

Capítulo Séptimo: El secreto en el derecho internacional . . . . .	252
I. El conflicto de legislaciones nacionales sobre el secreto profesional. La extraterritorialidad del deber de reserva . . . . .	252
II. Planteamiento correcto del problema . . . . .	255
III. Determinación de la ley aplicable al secreto profesional . . . . .	257
IV. El problema en el derecho penal internacional . . . . .	260
V. La responsabilidad por hecho ilícito y el conflicto de leyes en materia civil . . . . .	276
VI. Aplicaciones al secreto . . . . .	292

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### EL SECRETO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *El conflicto de legislaciones nacionales sobre el secreto profesional. La extraterritorialidad del deber de reserva.* II. *Planteamiento correcto del problema.* III. *Determinación de la ley aplicable al secreto profesional.* IV. *El problema en el derecho penal internacional.* V. *La responsabilidad por hecho ilícito y el conflicto de leyes en materia civil.* VI. *Aplicaciones al secreto.*

I. En los dos capítulos anteriores hemos examinado los límites del secreto profesional por razón de su importancia, cuando entra en colisión con otras obligaciones ante las cuales tiene que ceder o cuando se encuentra con algún derecho que hace cesar la obligación de reserva. Estos son los que podríamos llamar límites normativos del secreto, que parten del principio de que no constituye éste una obligación absoluta o suprema. Por otra parte, en el capítulo tercero, al estudiar el secreto como obligación civil y sus consecuencias en este ámbito, nos referimos a la duración que debe tener, es decir, a sus límites en el tiempo. Ahora queremos examinar el alcance que debe tener en el espacio.

Este problema, que ha revestido singular importancia con el acrecentamiento de las relaciones internacionales y por la disparidad de legislaciones que rigen al secreto, fue abordado por las convenciones de International Bar Association celebradas en Edimburgo (1962) y México (1964). En ellas se consideró el caso de los abogados que, saliendo de su país por causa de negocios o aun por recreo, fueren llamados a declarar ante alguna autoridad del país visitado, cuyas leyes no reconocieran al secreto una eficacia bastante para eximir al profesionista de prestar esa declaración. Se ha visto que estas situaciones no son raras en la materia fiscal. Entonces, si conforme a las leyes del país en que se halla de paso el profesionista, la revelación es lícita y puede ser hasta obligatoria, ¿qué hacer si las leyes de su país de origen —nacionalidad o domicilio— le imponen el deber estricto de guardar el secreto? ¿Por qué ley debe determinarse la “justa causa” para revelar —noción ésta que admite diversas estimaciones— cuando hay diferencias al respecto entre las legislaciones de ambos países?

El informe presentado en la convención de México por L. Hartenberg, jurista del Colegio de Abogados de Amsterdam, ofrece algunos aspectos

de importancia que conviene comentar. Expresa lo siguiente al referirse a lo que él llama "invasiones al secreto profesional":

2. Una comparación de las invasiones —que existen en todas partes, como lo han demostrado las investigaciones anteriores— hace suponer que existe una idea más o menos uniforme, internacionalmente aceptada, del secreto profesional en el cual se hacen dichas invasiones. En la Conferencia de Edimburgo se aclaró no solamente que existe dicha idea, a pesar de variaciones locales, sino también que en ningún país se reconoce una excepción especial o invasión a favor de algún tribunal o autoridad gubernamental, a menos que exista una previsión legal expresa a ese efecto (ver el Libro de la Conferencia de Edimburgo, página 117); esto se deduce de los informes nacionales. Durante las discusiones en el *symposium* se informó que existían países —de los cuales no hay reportes por escrito— en donde el gobierno, pensando en el interés público, determina si un abogado debe o no insistir en el secreto profesional, pero esta tesis no fue debidamente comprobada.

Las invasiones, que varían de un país a otro, son causadas, sin excepción, teniendo en cuenta el interés público; por lo que, como el privilegio mismo, es una sorprendente contradicción que puede llegar a presentarse como sigue: el Gobierno, actuando en beneficio del interés público, desea evitar, digamos, una evasión de impuestos que es también en contra de dicho interés; el abogado —aunque ciertamente se supone que no favorecerá ninguna evasión de impuestos— puede tener, a pesar de todo, graves dudas en el caso de que la acción de las autoridades gubernamentales implique una inspección de sus libros o archivos, dudas que están firmemente apoyadas en el principio que beneficia también el interés público, es decir, el secreto profesional. Es evidente, por lo tanto, cómo puede surgir la antes mencionada idea uniforme de este privilegio, dado que la habilidad profesional y los conocimientos legales, varían mucho de un abogado a otro y las demandas que a este respecto se exigen de un abogado, pueden también variar seriamente; pero el secreto profesional es un secreto que todos respetan y comparten al máximo, puesto que es la base de su condición de consejeros de confianza y, de ser necesario, de defensores de sus clientes. Suprimir esa base, sería el fin de dicha condición, es decir, de la razón de ser de un abogado como confidente de su cliente.

Lo expuesto hasta aquí en el informe nos parece exacto y va de acuerdo con lo que ya expresamos en los capítulos anteriores, al sostener que, tanto la obligación de reserva para el profesionista, como el deber, que a veces le es contrario, de colaborar con la administración de justicia, se fundan en último término en el orden público. Pero contra el planteamiento que de esta cuestión se hace en párrafos posteriores del informe, tenemos algunas reservas que oponer. Tales párrafos son los siguientes:

3. Cuando los abogados viajan por países extranjeros, surgen dificultades especiales. Durante una discusión de un grupo especial en Edimburgo, el señor Eric Plunkett de Irlanda afirmó que el abogado extranjero debería ser tratado en la misma forma que un nacional, sin gozar de prerrogativas; el señor Georg

