁴ *Parte general del derecho penal*, trad. de Ernesto Dihigo, Cuba, Ed. de la Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, 1929, t. 1, cap. 51, núm. 323, p. 530.

para librarse de los efectos de un acto de otro que no constituye una agresión efectiva y por ello no es legítima defensa.¹⁵

Esto quiere decir que —conforme a la expuesta opinión de Ferri— lo que diferencia el estado de necesidad de la defensa legítima no es ya el origen del peligro (humano o no humano) sino la intención de quien lo causa. Si ella tiende a violar el derecho, si es injusta, la repulsa constituirá legítima defensa, si no tiende a ello, habrá estado de necesidad. Pero aún así, todavía puede haber confusión entre ambas excluyentes. Ferri reconoce la posibilidad de que el incendio sea “provocado dolosa o culposamente” en el estado necesario y la provocación dolosa sí tiende a violar el derecho, aunque no sea precisa o exclusivamente el de la persona colocada en estado de necesidad por este incendio, sino el de otra u otras. Además, pueden citarse aquí a este respecto, los siguientes casos que presenta Sebastián Soler:

La doctrina parifica la situación de necesidad creada por un evento natural con la que puede provenir de la acción de un hombre. De acuerdo a ese criterio, tanto obraría en estado de necesidad el que robase un pan a causa de su hambre extrema, como el que lo robase porque un tercero lo obligue a ello, poniéndole un revólver al pecho: en ambos casos, en efecto, se realiza un mal (robar un pan), para evitar otro mayor (la muerte por hambre o la muerte de un tiro). . . .¹⁶

Y en una nota colocada al pie de la página 425, de este mismo tomo, añade dicho autor:

La coacción que procede de la acción del hombre también puede tender a violar el bien jurídico que se defiende (revólver al pecho me exigen la destrucción de un documento); pero se diferencia porque la acción coacta, según ya lo hemos dicho, es el cumplimiento de un mandato ilícito. . .

Aún cuando la opinión de Soler encuentra inincriminables los actos que presenta en los ejemplos anteriores, como casos de acción coacta, ya sea por intimidación o bien por la semejanza que tienen con el cumplimiento de una orden ilícita, y no como estado de necesidad, creemos que no tiene razón, pues la intimidación puede no existir siempre¹⁷ y, por lo que toca a la obediencia, tampoco opera aquí como excluyente, pues no se trata de una orden dada por superior jerárquico legítimo, dentro del ámbito de sus atribuciones. La superioridad del que coaccionó no

¹⁵ *Principios de derecho criminal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid, Ed Reus, 1933, cap. III, núm. IV, p. 443.

¹⁶ *Op. cit.*, cap. 33, núm. IV, p. 322.

¹⁷ Y aun suponiendo que existiera, constituiría ella una causa de inimputabilidad, ajena al problema de justificación que aquí se trata.

es en este caso de derecho, sino de hecho y no puede, por tanto, operar como causa de justificación. Tampoco podría sostenerse que en los casos citados exista legítima defensa, pues en ellos el daño que yo causo para librarme de la amenaza de muerte no es en contra del injusto agresor, sino de un tercero inocente. La salvación mía no la obtengo repeliendo la agresión, sino, por el contrario, sometiéndome a ella. Es evidente que en tal caso solamente el estado de necesidad puede justificar mi acción, haciendo recaer toda la responsabilidad del acto en el coaccionador, causante de esa situación de necesidad. De allí se puede concluir que lo característico y distintivo del estado de necesidad no es el hecho de que provenga de causas naturales, no humanas, ni tampoco, como quiere Ferri, de fuerzas humanas no dirigidas a provocar el conflicto, pues también estas fuerzas pueden ser las causantes de ese conflicto en el estado de necesidad, dirigiéndose a provocarlo. La única diferencia que se puede encontrar entre legítima defensa y estado de necesidad, creemos que radica en el hecho de que con la primera se sacrifican bienes del injusto agresor, en tanto que con el segundo, los que sacrifican pertenecen a un tercero inocente, a un extraño que no causó la situación de peligro. En otros términos, la diferencia entre ambas causas de justificación no debe buscarse en el origen de la situación peligrosa, sino en la titularidad de los bienes que se sacrifican para salvarse de ella.

De esto último ha resultado una importante consecuencia. Algunos autores sostienen que, por la razón anterior, debe haber mayor rigor para aceptar el estado de necesidad que la legítima defensa. Carrancá y Trujillo se expresa al respecto en los siguientes términos:

Por esto, en cuanto a la condición subjetiva, el estado de necesidad y la legítima defensa no difieren entre sí; mas ocurre cosa contraria en cuanto a la condición objetiva, pues en la legítima defensa es sacrificado un injusto agresor en tanto que en el estado necesario el sacrificado es un inocente. Por ello debe imponerse en los casos de estado de necesidad “una valuación más rigurosa que con la legítima defensa”, según Ferri; “un mayor rigor, ya que el derecho violado es aquí en hipótesis no el de un agresor sino el de un inocente” según Florián.¹⁸

Las citas hechas por Carrancá y Trujillo en el párrafo anterior se refieren seguramente a los siguientes textos. Enrique Ferri dice sobre el punto que estamos tratando:

Y mientras en la legítima defensa el que reacciona ofende a su agresor, esto es, al responsable de la colisión producida, en el estado de necesidad. . . el que se salva sacrifica el derecho personal o patrimonial de terceros inocentes que no han hecho nada o no han pensado (si es que fueron causa involuntaria

¹⁸ *Op. cit.*, p. 326.

del conflicto) provocar aquel peligro contra el que se defiende. Debido a ello, la justificación del estado de necesidad demanda una valuación más rigurosa que la legítima defensa; porque, si la condición subjetiva (motivos determinantes) es igual en uno y otro caso, la condición objetiva es en cambio diversa, y el que resulta sacrificado no puede culparse a sí mismo del daño sufrido, como ocurre respecto al injusto agresor.¹⁹

Por su parte Eugenio Florian se expresa como sigue sobre el estado de necesidad:

Los requisitos indicados son en gran parte análogos a los de la legítima defensa y deben valuarse con los mismos criterios; quizá con mayor rigor, ya que el derecho violado es aquí en hipótesis no el de un agresor, sino el de un inocente.²⁰

¿Se justifica realmente esa diferencia de tratamiento entre la legítima defensa y el estado de necesidad, emplando mayor rigor y severidad para admitir este último? Lo estimamos dudoso. El hecho de que sea un injusto agresor el sacrificado con la primera, en tanto que es un inocente el dañado con el segundo, no justifica necesariamente tal diferencia. Ninguno de los autores antes citados da razón alguna para fundarla. ¿Será acaso porque repugna más a nuestra sensibilidad el sacrificio de un inocente que el de un culpable? Así ocurre en efecto con nuestros sentimientos, pero ellos no constituyen una razón intelectual suficiente para fundar el diferente trato en ambos casos.

Se dirá entonces que en la legítima defensa el injusto agresor recibe el daño que merece por su acción ilícita en tanto que en el estado de necesidad el inocente recibe un daño que no merece. Esta segunda razón que suponemos nosotros, no es del todo fundada. En primer lugar no sabemos si el daño que recibe el agresor con la defensa es o no realmente el que en justicia merece por su proceder ilícito. Pero aún suponiendo que así fuera, es al Estado únicamente a quien compete infligírselo; de ninguna manera al particular, que sólo tiene facultad para defenderse, no para castigar. Sostener lo contrario equivaldría a ver en la legítima defensa una finalidad punitiva que no puede ser aceptada. El daño sufrido por el agresor, a consecuencia de la defensa, es un mal producido por la necesidad de ésta, pero no un castigo por su conducta. Y resultado de esto último es que si sobrevive, deberá ser castigado por la autoridad, cuando menos como delincuente en grado de tentativa, por su agresión ilícita, sin que pueda relevarlo de la pena el daño que le causó el agredido al defenderse.²¹

¹⁹ *Op. cit.*, p. 443.

