

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

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REPRESIÓN PENAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

André Perraud Charmantier se expresa al respecto como sigue:

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

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

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

Finalmente, la señora Olga Islas Magallanes dice al respecto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹² *Op. cit.*, 2, p. 412.

¹³ Pacheco, *op. cit.*, p. 412.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante añade:

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

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

Finalmente, Soler dice a este respecto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El discutido problema del origen contractual o extracontractual del se-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A conclusión semejante llega la señora Islas Magallanes cuando expresa:

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ *Op. cit.*, nota núm. 33, p. 41.

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

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

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

Y más adelante añade:

no debe beneficiar el consentimiento al que actúa “de mala fe” y por motivos antisociales.⁸⁰

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

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

⁸⁰ *Principios de derecho criminal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. Reus, 1933, núm. 83, p. 431.

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

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

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

³¹ *Op. cit.*, núm. 75, p. 379.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ *Op. cit.*, tomo iv, p. 136.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas se suman también a esta corriente que se niega a admitir la forma culposa del delito diciendo: Delito de lesión, doloso; se consuma por el hecho mismo de la revelación, no siendo configurable la tentativa.⁴³

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

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

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

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

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

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

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

⁴³ *Op. cit.*, nota 604, p. 396.

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

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

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

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

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

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

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

(imprudencia, como la llama el Código Penal), encaja dentro de lo previsto por el artículo 8o. fracción II de este Código, puesto que es susceptible de causar un daño igual que la revelación dolosa, esto es, intencional. Pero a mayor abundamiento, el artículo 60 del mismo Código, que sanciona de modo general la comisión de delitos por imprudencia, se refiere expresamente, entre las penas que enumera, a la suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer una profesión, lo cual refuerza la opinión que aquí sustentamos, pues tal suspensión de ejercicio está precisamente entre las penas que el artículo 211 señala para el delito de revelación cometido por quien presta servicios profesionales.

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

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

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

Y más adelante añade:

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

La misma opinión sustenta Soler en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

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

Y en otro lugar dice:

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

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

Para dicho autor, en efecto,

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

Y amplía Soler esta idea con la siguiente explicación:

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

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

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

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

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

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

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

La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

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

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

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

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

⁵² *Ibid.*, p. 114.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶² *Op. cit.*, núm. 19, pp. 49-50.

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

Y añade el mismo autor:

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁴ *Ibid.*, p. 300.

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

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

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

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

Y más adelante añade:

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

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

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

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

⁶⁶ *Ibid.*, p. 528.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁰ Nos parece oportuno citar a este respecto los siguientes conceptos de Sebastián Soler, contenidos en el capítulo “Interpretación de la Ley Penal”: “El estudio racional de la ley nos lleva siempre al descubrimiento de un núcleo que constituye la razón de ser de esa ley, es decir, a un fin. En la ley penal ese fin es ordinariamente la tutela de un bien jurídico, conformado de acuerdo con una determinada concepción. Por eso, ‘la mejor guía para interpretar la ley es la que suministra el claro discernimiento del bien jurídico tutelado por el precepto que se quiere interpretar’. Esa finalidad, sin embargo, no debe solamente inducirse de la disposición aisladamente considerada; debe tomarse en cuenta la totalidad del organismo jurídico; es en este punto en el que con más firmeza se aplica el procedimiento sistemático de interpretación” (*Derecho penal argentino*, tomo 1, cap. 14 núm. v, pp. 151-152).

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

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

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