Lous de Noruega, por su parte, sostuvo que un abogado de viaje en el extranjero debería respetar las exigencias de su propio Colegio y legislación nacional y que los tribunales extranjeros no deberían insistir en una conducta contraria a esas exigencias, y menos aún si eso implicara una ofensa criminal (abuso de confianza); y, finalmente, el señor John P. Bracken, de los Estados Unidos de Norte América, argumentó que no debería concederse privilegio alguno a un abogado extranjero. Los miembros del grupo especial gentilmente pusieron a disposición del Secretario del Comité Consultor, los argumentos escritos y también algunos relatores nacionales han tratado este interesante problema. El presente informe no es más que un intento para delimitar dicho problema que es, en sus aspectos principales, cuando menos, un problema de legislación y no de ética. Se podría, y ya se ha discutido, que un abogado no debería ejercer en el extranjero —lo cual podría considerarse como un asunto de ética profesional— pero aún así, un abogado que viajara por placer podría verse obligado a invocar su privilegio cuando, por ejemplo, el oponente de uno de sus clientes le pidiera que compareciera ante un tribunal extranjero del país que por casualidad visitara, para testificar en un caso entre su cliente y la parte contraria. Sin embargo, un gran número de abogados viaja actualmente por todo el mundo representando y ayudando a sus clientes, a menudo, por supuesto, en cooperación con sus colegas locales, especialmente cuando el caso se presenta ante los tribunales. Existen, sin embargo, tribunales en los que la representación no está exclusivamente reservada a los abogados residentes, como por ejemplo, la International Court of Justice, en la Haya; la Court of the European Community, en Luxemburgo, y la European Court for Human Rights, en Estrasburgo.

Como el punto de vista del señor Bracken no parece ser el de la mayoría de los que han estudiado este problema, incluimos a continuación una parte esencial de su argumentación: “Es cierto que los privilegios están basados en interés del bien público. Pero una política así establecida, ¿concede privilegios a todos aquellos que reciben y guardan las confidencias de sus semejantes? Por supuesto que no. El privilegio es concedido a un hombre escogido, el abogado, por razones tales como su habilidad, carácter e integridad. Ha sido calificado para esta condición extraordinaria, al presentar un examen de su competencia profesional, al aceptar los cánones de ética profesional normalmente promulgados y aprobados por los tribunales y sus colegas, y al someterse a la disciplina de los mismos tribunales y colegas. En mi opinión, esto último es lo que impide al abogado extranjero reclamar privilegios. Un abogado puede familiarizarse totalmente con la ley y los procedimientos de otra jurisdicción, pero si puede eludir su disciplina, ¿qué seguridad pueden tener los tribunales de dicha jurisdicción sobre la integridad del abogado, tal como se define en ese país? ¿Qué seguridad sobre la honradez de su reclamación en el sentido que existe en verdad una relación de cliente y abogado, de que las confidencias recibidas y por las cuales reclama un privilegio son de naturaleza tal que lo autorizan a negarse a descubrir las antes mencionadas confidencias?” Sigue diciendo el señor Bracken: “Con pena debo añadir que también nos preocupan los códigos morales individuales. Afortunadamente, el número de aquellos cuya conducta personal deja que desear, es mínimo, pero las constantes suspensiones de los Colegios de Abogados, demuestran que existen. La única protección en contra de estos caracteres inmorales, es el brazo disciplinario de los tribunales. ¿Cómo puede éste levantarse en contra de un abogado que se encuentra hoy dentro de una jurisdicción extranjera, y mañana, al declararse fraudulenta su reclamación

del privilegio, regresa a su propio país y nada le impide ahí el ejercicio de su profesión?"

II. Creemos que este planteamiento del problema adolece de algunos defectos. En primer lugar contempla al secreto como un "privilegio" que la legislación otorga al abogado, en su carácter de tal, para eximirlo de la obligación de declarar ante la autoridad; obligación que en otro caso le hubiera correspondido. Tal parece que el secreto se vuelve entonces una especie de concesión graciosa o distinción que la ley otorga en favor de una clase, a semejanza de las que constituían los antiguos privilegios nobiliarios, aquí sería a la de los profesionistas, dejando a éstos en situación más ventajosa que a los demás miembros de la sociedad.

Ahora bien, nada más inexacto que esto. El secreto profesional en ningún caso es un privilegio. Es una obligación estricta que liga a quien lo posee. Este no se encuentra dispensado de declarar, como si lo favoreciese una exención, sino obligado a callar. El profesionista no es un individuo privilegiado a este respecto, sino tan sólo más fuertemente obligado por la reserva, en razón de la necesidad social que hay de ella, que por el deber de colaborar con la autoridad en la administración de justicia. Muy atinadas nos parecen en este sentido las palabras de Sebastián Soler, que dice refiriéndose al tema:

Desde este punto de vista, como un privilegio acordado a ciertas profesiones, la institución carece totalmente de sentido y de razón de ser. La ley aquí no acuerda privilegios a nadie: hace incidir deberes sobre determinadas personas. Tutela un bien jurídico en la esfera de intimidad de las personas, y no se inclina ante la arbitraria decisión de un profesional, en cuyas manos quedaría colocada la suerte de los particulares, ni funda los procesos en la voluntad de un profesional.<sup>1</sup>

De opinión similar es Fernández Serrano cuando dice:

No se trata tampoco de defender un atributo excepcional del abogado, a título personal, sino de mantener un principio esencial establecido por público interés, en consideración a una función pública.<sup>2</sup>

El segundo error que a nuestro modo de ver contiene el informe de Hartenberg es una consecuencia forzosa del anterior. Si el secreto es visto como un privilegio para el profesionista y no como un deber prevalente, la solución del conflicto entre la obligación de callar y la

<sup>1</sup> *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, t. iv, cap. ix, p. 141.