²⁰ *Op. cit.*, p. 532.

²¹ Ello es una consecuencia de que el derecho que se tiene, tanto en la legítima defensa

Examinada esta cuestión desde el punto de vista de la defensa social y de la peligrosidad del delincuente, se llega a idéntica conclusión. Es evidente que el injusto agresor revela peligrosidad por el ataque sin derecho a bienes jurídicamente protegidos, en tanto que el tercero inocente, a quien se sacrifica en estado de necesidad, no revela peligrosidad alguna. Pero esa no es una razón para ser más riguroso con esta última exigente, pues el acto no tiene más finalidad que salvar los bienes amenazados; de ninguna manera es una medida de seguridad tendiente a regenerar o a excluir al sujeto peligroso, para defensa de la sociedad. La prevención contra esa peligrosidad corresponde tomarla únicamente al Estado, no al particular. De otra manera, el problema queda defectuosamente planteado, pues el acto defensivo, tanto cuando se trata del estado necesario como de la legítima defensa, se justifica en razón de la necesidad que hay del mismo para salvar bienes jurídicamente protegidos que se encuentran amenazados y nunca en razón de la peligrosidad que revela el causante de esa amenaza, que crea la situación de peligro para los mismos.

En conclusión, puede sostenerse que lo único que permite diferenciar la legítima defensa del estado de necesidad es que en la primera se sacrifican bienes de quien causó el estado de peligro, en tanto que en el segundo, se sacrifican los del que no lo causó. Y esto puede verse con mayor evidencia en el problema que plantea y resuelve Edmundo Mezger al sostener que “la lesión de terceras personas causada con motivo de la legítima defensa no queda cubierta por ésta. . . el atacado puede alegar frente a terceros neutrales. . . el llamado estado de necesidad. . .”²² Solución ésta por la que se decide dicho autor, aunque reconociendo que el problema es controvertido por la diferencia de opiniones que hay al respecto entre los autores.

Entrando ahora a examinar los elementos que de acuerdo con nuestra ley requiere el estado de necesidad como causa de justificación, encontramos los siguientes. El artículo 15 del Código Penal, en la fracción antes transcrita que establece esa excluyente, habla de “la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro”. Esta expresión no es del todo exacta a nuestro modo de ver, pues no existe propiamente necesidad de salvar la persona o los bienes, ya que en definitiva el amenazado tiene la posibilidad de optar libremente por el sacrificio de ellos. De lo que existe necesidad, estrictamente hablando, es de

como en el estado de necesidad, es el de defenderse contra el peligro en sí mismo y no contra la perversidad del que lo causa. Esta última resulta irrelevante para la defensa, por lo cual la situación no cambia en ambas excluyentes.

²² *Tratado de derecho penal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. de la Revista de Derecho Privado, t. 1, núm. 31, pp. 386-388.

sacrificar bienes ajenos, jurídicamente protegidos, para salvar los propios o los de un tercero a quien queremos defender. Se trata, en el fondo, de una imposible coexistencia de bienes (de una colisión, dicen los autores), es decir, de una situación en que, resultando incompatibles entre sí dos bienes, precisa sacrificar uno de ellos para salvar al otro.

Pero el fundamento objetivo del estado de necesidad, que le da su valor justificante, consiste en que el bien sacrificado sea el de menor valor, con objeto de que se salve el más valioso. En esta diferencia de valor en los bienes se basa el interés de la sociedad por la acción salvadora que se realiza en estado de necesidad y que al igual que en la legítima defensa, no constituye una negación del derecho sino una afirmación del mismo, supuesto que pone a salvo el bien de mayor valor, evitando con eso una pérdida objetiva para la sociedad. Así pues, obrar en estado necesario será una conducta legalmente justificada y por tanto no delictuosa, cuando en el conflicto de dos bienes de valor diverso, se salva el más valioso de ellos, sacrificando al otro. Pero carecerá en cambio de justificación esa conducta si ocurre a la inversa, con lo cual el acto realizado tendrá que ser inculparable.²³

Este planteamiento del estado de necesidad como causa de justificación, no deja de presentar ciertos problemas. El primero de ellos, es el que se refiere a la valoración objetiva de los bienes en conflicto; el segundo se presenta cuando los bienes son de igual valor y el que se sacrifica vale tanto como el que se salva. Una tercera dificultad, que complica aún más las anteriores, se da en el caso de salvación de bienes ajenos, es decir, de los que pertenecen a otra persona diversa de la que lleva a cabo esa salvación.

Al respecto dice Carranca y Trujillo:

Con penetrante análisis el maestro Jiménez de Asúa distingue dos grandes grupos de casos de estado necesario: *a*) caso de conflicto entre bienes o derechos desiguales; y *b*) caso de conflicto entre bienes o derechos iguales. El primer grupo, cuyo ejemplo es el conflicto entre vida y propiedad, se resuelve fácilmente con la preeminencia del interés mayor evidente, o sea la vida, es decir, objetivamente conforme a la teoría de la colisión de bienes o derechos,

²³ Este es un principio general que rige forzosamente al estado de necesidad como causa de justificación, aun cuando la disposición vigente en nuestro Código Penal lo haya lamentablemente omitido. También el Código de 1929 dejó de ponerlo, a diferencia del Código de 1871, que sí lo contenía de manera expresa. Por fortuna, a pesar de esa omisión, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio de considerar como requisito para que opere la justificación en el estado de necesidad, la desigualdad de los bienes, considerando indispensable que sea el de mayor valor el que se salve a costa del menos valioso. Esta tesis puede verse entre otras en las siguientes ejecutorias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación*, vol. xxvii, segunda parte, amparo directo núm. 3685/59 p. 49; vol. xxi, segunda parte, amparo directo 7072/58, p. 43 y vol. xxiv, segunda parte, amparo directo 1866/57, p. 50.

subjetivamente a la de la falta de peligrosidad del agente. El segundo grupo, cuyo ejemplo clásico es el de la *tabula unius capax* disputada por dos naufragos, examinado ya por Carnéades, sólo puede resolverse reconociendo la vuelta a la naturaleza, la ausencia de materia jurídica propia. Este caso ofrece la particular dificultad de la intervención de terceros, cuya justificación debe dejarse al libre arbitrio del juez sin que la ley deba precisar grado de parentesco, vinculación amistosa o sentimental, etcétera.²⁴

Por su parte Sebastián Soler se expresa sobre el tema del estado de necesidad, como sigue:

Distintos criterios acerca de su carácter. Es por ello que la naturaleza de esta causa de exclusión de pena es aún profundamente discutida. Mientras unos sostienen que la necesidad no torna lícito el hecho, sino que determina sólo una renuncia del Estado a la punición, otros sostienen la licitud de ese acto, en perfecta paridad con las demás causas de justificación. Finalmente, para otros es indispensable hacer diferencias según la importancia del bien sacrificado con relación al bien salvado, concluyendo en que el hecho es lícito, si el bien sacrificado es menos valioso, ilícito en caso contrario, e irrelevante, si se trata de bienes equivalentes. Para este último tipo de doctrinas jurídicas es esencial el resultado de la comparación de los bienes jurídicos, para hacer de ellos una apreciación valorativa.²⁵