<sup>2</sup> "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado* abril-junio 1952, núm. 14, p. 133.

de declarar, se desplaza en tal caso, reduciéndose a determinar si el individuo obligado es o no un profesionista. En otros términos, como aquí el problema es de carácter internacional, lo que interesa, según el informe, es determinar la ley nacional conforme a la cual debe calificarse si el profesionista se halla o no debidamente titulado, para que, como resultado de esa calificación, se le reconozca el supuesto privilegio de no declarar, en el primer caso, negándosele en el segundo. Así aparece claramente en los siguientes párrafos del informe, que van a continuación de los anteriormente transcritos:

No nos queda otro recurso que aceptar las consideraciones del señor Bracken, advirtiendo, sin embargo, que los argumentos anteriores son válidos únicamente en los casos en que un supuesto abogado que ejerce su profesión en el extranjero y quizás hasta establezca ahí una oficina, no sea un abogado debidamente calificado en su propio país; de otra manera, el Tribunal y/o el Consejo de su Colegio seguramente tomarían medidas disciplinarias en su contra al regresar a su país, si su conducta en el extranjero lo ameritara. Pero el problema de los abogados no calificados, no es un problema que debiera preocupar a la IBA en estos momentos, pues no difiere, en principio, con las bien conocidas dificultades que existen en la mayoría de los países en relación con los practicantes legales no calificados. Nuestro problema se refiere solamente —y es en sí un problema bastante serio— a la posición de un abogado debidamente calificado que, al viajar por el extranjero, puede ser considerado sospechoso por un tribunal o cualquiera otra autoridad. Si el sistema de Mr. Bracken fuera adoptado en todo su rigor, tanto los viajes necesarios de negocios, como las vacaciones en el extranjero, resultarían sumamente peligrosos desde un punto de vista profesional.

4. Aparecen aquí dos puntos por decidir: el primero, cómo determinar que la persona que se dice abogado lo es realmente, y el segundo, qué alcance tiene el privilegio que reclama.

El primer punto parece ser más bien asunto de la ley nacional del abogado, o, cuando menos, de la ley del país en donde regularmente ejerce. En otras palabras, no hay razón para que un abogado al cruzar la frontera de un país extranjero, pierda su capacidad como tal, y se convierta en un ciudadano sin profesión. . .

Pero el lugar en que a nuestro modo de ver debe situarse el problema internacional del secreto no es precisamente el de la posición —privilegiada o no— del profesionista, buscando evitar a éste incurrir en responsabilidad frente a la ley que deba regir su actuación, sino el de determinar los bienes jurídicos que el secreto está destinado a proteger y que resultarían dañados en caso de hacerse una revelación. Esta es para nosotros la cuestión principal, a la que el informe parece no dar suficiente importancia. La anterior, que es a la que presta más atención, resulta ser tan sólo una consecuencia de esta última.

Si se toma en cuenta este carácter finalista del secreto, que no es sino

un medio destinado a proteger ciertos bienes jurídicos y si se toman también en consideración los caracteres peculiares de la obligación de reserva, cuyo incumplimiento, cometido en cualquier país que fuere, puede producir efectos lesivos en el de origen o en otro diferente, ya que la revelación del secreto es susceptible de difundirse, convirtiéndose en divulgación, podrá orientarse mejor el problema del conflicto de leyes para obtener una solución más satisfactoria.

Este planteamiento del problema que hace surgir el secreto en el derecho internacional, comprende la formulación de tres preguntas diversas:

1ª ¿Por qué ley debe regirse la obligación de reserva cuando ella es contraída en el territorio de un Estado y debe ser cumplida en el de otro u otros?

2ª En el supuesto de que falte ese cumplimiento, ¿conforme a qué ley debe calificarse la ilicitud de la revelación y, en su caso, también la delictuosidad de ella, para ser castigada? y

3ª ¿Conforme a qué ley debe determinarse la responsabilidad civil del profesionista que ha revelado y el monto de la indemnización que debe pagar?

III. La primera pregunta contempla el caso de la obligación en sí misma, tal como la hemos estudiado en el capítulo tercero de este trabajo. Cuando esa obligación es contraída en un país, ¿vincula también fuera del mismo al profesionista? Y en caso afirmativo ¿hasta qué punto? El problema está en determinar si la obligación que el secreto produce debe regirse por el principio de territorialidad o por el de personalidad de la ley. Porque puede ocurrir que se den a la obligación un alcance y una prioridad diversos en el país en que ella nace y en el país en que el profesionista se encuentra a un momento dado. Y así, mientras que en uno la revelación será ilícita en determinadas circunstancias, en el otro será lícita y hasta obligatoria en las mismas.

Planiol ha sostenido en términos precisos lo siguiente:

Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan el Territorio (artículo 3-1). Se necesita añadir: "o que se encuentren en él de paso", pues basta que un extranjero atraviere Francia, ya fuere en ferrocarril, para estar sometido a nuestras leyes. Cada nación es soberana sobre su territorio, y cesaría de serlo si las leyes destinadas a hacer reinar ahí el orden no se imponen a los extranjeros como a sus nacionales.

Esta regla comprende en primer lugar todas las leyes penales (policía repressiva), después las leyes de policía propiamente dichas (policía preventiva o administrativa), ya se trate de la policía general del Estado o de la policía (ferrocarriles, tránsito, mercados, ejercicio de las profesiones, etcétera). Entran en esta categoría las leyes concernientes a la libertad del trabajo, la reglamenta-

ción del trabajo industrial de los niños y de los adultos. . . , la protección de los alimentos y de los niños maltratados o abandonados. . . las profesiones ambulantes, las profesiones que requieren un diploma y que están monopolizadas (abogados, farmacéuticos, médicos).<sup>3</sup>

Estos principios pueden conducir a una regulación estrictamente territorial del secreto, es decir, a la conclusión de que el mismo obliga al profesionista sólo dentro del territorio en que el mismo ejerce y que lo establezcan las leyes del lugar. En ese mismo sentido parecen ir las ideas de Perraud-Chamantier al expresar este autor, refiriéndose a lo que califica de abuso del secreto profesional, que existe ese abuso “en extender la noción del secreto médico a los médicos extranjeros y a los hechos constatados en el extranjero. El orden público de que se trata en nuestra materia, no es, en efecto, sino secundario”.<sup>4</sup>

Y en otro lugar de su obra comenta el mismo autor:

. . . es un hecho constatado que la noción (del secreto profesional) se debilita; . . . la guerra, sin duda, ha apresurado esta evolución. El secreto no podría ser absoluto. Todo se opone a la doctrina absolutista, principalmente la necesidad de orden público absoluto, para no obstaculizar sino al mínimo la administración de justicia.<sup>5</sup>

Sin embargo, dada la naturaleza especial de la obligación de reserva y los diversos aspectos que la misma presenta, los cuales hemos venido examinando en capítulos anteriores, no creemos que corresponda ella a un orden público estrictamente territorial. Los intereses que el secreto protege, se encuentran ubicados en un país determinado, pero pueden ser dañados desde fuera de éste si no se da al secreto una validez extraterritorial. Esa protección se vuelve ilusoria si la obligación de reserva desaparece para el profesionista tan sólo porque salga del país en que la contrajo. Tratándose de una obligación continua y permanente, cabría hacer extensivo el problema a todas las de esta clase, preguntando si ellas cesan siempre que el deudor se encuentra en un territorio en que no existe o no es reconocida su obligación.

Como este problema se presenta para el secreto, principalmente en el caso de tener que declarar el profesionista ante autoridades de otro país que le exijan esa declaración, se podría examinar el mismo desde otro punto de vista, preguntando cuál es la relación del particular con un Estado extranjero en cuyo territorio se encuentra como visitante, como

<sup>3</sup> *Droit Civil*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1920, t. I, cap. IV, núm. 188, p. 75.

<sup>4</sup> *Le secret professionnel*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926, segunda parte, núm. IV, p. 301.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, conclusiones, p. 317.



transeúnte o aun como residente. Sin duda las respuestas tendrían que ser diferentes para cada caso, pero lo que no puede admitirse es que esa relación del profesionista con el Estado extranjero lo desvincule totalmente del orden jurídico de su país, conforme al cual tiene ya obligaciones contraídas. Las leyes de policía y de seguridad del país extranjero visitado, obligarán seguramente al profesionista, como quiere Planiol, por ser leyes de orden público territorial, pero lo obligarán para los actos que realice durante su permanencia en ese país. No podrán aplicarse esas leyes retroactiva ni extraterritorialmente a obligaciones contraídas con anterioridad por el mismo profesionista, con carácter permanente y conforme a las leyes de otro Estado.

Si se aplicaran al secreto ya conocido con anterioridad, las leyes del país extranjero en que se encuentra el profesionista, aduciendo como motivo que son ellas de aplicación territorial —como la que obliga a informar a las autoridades— producirían dichas leyes un efecto extraterritorial que afectaría a los intereses protegidos por el secreto dentro de otro país.

Por nuestra parte, pensamos que la ley aplicable al secreto debe ser la del Estado en que es conocido por el profesionista. La obligación de reserva que recae sobre éste, debe regirse, no precisamente por la ley de su nacionalidad ni por la de su domicilio, sino por la del país en que se contrae, ya sea por confidencia expresa que el cliente le haga o ya sea porque el profesionista se entere del hecho secreto al ejercer su actividad profesional.

La razón de esta solución se encuentra en la presunción de que el cliente, al confiarse al profesionista expresa o tácitamente por el hecho de utilizar sus servicios, lo hace tomando en cuenta la obligación que este último tiene de guardar reserva, de acuerdo con las leyes del país en donde deposita la confianza en él. ¿Si el cliente supiera que esas leyes daban una menor protección a su intimidad, aceptaría no obstante ello, darla a conocer al profesionista? Ante la imposibilidad de contestar afirmativamente con certeza a esta pregunta, tenemos que sostener que la obligación de reserva no puede ser modificada por una ley diversa de aquella que la configuraba en cuanto a su objeto, extensión y modalidades al momento de ser contraída. Los derechos adquiridos por el beneficiario del secreto, ya fuere el mismo cliente o un tercero, no pueden quedar a merced de una ley posterior o de una ley extranjera capaz de modificarlos o extinguirlos. Esto último dejaría en situación de permanente inseguridad al secreto profesional.

El problema no se encuentra resuelto de manera expresa en nuestro derecho interno y nos parecería deseable que lo fuera mediante tratados internacionales en que los Estados concertaran, ya sea una igual

protección al secreto, uniformando las disposiciones legales que lo rigen, ya sea el respeto para la obligación de reserva de acuerdo con las leyes del país en que se contrajo, en los términos que acabamos de exponer.

IV. La segunda pregunta que formulamos antes, recae sobre la ley que debe aplicarse para calificar la ilicitud o aún la delictividad de una revelación y determinar la pena que le corresponde. Ella supone el incumplimiento ya cometido a la obligación de reserva y concierne al llamado derecho penal internacional. Creemos que este problema, a diferencia del anterior, sí puede hallar una solución más precisa conforme a los principios que rigen nuestras leyes sobre tal materia.

En principio la ley penal es territorial, pues siendo una expresión típica de la soberanía del Estado que la dicta, no puede tener aplicación sino dentro del territorio de éste. Sin embargo, su aplicación por hechos cometidos fuera de ese territorio, se ha venido haciendo cada día más imperiosa, por las relaciones existentes entre diversos Estados y la necesidad que tienen de ayudarse en la lucha contra la delincuencia; punto de interés común en el que ellos convergen.

Así pues, con el principio de territorialidad de la ley penal han venido a combinarse otros diversos como son: el de universalidad y el de personalidad de esa ley, pero, sobre todo, el principio real o de defensa de los bienes jurídicamente protegidos, que es el más interesante para el tema que aquí tratamos.