El primer problema, o sea el relativo a la comparación de valor entre los dos bienes en conflicto, tiene que revestir un carácter netamente objetivo, es decir, vinculado a la valoración que de esos mismos bienes hace el derecho. Para esto se ha propuesto por los autores tomar como un primer criterio de valuación la diversa gravedad de las penas con que la ley tutela a los distintos bienes jurídicos, castigando la lesión de ellos. El mismo Sebastián Soler sostiene tal opinión como sigue:

Para efectuar esa comparación, está en primer lugar la valoración que importa la ley penal misma cuando, al clasificar los distintos bienes jurídicos, sanciona con diversas escalas penales su violación, de una manera que la magnitud de esas sanciones es ya un criterio positivo de valoración. Si ese procedimiento, sin embargo, no fuere concluyente, deberá recurrirse a la interpretación sistemática. Pero en este punto debemos rechazar una vez más el criterio de limitación a que conduce el punto de vista de Mezger, para el cual, en la valoración de bienes, es decisiva la norma de cultura; o la idea del derecho, con lo que se va a parar a un estado de necesidad suprallegal, cuyo contenido se pierde en vagas consideraciones sociológicas.²⁶

La opinión de Edmundo Mezger, criticada en la anterior cita, se halla expresada por este autor en los siguientes términos:

²⁴ *Op. cit.*, cap. xiv, núm. 177, p. 327.

²⁵ *Op. cit.*, t. 1, p. 420.

²⁶ *Ibid.*, t. 1, p. 421.

..La apreciación valorativa material que a consecuencia de dicho carácter ha de hacerse ahora, se realiza con otros medios jurídicos de auxilio. Ante todo, teniendo en cuenta las valoraciones de los bienes jurídicos que se deducen de la ley, como la que se desprende, por ejemplo, de la gravedad de las penas con que se sancionan los diferentes delitos; pero, en segundo término y en los casos que este criterio legal no nos conduzca a la meta deseada, con arreglo a consideraciones "supralegales", pero siempre jurídicas, tomando en consideración al efecto las concepciones culturales de índole general y, en último término, la idea misma del Derecho.²⁷

Ciertamente, las diversas escalas de penalidad que la ley establece para los delitos, constituyen una expresión de lo que para el derecho significan los bienes tutelados con ellas. Pero no es ésta la única manera como el derecho expresa su diferente estimación para los bienes. Creemos que pueden encontrarse otros criterios reveladores de esa estimación y, por lo mismo, del diferente valor de aquéllos, que pueden ser tomados en cuenta frente a este primer problema que plantea el estado de necesidad. Así, dentro del mismo campo del derecho penal, se revela, por regla general, un mayor interés social en el caso de los delitos que se persiguen de oficio que en el de aquellos que requieren para su persecución la querrela del ofendido. Si pasamos a otras ramas del derecho también encontramos importantes criterios de valuación de los bienes. El derecho civil manifiesta la diversa importancia que da a los mismos, con disposiciones tales como las que establecen los diversos plazos para adquirir bienes por prescripción positiva o para extinguir derechos con la negativa; las que establecen la posibilidad o la imposibilidad de renunciar ciertos derechos, sobre todo en las relaciones de familia; las que tutelan la libertad de manera más o menos enérgica con exigencias ineludibles de forma o de solemnidad que necesariamente deben guardarse, como ocurre con los contratos y con los testamentos; pero, sobre todo, es más notoria esta desigual estimación de los bienes dentro del campo del derecho privado, con la preferencia que para el pago de ciertos créditos privilegiados se establece, tales como los alimenticios y los de trabajo. En los derechos procesal y administrativo también pueden encontrarse valiosas diferenciaciones en el tratamiento que se da a los bienes para su debida protección. Ellas se encuentran expresadas en disposiciones tales como las que establecen la inembargabilidad de ciertos bienes y derechos y también en la mayor o menor expeditéz del procedimiento que debe seguirse para hacer efectivos éstos, que va desde el juicio ordinario, de amplios y dilatados términos hasta el especial y ejecutivo y que alcanza su mayor expresión en el caso de los

²⁷ *Op. cit.*, p. 392.

créditos fiscales, con el procedimiento económico-coactivo que se sigue para cobrarlos.

Es indiscutible que de todas estas diferentes maneras que el derecho emplea para la protección de los bienes, se deduce el diverso valor en que los estima, y podría, a consecuencia de ello establecerse una jerarquía que permitiera —en un momento dado— distinguir el bien de mayor valor. Esto tiene particular importancia, principalmente, cuando se trata de aplicar el estado de necesidad a la revelación de secretos como justa causa para la misma, tema éste que trataremos más adelante.

La razón de considerar al estado de necesidad como causa de justificación, se funda, en el caso de la desigualdad de bienes, en la salvación del más valioso. En otros términos, se justifica en función del interés preponderante o, lo que es lo mismo, en el principio del mal menor. A este respecto se expresa con toda razón Fernando Castellanos, como sigue:

Sólo desde un punto de vista objetivo, en razón de la esencia misma del elemento del delito antijuridicidad, cuyo nacimiento se impide, puede encontrarse el fundamento de esta causa de justificación y no puede ser otro que el valor preponderante que dentro de la jerarquía de los bienes en colisión, tiene el que se salva con relación al sacrificado.²⁸

Muy diferente es la situación, cuando los dos bienes en conflicto son de valor igual y, por lo mismo, el sacrificado vale tanto como el que se salva. Ejemplo clásico de estos casos, que se cita frecuentemente en la doctrina, es el que mencionó Carrancá y Trujillo en el pasaje de su obra que más arriba transcribimos, o sea el de la tabla de los naufragos, cuyas vidas en conflicto hacen que para salvarse uno de ellos tenga que sacrificar al otro. La respuesta que da dicho autor para solucionar este problema, siguiendo con ella la opinión de otros que piensan de igual manera, consiste en decir, como ya lo expresa el mismo pasaje suyo, que “sólo puede resolverse reconociendo la vuelta a la naturaleza, la ausencia de materia jurídica propia”. En otros términos, no sería ya, según esto, la salvación del bien más valioso la que justificara el acto, serían solo las fuerzas ciegas e inevitables del instinto de conservación las que podrían, si no justificar la conducta, por lo menos librar de la pena al que se salva sacrificando a otro. De esta misma opinión es Fernando Castellanos, como lo revela, el siguiente pasaje suyo:

... Ya dijimos que si los bienes son desiguales, sólo que el sacrificado sea el de menor entidad, se integrará una causa de justificación, porque el Derecho, ante la imposibilidad de conservar ambos, permite que aún con pérdida del menor,

²⁸ *Op. cit.*, p. 205.

se salve el de más valía. Pero tratándose de intereses o bienes iguales, la doctrina presenta diversas soluciones. Algunos sostienen que el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable en función de la no exigibilidad de otra conducta; mientras otros aseguran que existe un perdón o una excusa —criterio este último que nosotros compartimos—, ya que el Estado no puede exigir el heroísmo. En resumen: la conducta del que sacrifica un bien para salvar otro del mismo rango, es delictuosa, pero debe operar en su favor un perdón o una excusa, puesto que el Poder Público no puede exigirle otro modo de obrar. . .²⁹

Este punto de vista no es compartido por Sebastián Soler, quien adopta un criterio subjetivo para resolver el problema que se presenta ante la equivalencia de los bienes en conflicto, diciendo que:

La comparación de dos bienes como dos vidas sólo objetivamente desde el punto de vista de un tercero, puede significar una igualdad. Pero no es ese el punto de vista correcto, sino el subjetivo. Y bajo este aspecto es tan evidente que la vida propia es un bien mayor —el sumo bien del hombre— que al que sabe inmolarla para salvar a otro lo honramos como héroe. En caso, pues, de conflicto de bienes objetivamente equivalentes, la apreciación de ellos desde el punto de vista subjetivo nos permitirá resolver si nos hallamos o no ante una justificante. . .