Si partimos del supuesto de que el derecho norma relaciones inter-humanas en las que diversos bienes entran en juego y cuya protección se hace necesaria por el valor social o individual que ellos entrañan, se comprenderá la función tutelar que el derecho ejerce respecto de esos bienes, función que culmina en la tutela penal, expresión máxima de esa finalidad defensiva que el derecho debe cumplir. Pero el logro de este objeto se ve necesariamente impedido por la limitación que el derecho sufre en su aplicabilidad —a causa del ámbito espacial determinado que ella tiene— y de allí nace la necesidad de crear excepciones a esa limitación, fundadas en un principio diverso al de la territorialidad de la ley, como es el principio real o de defensa de los bienes. Este principio, sin dejar de reconocer la soberanía del Estado, en que se funda el anterior, encuentra menos apoyo en ella que en la necesidad de protección contra lo antijurídico, es decir, contra todo aquello que lesiona los bienes, cuya protección es misión suprema del derecho en todos los Estados. Y como existe cada vez una mayor coincidencia entre ellos, en cuanto al reconocimiento y valoración de esos bienes, resulta, en última instancia, que el principio real, lejos de ser una limitación a la soberanía de cada Estado, se vuelve como un complemento o prolongación de ella,

ya que la aplicación extraterritorial de su ley penal, le permite alcanzar hechos ilícitos, contra cuyos efectos lesivos necesita defenderse ese Estado y defender a sus nacionales.

Con razón ha dicho Soler del principio de defensa:

Llámase principio real o de defensa al que determina la competencia de un Estado para el ejercicio de sus pretensiones punitivas conforme sea nacional el interés vulnerado por el delito. Ejemplo clásico de aplicación de este principio es el del delito de falsificación de moneda cometido en el extranjero, pero que afecta fundamentalmente el interés del Estado cuya moneda se falsifica. La consecuencia de ese principio es la frecuente aplicación del Derecho penal a delitos cometidos en el extranjero, pues, según aquél, la principal finalidad de ese derecho es la defensa o protección de los intereses nacionales, de donde, por aplicación de tal principio, un Estado pretenderá ejercer su acción punitiva toda vez que un hecho sea dirigido a perjudicar al Estado, o cuando vulnera un bien jurídico de un ciudadano, donde quiera que se encuentre.<sup>6</sup>

Nuestro Código Penal, después de disponer en su artículo primero que “se aplicará en el Distrito y Territorios Federales, por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República por los delitos de la competencia de los tribunales federales”, añade en el artículo segundo: “Se aplicará, asimismo: I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República; . . .”. Este precepto, que debe ser interpretado en estrecha relación con los dos que le siguen de inmediato, como veremos adelante, presenta tres hipótesis diversas en su fracción I, las que enumeradas, por razón de método, en orden diverso al que tienen en el precepto, serán éstas: *a*) delitos que solamente se preparen en el extranjero, es decir, en territorio de otro Estado, pero cuya comisión se realice íntegramente en el territorio nacional; *b*) delitos que se preparen también en el extranjero, iniciándose allí su comisión para continuarse o concluirse ésta en territorio nacional y *c*) delitos que se preparen y cometan totalmente en el extranjero, pero que produzcan algún efecto en territorio de la República o, por lo menos, se pretenda que lo produzcan.

En la primera de estas tres hipótesis, lo único que tiene lugar en el extranjero es la preparación del delito, esto es, la realización de actos que, al decir de Fernando Castellanos, “se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y puedan realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir”.<sup>7</sup> Sin embargo, debemos hacer, una precisión a esta manera de

<sup>6</sup> *Op. cit.*, t. 1, p. 161.

<sup>7</sup> *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, cap. XXVIII, núm. 4, p. 289.

definir los actos preparatorios. No es que sean de naturaleza "inocente en sí mismos", como dice Castellanos, supuesto que teleológicamente van dirigidos a la comisión de algo antijurídico. Lo inocente es sólo su apariencia y lo característico de ellos es que la malicia puesta en la intención del activo no se hace ostensible al exterior, ya que, aparentemente, no existe una relación necesaria entre esos actos y el ilícito que con ellos se prepara. La vinculación que existe entre ambos no puede ordinariamente conocerse sino hasta etapas más avanzadas de la realización delictuosa. Estos actos se caracterizan pues, por su ambigüedad externa. De aquí que en sí mismos no sean punibles por regla general, pues para que lo sean, se necesita que el derecho configure con ellos solos un diverso tipo delictuoso, independiente en su realización del que con dichos actos se prepara. Soler expresa este fenómeno en los siguientes párrafos que transcribimos por su interés:

La ley solamente castiga en forma excepcional algunos actos preparatorios, para lo cual los erige en figura delictiva *sui generis*. Así, la mera tenencia de instrumentos conocidamente destinados a cometer falsificaciones (C. P., 299); la conspiración del artículo 216, que es punible como tal cuando fuere descubierta "antes de empezar su ejecución", es decir, la ejecución del delito de traición.

Estos dos ejemplos nos muestran claramente la naturaleza y finalidad de los casos de actos preparatorios especialmente punibles. Unas veces el acto preparatorio, aun cuando no importa, como tal, un principio de ejecución, no resulta equívoco en sí mismo, por las circunstancias de hecho, cual sucede en el primero de los casos recordados. La tenencia de máquinas conocidamente destinadas a fabricar moneda o documentos falsos, es una acción tan inequívoca en general, que ante esa adecuación genérica cede la posible, aunque improbable, inadecuación específica.

Pero a la punibilidad de esos hechos contribuye otra razón más decisiva, derivada, en general, de la calidad del bien jurídico o del interés protegido por la norma principal: la necesidad de reforzar la defensa de ciertos bienes jurídicos en razón de su extraordinaria importancia. Mientras más avalorado se halla un bien jurídico, más extenso es el cerco de incriminaciones defensivas con que está protegido, de modo que con ellas se abarca no solamente la violación de ese bien (delito de daño), sino su agresión potencial (figura de delito de peligro); y no únicamente en la forma de peligro inmediato (tentativa), sino también remoto (acto preparatorio).<sup>8</sup>

De este modo puede ocurrir que mientras los actos preparatorios constituyan un delito en sí mismos y, consecuentemente, sean punibles en el país en que se realizan, el delito preparado con ellos, cuya comisión se efectúa en territorio mexicano, se castigue en éste, sin que para ello obste el principio *non bis in idem*, ya que se trata de dos hechos delictuosos diferentes, que caen bajo diversas jurisdicciones nacionales. Pero en tales

<sup>8</sup> *Op. cit.*, t. II, cap. 48, núm. VI, p. 217.

casos la aplicación de la ley penal de cada país es típicamente territorial, ya que se efectúa por hechos cometidos dentro de sus fronteras y la calificación de éstos como delictuosos deberá hacerse, lo mismo que la determinación de la pena, de acuerdo con la ley del país en que se realicen. No se requiere, por tanto, dentro de esta primera hipótesis que estamos examinando, que el hecho sea delictuoso conforme a las leyes de ambos países, requisito éste que exige el artículo 4º, fracción III, de nuestro Código Penal, para los casos de franca aplicación extraterritorial de la ley, como veremos más adelante.