Esta última solución es, sin embargo, peligrosa, pues el abrir camino a la comparación solamente subjetiva de los bienes, podría conducir al extremo de una valoración puramente individual y, por lo tanto, egoísta de los mismos. Así podría darse el caso de que se justificara el sacrificio de bienes de indiscutible valor objetivo y utilidad social para salvar otros de irrisorio valor. Por ello es que el mismo Soler se apresura a añadir a continuación:

. . . Pero siendo que al remitirnos al punto de vista del necesitado no nos entregamos a un subjetivismo desenfrenado, sino que adoptamos el criterio de un hombre medio (ni un héroe, ni un perseguido), no podrá llevarse la justificación hasta el caso en que por evitar un mal menor se cause uno más grave, pues tal hipótesis queda, por su valor objetivo y subjetivo, excluida del estado de necesidad.³⁰

Sobre este punto es interesante también conocer la opinión de los teólogos moralistas, que aporta alguna luz sobre el asunto. El Reverendo Padre Antonio Peinador Navarro C. M. F., al estudiar el estado de necesidad advierte que:

El homicidio indirecto, aún respecto de persona inocente, puede ser a veces lícito. La acción entonces, o la omisión homicida, se dirige objetiva y subjetiva-

²⁹ *Op. cit.*, p. 275.

³⁰ *Op. cit.*, t. 1, p. 429.

mente a otro fin, con la consecuencia inevitable de una muerte ni querida ni intentada.

Es de notarse la extraña aproximación que hay entre estos principios de la moral católica y las ideas que respecto del mismo tema sostiene la escuela positiva, al exigir que en el estado de necesidad no debe obrar por móviles antisociales el actuante, para que pueda quedar justificado. Y más adelante, refiriéndose el mismo teólogo precisamente al caso de la tabla de los naufragos, añade:

Adviértase, sin embargo, que, en el homicidio indirecto, la muerte nunca es fin próximo u objeto inmediato de la acción u omisión de que se sigue ni de la intención del agente. Si fuera objeto inmediato o fin necesario de la acción, se trataría ya de homicidio directo, siempre ilícito tratándose de un inocente. No es lo mismo matar para salvar la vida que salvar la vida haciendo o dejando de hacer algo encaminado a la defensa propia de lo cual, sin embargo, se sigue ocasionalmente la muerte ajena. Lo primero es ilícito, por tratarse de homicidio directo. Lo segundo es lícito, pues el homicidio es indirecto, en circunstancias que hacen no imputable moralmente al voluntario en su causa. Según esto, no será lícito matar a tiros o lanzar por la ventana o por la borda del barco a quien está poniendo en peligro mi vida con su peso o su presencia. En cambio, si un naufrago hace por asirse a la tabla que me sostiene, con peligro de hundirnos los dos, lícitamente se lo impido, aún previendo que se ahogará.³¹

Por nuestra parte, creemos que hay que distinguir dos situaciones diferentes: una en que la igualdad de los bienes en conflicto no existe sino en apariencia; otra, en que esa igualdad es real. Ejemplo de la primera es el caso que presenta en la anterior cita el padre Peinador, tal como él lo plantea, o sea, cuando de no sacrificar un naufrago al otro, perecerían ambos. Es evidente que en tal caso el sacrificio de una vida se justifica como medio para evitar la pérdida de dos, que resultaría un mal mayor.

En el otro caso es cuando realmente se presenta el conflicto entre salvar la vida propia, sacrificando la ajena, o salvar esta última con el sacrificio voluntario de la primera, supuesto que no pueden subsistir ambas. Este conflicto es el que constituye, en realidad, el caso más dramático dentro del estado de necesidad y que resuelven de distinta manera los autores, de acuerdo con las exposiciones que de ellos hemos hecho antes, pero coincidiendo todos en una cosa: en eximir de pena a quien salva su vida a costa de la de otro. En lo que difieren es en el

³¹ *Tratado de moral profesional*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1962, 1ª parte, cap. v, núm. 177 y 178, pp. 96-97.

fundamento que dan a esa eximisión, que va desde el derecho a salvarse —verdadero estado de necesidad como causa de justificación— hasta la simple excusa absolutoria que remite la pena, pero sin dejar de considerar antijurídico al acto.

Ante esa discrepancia nos inclinamos a pensar que, aún en este último caso o sea en el de conflicto de dos vidas, existe verdadero derecho para salvar la propia del peligro, aunque al hacerlo se ponga a otra, sin quererlo directamente, en el mismo peligro de que aquélla se salva. El principio moral cristiano de que la caridad comienza por uno mismo, lleva a esta conclusión. Y, por lo demás, conocida es la opinión externada por los moralistas en el sentido de que la obligación evangélica que tiene todo hombre de amar a su prójimo como a sí mismo, no implica la de amarlo más que a sí mismo.³² Por consiguiente, si la salvación de la vida propia en tales casos es moralmente lícita, es porque se hace con derecho. Por supuesto que tal derecho es renunciabile y también lícitamente se pueda sacrificar la vida propia, prefiriendo la ajena. Pero esto ya es un

³² A este respecto nos parece útil hacer dos citas de importancia. Los reverendos padres Dominicos Francisco de Lárraga y Pedro Lumbreras dicen lo siguiente: "P. ¿cuál es el orden de la caridad? R. Que vida espiritual, por vida espiritual; vida temporal, por vida temporal; honra, por honra, y hacienda, por hacienda; primero se ha de socorrer a sí mismo que al prójimo..." Y párrafos más adelante presentan estos mismos teólogos el ejemplo que sigue: "P. Yo me hallo en extrema necesidad de la vida y me siento en estado de gracia y veo a otro que está también en extrema necesidad de su vida corporal como yo y a más de esto está en pecado mortal y se ha de condenar si muere, ¿estaré obligado a socorrerle con mi comida, aunque yo haya de morir de hambre? R. Que no, porque la comida es, *per se*, medio para la vida natural y no para la espiritual; y en la vida natural primero soy yo que el prójimo" (*Prontuario de Teología Moral*, t. I, núms. 339 y 340, pp. 230-231).

Otra obra reconocidamente autorizada como es el *Diccionario de Ciencias Eclesiásticas*, escrito por los doctores Niceto Alonso Perujo y Juan Pérez Angulo en colaboración con otros teólogos y bajo la dirección de diversos obispos españoles, expresa lo siguiente acerca del tema que nos ocupa, en el artículo llamado "defensa natural", contestando la pregunta de si ésta es simplemente permitida o mandada y con qué derecho: "...En la nueva alianza, Cristo hace del amor de sí la regla del amor del prójimo; pero el modelo vence a aquéllo de que es la regla, y por tanto no pudo exigirse rigurosamente de un hombre el sacrificio de su vida a la de otro. Mucho más es de derecho que el amor de sí dé el medio de conservarse, considerando en sí misma y de una manera abstracta la defensa de la propia existencia, y del derecho a la existencia, sin consideración a la de otro." Más adelante y después de sentar el principio de la desigualdad de bienes, con obligación de sacrificar el de menor valor al de mayor, y la imposibilidad de resolver el conflicto de otra manera, principio aplicable tanto a la legítima defensa como al estado de necesidad, reconoce este último expresamente la obra que venimos citando, en los siguientes términos: "Con estas reservas la defensa natural es tanto de derecho divino como humano, no sólo contra el agresor injusto, sino aún contra el inocente, que a pesar suyo amenaza nuestra vida o nuestra propiedad." Y en párrafos posteriores, refiriéndose al caso de bienes iguales en conflicto, añade: "Cuando dos personas son iguales, la conservación personal es la que hace inclinar la balanza; fuera de ella, el interés personal debe ceder al interés común, pues aquél contra quien se defiende tiene en este último caso un derecho mayor." Y por último, ocupándose del tan traído y llevado ejemplo de la tabla de los naufragos, añade: "Si de dos naufragos una misma tabla no puede salvar más que a uno, siendo igual el derecho a la existencia, el de la defensa personal es quien decide; ..." (Valencia, España, Imprenta de Domenech, 1885, t. III, pp. 448-449).

acto de generosidad heroica que rebasa, por regla general, los límites de toda obligación moral o jurídica. Y si la moral así lo admite, el derecho no puede ir en sus exigencias más lejos que ella. Por tanto, la salvación de la vida propia con derecho, de ningún modo puede ser anti-jurídica. El estado de necesidad crea en tales casos una verdadera causa de justificación.

El último problema que presenta dicha excluyente, según la división que hicimos al comienzo, es el de la existencia del derecho a salvar los bienes de un tercero. Porque, efectivamente, ¿qué derecho tengo yo para sacrificar bienes ajenos con el fin de salvar otros que también me son ajenos? Esta conducta creemos que solamente puede justificarse en atención a dos circunstancias: primera, que los bienes ajenos que salvo, sean de mayor valor que los que sacrifico. En este caso, lo mismo que cuando se trata de salvar bienes propios, la desigualdad de valor es el fundamento de la justificación siempre que el que se salve sea el bien más valioso, en virtud del principio del mal menor. Y segunda, que sí los bienes son de valor igual, los que yo salve, aunque ajenos, estén más vinculados conmigo que los que sacrifico, por alguna razón jurídicamente reconocida, como podrían ser, por ejemplo, el parentesco o la amistad —ambos en grado apreciable— con el propietario de los bienes salvados, la gratitud o afecto míos para con él y también la categoría o importancia colectiva de dicho propietario (como cuando se salvan bienes del Estado a expensas de otros de escaso interés social) o, por último, la obligación que yo tenga de defender los bienes de cuya salvación se trata. En este último caso colinda ya el estado de necesidad con otra causa de justificación de que nos ocuparemos en el capítulo siguiente, o sea el cumplimiento de un deber legal.

Procede ahora examinar los elementos que conforme a nuestra ley penal configuran el estado de necesidad. El primero de ellos es la existencia de una situación de peligro, es decir, la presencia de fuerzas que, como en la legítima defensa, amenacen dañar o destruir bienes jurídicamente protegidos. Esas fuerzas pueden ser de carácter material o moral, dada la amplitud de la disposición y los bienes pueden ser también de cualquier naturaleza (vida, integridad psicofísica, patrimonio, reputación, etcétera).

Es exigencia expresa de la Ley que el peligro debe reunir tres cualidades: *a)* Debe ser real, esto es objetivo, producido por causa exterior al sujeto. Un peligro imaginario no crea derecho; no puede existir en tal caso estado de necesidad. *b)* Debe ser grave. Con un peligro leve no se da el supuesto que excluye la incriminación. Y, por último, *c)* Debe ser inminente, esto es, de efecto inmediato, próximo a causar el daño.

A esta última característica del peligro es aplicable lo que ya dijimos de ella al tratar la legítima defensa, en la que también se exige.

De estos tres requisitos que el peligro debe reunir (si falta alguno de ellos ya no se configura la excluyente), el segundo es el más difícil de determinar, porque el concepto de gravedad es siempre relativo. Implica medir una intensidad que está en relación, tanto con el valor que representan socialmente los bienes como con la magnitud del daño que amenaza causárseles. ¿En qué punto cesa un peligro de ser leve y adquiere la gravedad requerida para que exista estado de necesidad? La ley deja en pie el problema. Sólo el arbitrio del juzgador lo podrá resolver en cada caso, atentas las circunstancias.

En la legítima defensa se exige proporcionalidad en los daños, el causado con la defensa y el evitado con ella, no necesariamente gravedad en este último. Pero para el estado necesario la disposición cambia. No basta esa proporcionalidad. Si el daño que amenaza es leve (¿y podremos decir siempre con seguridad que lo sea?) no hay derecho a la salvación del bien, aún cuando ella se realizare causando otro daño también leve.

Y finalmente, a semejanza de lo que la ley dispone para la legítima defensa, en el estado necesario exige dos requisitos negativos consistentes en la ausencia conjunta de dos circunstancias (la presencia de cualquiera de ellas impedirá que haya estado de necesidad): primera, que para la salvación no exista otro medio practicable y menos perjudicial y segunda, que el defendido no tenga deber legal de sufrir el peligro por razón de su empleo o cargo.

El primer requisito negativo implica que no haya habido para defenderse otro medio practicable, es decir factible, que haya estado al alcance de quien efectuó la salvación del bien; siempre que dicho medio fuera tan eficaz para la defensa como el que se empleó y que además hubiera sido menos perjudicial que este último. Es decir que, en caso de haberse utilizado, hubiera producido un daño menor que el que se causó.

Este primer requisito presenta semejanza con los que tiene la defensa legítima, consistentes en que la ley exige que la agresión no haya sido prevista ni se haya podido evitar fácilmente por otros medios legales y también exige que haya habido necesidad racional del medio empleado en la defensa. Se ve aquí la manifiesta proximidad que existe entre las situaciones amparadas por ambas excluyentes. En la legítima defensa hay también un estado de necesidad ("necesidad racional" la llama la ley, del medio lesivo empleado para defenderse) y a su vez este último estado, el de necesidad, entraña un derecho de defensa que excluye la responsabilidad penal por el daño que con su ejercicio se causa a los bienes ajenos. En ambos casos ese daño debe ser indispensable para librarse del peligro que amenaza y, por tanto, cuando se causa más del ne-

cesario, se configura el exceso. Ya hemos visto que la defensa legítima queda convertida en atenuante (deja de ser excluyente) a consecuencia de ese exceso. Pero como para el estado de necesidad nada dispone la ley al respecto, debe estimarse que cuando no resulta indispensable el medio empleado, por haberse podido utilizar otro menos perjudicial, tal exceso destruye por completo la excluyente, privándola de todo efecto justificante y aún atenuante de la pena; si este último puede hacerse valer, ello será tan sólo en uso del arbitrio judicial y dentro de la escala penal que corresponda al delito, pero no por efecto de una disposición expresa de la Ley.

El segundo requisito negativo que la ley exige para el estado necesario, como decíamos antes, consiste en la ausencia de todo deber de sufrir el peligro por razón de algún empleo o cargo. Es curioso que aquí volvamos a encontrar dos de los conceptos —empleo o cargo— que la ley utiliza en la descripción del delito de revelación de secretos y a los que ya nos referimos en el capítulo segundo. Parece poderse establecer, como principio general, que el derecho a defenderse desaparece por alguna de estas dos causas: por haber creado la situación de peligro o por tener el deber legal de sufrirlo, causas que deben existir en la persona que se encuentra en el peligro y no en la que realiza el acto defensivo, cuando ambas son diferentes.

Estas dos causas operan de manera diversa en la legítima defensa y en el estado de necesidad, según puede verse en un examen comparativo de ambas excluyentes. Por lo que toca a la primera causa, o sea la circunstancia de haber creado el peligro, se encuentra reconocida por la ley, en cierto modo, en la legítima defensa, al exigirse, como requisito negativo de ella, que el agredido no haya provocado la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ésta. En cuanto al estado de necesidad, nada dispone la ley a este respecto, pero estimamos que el principio general debe regir también en el caso, pues sería absurdo reconocer el derecho a sacrificar bienes ajenos para librarse de un peligro, cuando éste fue creado culposa o aún dolosamente, por la misma persona que sufre el estado de necesidad causado por ella. Sostener lo contrario conduciría a permitir el abuso de esta excluyente.