Fuera del caso en que los actos preparatorios constituyen por sí solos un delito autónomo, hemos dicho que no son punibles, a causa de su indeterminación, ya que no llegan a configurar tentativa. A este respecto dicen Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas:

La tentativa requiere actos de ejecución. En consecuencia, los actos preparatorios no la integran si son equívocos (portar armas, adquirir una escalera si se imputase un robo con escalamiento), no así si son unívocos (adquirir la máquina de fabricación de moneda falsa, salvo si se tratase *verbi gratia*, de un coleccionista), pues los actos preparatorios son, por lo general, por sí mismos insuficientes para demostrar el propósito de ejecutar un delito determinado. El pensamiento criminal menos puede importar, ya que *cogitationes delinquere non potest*.<sup>9</sup>

Sin embargo, debemos añadir que la anterior regla solamente es aplicable al caso en que los actos preparatorios no llegan a alcanzar su finalidad, pues si el delito preparado con ellos, se comete, por lo menos en grado de tentativa, evidenciándose así la relación, al principio oculta, entre dichos actos y el delito, entonces sí son punibles. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 13, fracción I, del Código Penal, que los toma en cuenta para los efectos de la participación, al decir: "Son responsables de los delitos: I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos."

Y es precisamente con relación a este tema de la participación delictuosa, que pueden surgir problemas de aplicación extraterritorial de la ley, a los actos preparatorios que nos ocupan dentro de esta primera hipótesis del artículo 2º, que aquí examinamos. Si la preparación del delito se realiza en el extranjero por el mismo autor, que posteriormente lo ejecuta en territorio nacional, no puede ser grave el problema, pues al castigarse a dicho autor conforme a las leyes mexicanas, por la comisión del delito, se le castiga también por los actos preparatorios del mismo que, en tal caso, quedan como absorbidos por éste y forman con él un todo

<sup>9</sup> Código penal anotado, México, Ed. Porrúa, 1972, comentario al artículo 12, nota 38, p. 49.

ilícito. Pero si dichos actos preparatorios son realizados por persona diversa del autor del hecho delictuoso, que lo auxilia desde el extranjero para delinquir en México, ¿en qué situación queda ese auxiliar frente a las leyes mexicanas, que también lo consideran penalmente responsable de acuerdo con el artículo 13, Fracción I, del Código Penal, que acabamos de citar? Si dicho auxiliar es castigado en el país extranjero en que realizó los actos preparatorios, porque constituyan allí éstos un delito autónomo respecto del cual es autor, ello no impedirá que las leyes mexicanas lo castiguen como cómplice del delito cometido en México, que es un delito diverso del anterior, pero para ello será preciso que las autoridades de México lo tengan en su poder o que obtengan su extradición, si ésta procede conforme a los tratados correspondientes. También puede ocurrir que el cómplice reciba castigo como tal en el país en que realizó los actos preparatorios, porque dicho país tome en cuenta el delito cometido en México, para el cual sirvieron. En tal caso, nuestro país ya no podría castigarlo nuevamente. Pero ello dependerá del grado en que el derecho interno del otro Estado tome en cuenta las legislaciones extranjeras para los efectos de la penalidad, es decir, del grado en que permita un efecto ciertamente extraterritorial a la ley mexicana. En caso contrario, esta última deberá alcanzar a dicho cómplice, como preparador del delito, pues resulta haber allí una función de complicidad. Así lo expresan Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas al decir del precepto que nos ocupa: "También el inciso comentado se refiere a los que intervienen en la preparación del delito. El suministro de medios para la ejecución —armas, llaves, planos, etcétera— configura la complicidad."<sup>10</sup>

Por su parte Ricardo Franco Guzmán estima que "La participación o complicidad se puede presentar en cualquiera de los estadios del *inter criminis*, es decir, lo mismo en la concepción que en la resolución, en la preparación o ejecución y consumación del delito."<sup>11</sup>

De allí la importancia de celebrar tratados internacionales en que los países acuerden su forma de auxilio mutuo contra la delincuencia, evitando lo mismo la doble punición que la impunidad de actos penalmente inculminables, tanto a título de autoría como de complicidad. Por ello las conclusiones del VIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Lisboa en 1961, aconsejaron, entre otras medidas, la de tomar acuerdos para aplicar el derecho extranjero en materia penal cuando el nacional (*Lex fori*) no sea aplicable, ya por defecto de la acusación, ya a causa de reglas que fijen el campo de aplicación de la legislación penal de los Estados.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, comentario al artículo 13, nota 41, p. 52.

<sup>11</sup> *El concurso de personas en el delito*, México, Edición de la Procuraduría General de la República, 1959, núm. 10, p. 16.