Por lo que toca a la segunda causa extintiva del derecho a defenderse, o sea la existencia de un deber legal de sufrir el peligro (más correctamente se debería decir de correr el peligro y sufrir el daño), requiere mayores explicaciones. La ley la reconoce en forma expresa para el estado de necesidad, en los casos en que dicho deber existe por razón de algún empleo o cargo. Soler cita a este respecto como ejemplos el caso de los bomberos y el de los marinos. En términos generales, tal obligación puede provenir de la misma ley, que la haya impuesto unilateralmente

al obligado sin consideración a su voluntad, o bien de que este último la haya aceptado voluntariamente, ya sea en forma expresa o tácita. Es decir, que el deber de correr un peligro y sufrir el consiguiente daño, es incompatible con el derecho a defenderse del mismo, tratándose del estado de necesidad. Cosa muy diferente ocurre con la legítima defensa en este punto, pues ni la ley dispone nada al respecto, ni sería procedente, ya que no puede existir deber alguno —legal o convencional— de sufrir daño cuando éste proviene de una causa antijurídica como es la injusta agresión. Esta tiende a violar el derecho y la función de la defensa legítima es evitar esa violación. Suponer en el agredido un deber legal de sufrirla sería tanto como aceptar la posibilidad de que se tenga obligación legal de soportar lo ilegal, o sea de tolerar la violación al derecho.

IV. Terminado este somero análisis de los requisitos que nuestra ley exige tanto para la legítima defensa como para el estado de necesidad, procede ahora examinar la forma como operan ambas excluyentes respecto del delito de revelación de secretos en particular, que es el que aquí estudiamos.

Ya hemos dicho antes que en este caso no solamente producen el efecto de destruir la antijuridicidad del hecho —como la destruyen en cualquier otro delito las causas de justificación— sino que además destruyen la tipicidad del mismo, ya que, tratándose del delito de revelación de secretos, la ausencia de justa causa (causa de justificación) está exigida por la ley como elemento integrante de éste.

En el caso del delito de revelación, creemos que ha sido poco estudiado el tema de la forma como operan las dos excluyentes mencionadas, pues aún la misma legítima defensa, que se encuentra mucho más explorada en la doctrina que el estado de necesidad, presenta una notable deficiencia en su estudio cuando se trata de aplicarla al delito que nos ocupa. Y es que los autores, generalmente preocupados en investigar qué bienes pueden ser protegidos por la defensa, se aplican poco o nada a estudiar cuáles son los que pueden sacrificarse con ella. En otros términos, queda aún mucho por hacer para determinar qué hechos pueden resultar inincriminables por efecto de la legítima defensa, así como la forma y condiciones en que han de serlo.

Carranca y Trujillo dice que esta excluyente fue establecida en las leyes inicialmente como aplicable sólo a delitos “contra la vida e integridad corporal” y no fue sino hasta que apareció el Código Penal de Baviera (1813), que se la hizo aplicable a cualquier delito, consignándola en la parte general de dicho Código.³³ Ello demuestra la progresiva am-

³³ *Las causas que excluyen la incriminación*, cap. XII, núm. 161, pp. 286.

pliación legislativa y doctrinaria del concepto, originalmente estrecho, del derecho de defensa en general. En la actualidad esa ampliación impone una estudiosa revisión de los casos a que puede aplicarse, entre los que se encuentra el del delito de revelación de secretos, que es el tema que nos ocupa.

Nuevamente acudimos en este punto a las ilustrativas explicaciones que dan algunos teólogos moralistas, quienes por el casuismo de sus soluciones y por la naturaleza de los principios en que las fundan, les dan notoria utilidad para resolver en buena parte las cuestiones que al derecho interesan.

Los reverendos padres Lárraga y Lumbreras O. P., al abordar el problema de la determinación de los casos en que puede ser lícita la revelación de secretos, expresan lo siguiente:

42. . . 1º Es cierto que se puede revelar el secreto encomendado cuando es necesario para el bien común o para evitar el daño grave de un inocente o del mismo que encomendó el secreto; y más probable y más comúnmente también para evitar un grave daño propio. 43. 2º Es cierto que se puede revelar el secreto prometido no sólo cuando peligra el bien común, el bien del inocente o un bien mayor de quien encomendó el secreto, sino también cuando nos amenaza un daño que no prometimos sufrir antes que revelar el secreto. . . 44, 3º Es cierto que se puede revelar el secreto natural siempre que la caridad no dicte que sacrifiquemos el bien propio o ajeno a la fama del prójimo. Pero advertido que en todos estos casos la revelación debe hacerse con el menor perjuicio posible del interesado en el secreto. . .³⁴

Es interesante también la referencia que estos autores hacen al estado de necesidad —aunque sin designarlo con este nombre— como causa justificante de la revelación de secretos, siendo de notar la mayor resistencia que existe para admitirlo como tal, en comparación con la legítima defensa, lo que puede observarse en la siguiente cita:

Disputan los autores si la revelación es o no lícita cuando el daño que amenaza no viene precisamente de quien encomendó el secreto; si, por ejemplo, es permitido al abogado revelar el crimen de Juan, que se lo confió, para librar de la pena a Pedro, que otros han acusado como reo. Más convienen en afirmar la licitud, si el daño que amenaza viene determinadamente de quien hizo la confidencia. Así el abogado que por confesión de su cliente sabe ser éste quien cometió el crimen, puede delatarle si él se obstina en acusar a un inocente como autor del crimen en cuestión. . . Y es que en casos de este género quien confió el secreto es injusto agresor, contra el cual la defensa es lícita. . . Y al decir lícita, supongo que se cumplen las otras condiciones que pide la defensa justa contra el injusto agresor, a saber que el daño que se trata de evitar sea proporcionado al daño consiguiente a la revelación y que la revelación se haga con

³⁴ *Prontuario de teología moral*, t. II, Madrid-Buenos Aires, Studium de Cultura, 1950, pp. 225 y ss.

el menor perjuicio posible de quien encomendó el secreto; en otros términos, que no se revele más de lo necesario, ni se proceda a la revelación sino cuando, advertido (a ser posible) el interesado, éste no renunciara a su propósito. . .³⁵

Otro eminente moralista, el Rev. P. José Salmans S. J., expresa también su opinión con relación al asunto que nos ocupa, en los siguientes términos:

Ocurren circunstancias extraordinarias en que la conciencia permite o aún prescribe revelar los secretos, por lo menos a personas determinadas.

El derecho a la reputación en una persona que de hecho ha obrado mal, no es de tal manera estricto o absoluto, que no se permita nunca descubrirla. Se permite, en efecto, por una razón proporcionalmente grave, por ejemplo, por el provecho espiritual de un subordinado, cuya conducta incorrecta se comunica a sus padres o maestros, por interés apremiante del bien común, por grave necesidad de un tercero o aún del mismo que revela el secreto. Hay que pesar todas las circunstancias con la mayor prudencia, para decidir si estas razones autorizan una lesión más o menos notable de la reputación de otro.

Lo que acabamos de decir vale para el secreto natural, aunque por una promesa especial hubiese llegado a ser secreto prometido. Vale también, pero solamente por razones todavía más graves, cuando se trata del secreto conmisivo, incluso profesional.

Todas estas razones extraordinarias pueden resumirse en la regla siguiente, que aplica los principios fundamentales de la justicia y delimita de una manera razonable el convenio discrecional hecho, por ejemplo entre el abogado y su cliente. Se le podría decir al abogado: "Respecto de tu cliente cesa tu obligación de guardar secreto en la medida en que consiente o al menos debe consentir razonablemente el cliente; por consiguiente, tanto más fácilmente cuanto la revelación del secreto le sea menos pernicioso y por otra parte evite un daño mayor, por ejemplo, un atentado contra el bien común, un daño muy grave causado por tu cliente a un tercero, o, finalmente, un perjuicio extraordinario que te amenace a ti mismo." Precisemos esto con algunos ejemplos.

Si un abogado puede evitar un fallo judicial que condene equivocadamente a un inocente sin perjuicio ni peligro alguno para su cliente, no sólo puede, sino que debe evitarlo en principio.

Si tiene conocimiento de una conspiración contra la seguridad del Estado, puede y debe alejar el peligro, haciendo uso del secreto profesional y comprometiendo lo menos posible a su cliente. El principio *salus populi suprema lex est* prevalece sobre toda convención de orden privado.

Si, por declaración del cliente, conoce que éste combina las circunstancias para que sea condenado en su lugar un inocente, el abogado no puede favorecer en modo alguno semejantes manejos. Después de haberle exhortado inútilmente a mejores sentimientos, a falta de otro recurso deberá echar mano del secreto profesional en los casos graves, para evitar una condena inmerecida. El cliente procede como un agresor injusto, contra el cual se puede defender a la víctima, respetando lo más que se pueda al agresor. A primera vista puede parecer extraña tal solución. Pero nótese bien todas las circunstancias: este caso extremo debe parangonarse, en principio, con el siguiente, en el cual nadie

³⁵ *Ibid.*, p. 26, nota núm. 2 de pie de página.

tendría duda, sobre todo si el cliente hubiese revelado que preparaba un asesinato. Si, por el contrario, el cliente no es en absoluto causa de la condena eventual de un inocente, no es lícito delatarle para impedir el error de los jueces.

Por fin, si el abogado se entera por su cliente de que les amenaza a él mismo o a sus parientes algún peligro de muerte, puede valerse de aquella noticia para conjurar ese riesgo, aunque tal vez sea aconsejable como más noble el respeto estricto del secreto. El acuerdo hecho con el cliente no implica un rigor inhumano, que obligue al silencio en un caso tan grave, a no ser que medie estipulación expresa en tal sentido. Aun el bien común de la sociedad exige la exclusión de tanto rigor, porque serían precisamente los hombres más honrados los que abandonarían profesiones que condujeran a trances tan duros. . .

Por otra parte, en todos los casos precedentes, en los cuales no hemos desaprobado la revelación o el uso del secreto, el compromiso de silencio, razonablemente entendido, no comprende semejante eventualidad, y por lo mismo el cliente no puede protestar razonablemente contra esa revelación.

Pero en general evítese con cuidado todo laxismo en esta materia. Es muy de alabar, por un sentimiento bien entendido de honor y caballerocidad, mantener sistemáticamente todo el rigor y la santidad de este secreto y resistirse a priori a todo uso, aunque se cuente con el consentimiento explícito del cliente. Además, en los casos, sumamente raros, en que parezca obligatorio el hablar, se deberán ponderar primero con suma prudencia las circunstancias y consultar a personas prudentes y versadas en estas materias.³⁶

Después de exponer las anteriores opiniones de los moralistas, resumimos la nuestra en los siguientes conceptos. La guarda del secreto, impuesta como un deber al profesionista, constituye una medida de protección jurídica de diversos bienes, cuya integridad se lesiona con la revelación. Tal deber, sin embargo, no es absoluto, admite limitaciones fundadas en la falta de interés por parte del beneficiario o en la prevalencia de otro interés superior. En ambos casos existe lo que la ley designa como justa causa para revelar, cuyo efecto es hacer que la obligación de reserva cese y que la revelación deje de ser delictuosa. El concepto de justa causa, desarrollado por el derecho penal en la teoría de las causas de justificación, nos hizo agrupar a éstas en dos categorías: las causas de justificación abstractas, que estudiamos en el presente capítulo o sean la legítima defensa y el estado de necesidad y las causas de justificación concretas, que son el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber legales, las cuales habremos de examinar en el capítulo siguiente.

De las primeras podemos decir que se fundan en el hecho de que un peligro amenace bienes jurídicamente protegidos, pertenecientes al profesionista o a un tercero, cuya salvación sólo puede obtenerse mediante la revelación del secreto profesional. En tal caso, la defensa y salvación

³⁶. *Deontología jurídica*, Bilbao, España, El mensajero del Corazón de Jesús, 1953, cap. VIII, núm. 353, pp. 234 y ss.

de los bienes amenazados requerirán necesariamente el sacrificio de los que protege el deber de reserva; pero para que tal conducta pueda resultar justificada ante la ley y, por lo mismo, deje de ser antijurídica, se hace necesario que en el caso se cumplan los requisitos exigidos por la misma ley y los principios que la rigen, para la legítima defensa o para el estado de necesidad, según sea el caso. Ahora bien, tales requisitos ya examinados antes, revisten, cuando se trata de aplicarlos a la revelación de secretos, algunas modalidades que es preciso determinar.

La defensa llevada a cabo mediante la revelación tiene un carácter preponderantemente intelectual, ya que —esencialmente— consiste en la participación de un conocimiento que debería haberse mantenido intrasmisible mediante el secreto. De allí se infiere que los peligros de que defiende esa revelación tienen —en principio— también carácter intelectual y, cuando se originan en una agresión, la violencia revestida por ésta es, por regla general, de carácter moral.

Sin embargo, no debe darse un alcance absoluto a estas características de la defensa y del peligro, hasta el punto de excluir de ellos toda materialidad. El peligro puede presentarse como una amenaza de carácter moral o intelectual, pero seguida de efectos materiales constitutivos de daños de esta clase (por ejemplo, un peligro de lesión netamente jurídica a derechos patrimoniales, cuyo resultado último sea una pérdida de carácter económico). Por otra parte, la defensa realizada mediante la revelación puede solamente formar parte o —mejor dicho— ser el comienzo de una serie de medidas defensivas contra el peligro, entre las cuales llegue a haber algunas de carácter francamente material (como cuando a consecuencia de la revelación que se hace de un secreto a una persona, advirtiéndole del peligro, se provee esta de armas para llevar a cabo con ellas la repulsa de una agresión que amenaza su vida).

Por lo que toca al requisito de inminencia que el peligro debe tener de acuerdo con la ley, tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad, debe ser entendido en un sentido amplio y siempre en relación con la naturaleza de dicho peligro. Este requisito se halla en estrecha relación con el otro, que también exige la ley, consistente en que la agresión debe ser actual. Cuando el peligro que amenaza se inicia en forma inmaterial (aunque posteriormente produzca efectos materiales) no puede exigirse el mismo grado de inmediatez o instantaneidad que cuando se trata de un peligro material desde el comienzo.

La agresión ciertamente debe ser actual en el caso de la legítima defensa, como también debe serlo la situación de peligro cuando se trata del estado de necesidad. Pero esa actualidad requiere una contemporaneidad, una coincidencia cronológica entre el ataque —o peligro en su caso— y la defensa, no necesariamente instantáneas cuando se trata de peligros

inmateriales en su manifestación. Puede haber un lapso más amplio entre la aparición del peligro y la acción defensiva o salvadora, sin que por ello se pierda el requisito de actualidad —y por tanto el de inminencia— siempre que, desde luego, al momento en que se produzca aquella acción no haya cesado de existir el peligro.