La segunda hipótesis prevista en la fracción I del artículo 2º que venimos examinando y que en dicho precepto está enumerada en primer lugar, se refiere a delitos que se inicien en territorio extranjero. Esto supone que el delito ha sido preparado allí y que, además, en ese territorio se ha comenzado su ejecución. Es decir, a diferencia de que ocurría en la hipótesis anterior, en que el delito preparado en otro país, se perpetraba en México íntegramente, en esta segunda hipótesis se comete en parte en territorio del otro Estado y en parte en el nacional. Ello puede ocurrir, desde luego con el delito permanente, que nuestro Código Penal llama continuo, el cual define en el artículo 19 diciendo que es “aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen”. Soler dice que en estos delitos “la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos”.<sup>12</sup>

En esta segunda hipótesis, que ahora examinamos, el delito continuo o permanente iniciado en el extranjero y continuado o concluido en nuestro país, deberá ser castigado en éste, no sólo por la comentada disposición del artículo 2º, fracción I, del Código Penal, sino también por la del siguiente artículo, o sea el 3º, que dice: “Los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delinquentes”. La posición de nuestra legislación respecto a estos delitos es pues bien clara. Basta que se cometa una parte de ellos en territorio nacional, para que el Estado mexicano tenga poder para castigarlos de acuerdo con sus leyes. Pero ello debe entenderse en el sentido de que tal castigo tiene que ser por el delito continuo tomado en su integridad o sea por la totalidad del mismo, incluyendo la parte que se cometió en el extranjero, pues lo contrario implicaría desconocer la unidad del delito continuo o delito permanente, como tal. La noción de éste se opone a la de acumulación delictuosa y así lo dice expresamente en su primera parte el ya citado artículo 19 del Código Penal. La idea de continuidad en el delito excluye la de pluralidad. Por eso dice con razón Fernando Castellanos:

que la determinación de que un delito es instantáneo, permanente y continuado, no solamente tiene relevancia para los efectos del concurso, sino muy especialmente para marcar el momento en que debe empezar a correr el término para la prescripción; para la determinación del lugar en que se realiza y estar en condiciones de fijar la competencia; para precisar si ya se ejecutó, o si se está ejecutando, caso éste en que puede oponerse la defensa legítima.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> *Op. cit.*, t. I, cap. 21, núm. III, p. 275.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 310.

La duración del delito continuo habrá de tener interés para la graduación de la pena por su prolongación en el tiempo, pero no porque pueda considerarse como una repetición de actos delictuosos iguales (reincidencia). El delito cometido no es más que uno, aunque su comisión se prolongue a través del tiempo y se extienda a diversos lugares en el espacio. De allí que el delito continuo castigado en México de acuerdo con el artículo 3º del Código Penal, deba ser tomado en su integridad, desde su inicio en el extranjero. No podría admitirse que en tales casos castigara cada país la porción del delito cometida en su territorio, pues el delito continuo no es divisible. Tampoco podrá castigar el Estado Mexicano si ya fue castigado el delito en el país de iniciación, porque esto iría contra el principio *non bis in idem*, reconocido expresamente por el artículo 4º, fracción II, del mismo Código Penal.

Esta unidad delictuosa, que implica también unidad punitiva, se encuentra confirmada por la ley al regular la competencia para castigar los delitos continuos cuya comisión se realiza en diversas entidades federativas de nuestro país. El artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales que:

Es competente para conocer de los delitos continuos, cualquiera de los tribunales en cuya jurisdicción se hayan ejecutado actos que por sí solos constituyen el o los delitos imputados.

Y el siguiente precepto dice a su vez:

*Artículo 11.* Para la decisión de las competencias se observarán las siguientes reglas:

I. Las que se susciten entre tribunales federales se decidirán conforme a los artículos anteriores, y si hay dos o más competencias, a favor del que haya prevenido. . .

Al regular la competencia, reconocen la unidad del delito continuo las anteriores disposiciones, impidiendo su fragmentación para los efectos de la pena, lo mismo que un doble castigo para el mismo. Esto implica, como decíamos antes, la necesidad de tomar al delito continuo en su integridad, por todo el tiempo que ha durado. Y cuando el Estado Mexicano, de acuerdo con los artículos 2º y 3º del Código Penal, que estamos comentando, castiga un delito iniciado en el extranjero, que se continúa o concluye en nuestro país, existe ya un principio de aplicación extraterritorial de la ley penal mexicana, toda vez que ella se aplica a un hecho delictuoso, cuya parte inicial se llevó a cabo en territorio de otro Estado.

En este mismo sentido, de reconocer la unidad del delito y también la unidad de la pena, van las ideas expuestas por Pasquale Fiore, quien dice:



Es igualmente claro que así como los actos de ejecución cumplidos por el agente del delito con una voluntad explícita, los actos de perpetración que hacen completa la violación del derecho atacado, responden a la concepción jurídica del delito, y son por su naturaleza indivisibles. Desde luego la represión penal y la competencia relativas al hecho criminal entero pertenecen a una u otra de las dos soberanías, según que una u otra tenga en su poder al criminal.

Por lo demás, en los casos restantes el derecho de la soberanía del lugar en que el delito ha sido consumado, debe prevalecer siempre.<sup>14</sup>

Sin embargo, esta segunda hipótesis, que ahora examinamos, de las tres que prevé el artículo 2º, fracción I, del Código Penal, o sea el caso de los delitos iniciados en otro país y proseguidos o concluidos en México, no comprende tan sólo delitos continuos o permanentes, sino que puede referirse también a delitos instantáneos. Ello ocurre cuando algunos elementos del tipo delictuoso se realizan en el territorio del otro Estado (iniciación) y los restantes en el territorio nacional (consumación). Entonces estamos en presencia de los que Soler llama "delitos a distancia" y de los cuales dice:

Delitos que se consuman en el territorio argentino, porque en él tiene lugar algo que es más que "los efectos" del delito, ello es, el evento mismo que lo constituye: la muerte en el homicidio, el perjuicio en la defraudación. Sin embargo, la acción o una parte de ella, tuvo lugar en el extranjero. La doctrina tiende a considerar tales hechos como cometidos en el territorio, de modo que sería irrelevante para su punición el hecho de que el Estado desde el cual fueron cometidos, los considere o no punibles. Ello resulta del sentido o el alcance que se dé a las expresiones "cometer" (artículo 1º, Código Penal) o "perpetrar" (artículo 1º, Tratado de Montevideo), ya sea dando prevalencia al lugar donde se produce la manifestación de voluntad o al lugar donde se produce el resultado a uno u otro, según los casos, o a cualquiera de ellos.<sup>15</sup>