Lo que se exige, según acertada expresión de Luis P. Sisco, es que “La agresión y la defensa, deben producirse sin solución de continuidad.”³⁷ Por eso es que cuando la defensa se efectúa mediante la revelación de un secreto, basta que subsista inevitablemente la situación de peligro o de agresión, para que aquélla se justifique, aun cuando no haya entre el ataque y la defensa la misma estrecha inmediatez que cuando son de carácter físico.

Otra cuestión importante que se presenta en el caso de que se trate de justificar la revelación profesional por efecto del estado de necesidad, es la posibilidad de que el abogado tenga la obligación legal, por razón de su profesión, de correr algún peligro y aun de sufrir el daño consiguiente. De aceptarse esto, habrá que concluir que carece de derecho para salvar sus bienes mediante una revelación que sacrifique los ajenos.

Cabe preguntar si la disposición de nuestra ley penal, que se refiere exclusivamente a empleo o cargo como razón para sufrir el peligro, es aplicable también en los casos de ejercicio libre de la profesión. Nos inclinamos por la afirmativa a este respecto. El espíritu de la ley, atentos los principios que rigen el estado de necesidad a que nos hemos referido antes, es el de restringir el derecho de salvación cuando a la actividad ejercida obligatoriamente sean inherentes, entre otros deberes, el de sufrir determinado riesgo. El ejercicio libre de la profesión de abogado se torna obligatorio por efecto del convenio con el cliente. Y si las circunstancias y modalidades de esa obligación implican para el profesionista asumir el deber de sufrir algún peligro, sea porque contractualmente lo haya aceptado o bien porque la ley se lo imponga, habrá para él obligación de sufrirlo. Por esta razón creemos que en tales casos no podrá justificarse la revelación del secreto por estado de necesidad del abogado. Hemos expresado antes y repetimos ahora que la obligación de correr un peligro y sufrir un daño es por naturaleza incompatible con el derecho a salvarse de éste, sacrificando bienes ajenos. Pero para que exista esa limitación al derecho de necesidad en el abogado se requiere, desde luego, que exista dicho deber concretamente en el asunto de que se trate.³⁸

³⁷ *Op. cit.*, p. 136.

³⁸ En cuanto a la posibilidad de que el abogado salve, no los bienes suyos sino los de un tercero en estado de necesidad, como en el caso que presentan los teólogos citados antes, en que para salvar de condena injusta a un acusado inocente tuviera que revelar el secreto que su cliente le confió, creemos que dicha posibilidad es remota y de difícil justificación. Desde el momento en que no es el cliente el autor de esa acusación injusta no hay agresión.

V. Queremos referirnos, por último, a la posibilidad de justificar la revelación del secreto profesional mediante las llamadas causas suprale-gales. Mucho se ha hablado sobre la posible existencia de excluyentes de responsabilidad suprale-gales, esto es, de causas atípicas, innominadas, diversas de las que la ley señala expresamente, pero que, por su seme-janza con éstas o por su contenido ético inincriminante, produjeran el mismo efecto que ellas.

Ciertamente no es éste el lugar indicado para estudiar el tema. Desde el punto de vista en que examinamos aquí las causas de justificación, que corresponde más bien a su señalamiento por la ley como elementos del tipo delictuoso de revelación, al exigir que ésta deba hacerse sin justa causa, carece de importancia el problema de que esa justa causa co-rresponda o no exactamente a alguna de las causas de justificación pre-vistas de modo expreso en la ley. Lo que interesa en el caso no es tanto su acción justificante, destructiva de la antijuridicidad del acto, sino su acción desintegrante de la tipicidad, al hacer que la revelación efectuada con justa causa no quede comprendida en el tipo delictuoso. Pero, inde-pendentemente de ello estimamos, como lo dijimos ya, que la legítima defensa y el estado de necesidad son susceptibles de interpretación exten-siva y amplia, debida a su generalidad, sin perder por ello sus efectos, a diferencia de lo que ocurre con las otras causas de justificación que estu-diaremos en el capítulo siguiente. Esa interpretación extensiva y amplia hace innecesario plantear el problema de las causas suprale-gales, pues la amplitud de las dos excluyentes que acabamos de estudiar —legítima defensa y estado de necesidad— permite extender la eficacia justificante de ellas a todos los casos en que el sacrificio de bienes ajenos, jurídicam-nte protegidos, venga a ser necesario para salvar otros que gozan de la misma protección, cuando se encuentran en peligro, respetando, desde luego, las debidas jerarquías y proporciones. No consideramos exacto que casos como el que presenta Carrancá y Trujillo,³⁹ que atañen preci-samente a revelación de secretos, no queden justificados por el estado

de su parte y, por lo mismo, no habrá legítima defensa contra él, sino salvación por estado de necesidad. Pero para que pueda operar esta excluyente cuando se trata de salvar bienes ajenos, ya hemos dicho que hay que tomar en cuenta la superioridad de valor de los bienes salvados frente a los sacrificados, caso en el cual resulta evidente la justificación. Ante bienes de igual valor, dijimos que había que atender, entre otras cosas, a la vinculación del salvador con el dueño de los bienes salvados o al deber que tuviera de proteger éstos. Ahora bien, la vinculación del abogado existe ante todo con su cliente. Para que pudiera revelar el secreto de éste con el fin de salvar bienes de un tercero, se requeriría que tuviera para con este último una obligación de protegerlo, mayor que la que tiene para con el cliente. ¿Bastará una vinculación mayor por razón de parentesco o gratitud para justificar la revelación? El caso en verdad no admite una respuesta fácil y segura.

³⁹ *Op. cit.*, núm. 31, p. 100.

de necesidad, previsto que reúnan todos los requisitos de esta excluyente, pues la interpretación amplia y extensiva de ella lo permite, sin que sea necesario acudir a la idea de supralegalidad para hacer esa interpretación.

Sebastián Soler se niega terminantemente a aceptar que existan causas de justificación supralegales, expresando que le parece indebido que “la justificación o la ilicitud de un hecho vaya a buscarse en principios trascendentes al derecho, pues aquí no se trata de la antisocialidad de la acción, sino de su antijuridicidad”.⁴⁰ Por su parte Fernando Castellanos, que acepta las excluyentes supralegales cuando se trata de causas de inimputabilidad, las rechaza también cuando se trata de las de justificación, porque “dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador”,⁴¹ con lo cual se aproxima bastante este autor a la posición de Soler.

Nuestra diferencia con la opinión sustentada por Carrancá y Trujillo a este respecto, nos parece que es más de palabras que de ideas. Estamos de acuerdo en justificar la conducta en el caso presentado por él como ejemplo, a que nos hemos referido más arriba. Solamente que esa justificación la fundamos en el estado de necesidad, aplicando esta excluyente en forma amplia, no restringida a su interpretación literal, sino más de acuerdo con la naturaleza y el espíritu de ella, solución ésta que rechaza la admisión en el caso, de otra excluyente diversa, que pudiera calificarse de supralegal. Interpretar una institución quiere tan sólo decir desentrañar por completo su sentido y darle todo el alcance que puede tener de acuerdo con su naturaleza, lo cual de ningún modo significa crear otra institución diversa.

Estado de necesidad y legítima defensa son dos causas excluyentes de responsabilidad con rico contenido jurídico, aún no completamente extraído, para justificar conductas; son dos moldes de elástica amplitud, con capacidad que se ha revelado cada vez más grande en la evolución del derecho. Por eso las llamamos causas abstractas de justificación, como expresamos al comienzo de este capítulo, a diferencia de las otras que estudiaremos en el siguiente. La posibilidad de interpretación amplia que tienen estas causas abstractas las hace capaces de exender sus beneficios, sin desnaturalizarse, mucho más allá de lo que una interpretación literal y estricta pudiera permitirlo.

⁴⁰ *Op. cit.*, t. 1, núm. vi, p. 252.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 184.