Según esta autorizada opinión, no es necesario que el hecho, tomado en su integridad, tenga carácter delictuoso en el país de iniciación —como ocurre en los hechos de la tercera hipótesis que más adelante vamos a examinar— para que pueda ser castigado por el Estado mexicano conforme a sus leyes. Pero sin ser necesario tal requisito, puede ser que exista, es decir, que el hecho sea punible conforme a las leyes de ambos países y entonces, ¿qué hacer en México si el otro Estado castigó ya, aplicando su legislación, por la iniciación del hecho en su territorio, considerándola cuando menos como tentativa? El problema puede ser más grave tratándose de algunos delitos como es precisamente la revelación de secretos objeto del presente trabajo. Ya hemos visto en el capítulo segundo cómo

<sup>14</sup> *Tratado del derecho penal internacional y de la extradición*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1880, cap. I, núm. XXV, p. 24.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, t. I, cap. 15, núm. IV, p. 173.

en nuestro derecho está configurado este hecho ilícito como delito de daño o de lesión. Es decir, se necesita que efectivamente se produzca un daño con la revelación a algún bien jurídicamente protegido, para que ella sea delictuosa. En otros países, en cambio, la considera la ley como delito solamente de peligro. No necesita causar daño la revelación para que ella sea punible. Basta que pueda causarlo, esto es, que amenace a algún bien protegido por el derecho. Y en tales condiciones puede ocurrir que en el otro Estado se lleve a cabo la revelación ilícita, aunque sin causar daño alguno, viniéndose a producir en México este último. De ese modo podrá estimarse el delito como consumado en ambos países, de acuerdo con la legislación penal de cada uno de ellos. El Estado extranjero puede castigarlo conforme a su ley propia y esta vez no sólo en grado de tentativa, como en el caso anterior, sino como delito consumado. En tales situaciones, pensamos, no puede el Estado mexicano ejercitar su acción punitiva si el otro Estado castigó ya, a pesar de lo dispuesto en el artículo 2º, fracción I, de nuestro Código Penal, por impedirlo el principio *non bis in idem*.

Finalmente, la tercera hipótesis contemplada en dicho precepto es la de los delitos cometidos en el extranjero, esto es, consumados allí, pero que producen o se pretende que produzcan efectos en territorio nacional. También a estos delitos los alcanza la ley mexicana para su punición y aquí sí la aplicación de esta última resulta francamente extraterritorial, pues si suponemos que el hecho delictuoso ha sido perpetrado íntegramente, esto es, consumado, en el extranjero, el único vínculo que lo une con el derecho mexicano está constituido por los efectos —lesivos— que produzca en territorio nacional después de su consumación en otro Estado.

Aquí entra en juego visiblemente el principio real o de defensa, pues lo que se busca con esta aplicación extraterritorial es la tutela penal de intereses o de bienes ubicados en territorio mexicano y que, por lo mismo, son objeto de protección por nuestro derecho. Aunque el evento lesivo de esos bienes o intereses se haya realizado íntegramente en el extranjero, con todos los elementos del tipo delictuoso, ello no impide al Estado mexicano castigarlo conforme a sus leyes, pues el daño se ha producido aquí. Indiscutiblemente este daño debe constituir un efecto extratípico del hecho, ya consumado plenamente en el extranjero. No debe ser la consumación del mismo, porque entonces esta tercera hipótesis que examinamos carecería de razón de ser al identificarse con la anterior. El efecto lesivo producido en México debe ser para agotar el delito, no para consumarlo. A este respecto distingue Soler, diciendo:

c) Finalmente, las situaciones analizadas deben distinguirse de una tercera, representada por los demás casos en que un delito sea cometido en el extranjero,

es decir, iniciado y consumado en el extranjero, y que sólo tenga en el país efectos indirectos, que no constituyen el evento mismo, o que afectando bienes argentinos o de ciudadanos argentinos, esos bienes no sean de los enumerados sub b. Recuérdese sobre esto la distinción carrariana entre delito consumado y delito agotado. Las acciones que agotan un delito son también efecto de ese delito, pero presuponen la consumación.<sup>16</sup>

Y en otro lugar añade ese mismo autor:

Aun por encima de la figura del delito consumado cabe hablar de un delito agotado, según la terminología de Carrara, cuando el sujeto, además de realizar la acción delictiva, logra el resultado final que se propuso.<sup>17</sup>

Pero la pregunta que surge al examinar esta tercera hipótesis consiste en saber conforme a qué ley debe considerarse consumado el delito que se comete en el extranjero; si conforme a la del país en que se realiza o conforme a la mexicana. Y la respuesta creemos que sólo puede hallarse interpretando el artículo 2º del Código Penal, que ahora nos ocupa, en relación con el artículo 4º del mismo ordenamiento, que dispone:

Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes:

- I. Que el acusado se encuentre en la República;
- II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió; y
- III. Que la infracción de que se le acusa tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.<sup>18</sup>

La aplicación extraterritorial de la ley penal mexicana que este artículo establece, haciéndola alcanzar delitos cometidos —esto es, consumados— en el extranjero, comprende, como puede verse, tres casos diversos: delitos cometidos por mexicanos contra mexicanos, delitos cometidos por mexicanos contra extranjeros y delitos cometidos por extranjeros contra mexicanos. Esta enumeración tan amplia, comprende, por tanto, casi

<sup>16</sup> *Op. cit.*, t. I, cap. 15, núm. IV, p. 174.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, t. II, cap. 48, núm. I, p. 211.

<sup>18</sup> El Código Penal de 1871 era más explícito, en la redacción de los dos requisitos anteriores. La expresión de ellos en su artículo 186 era la siguiente: "I. Que el acusado esté en la república, ya sea porque haya venido espontáneamente, o ya porque se haya obtenido su extradición... III. Que el reo no haya sido juzgado definitivamente en el país en que delinquirió o que si lo fue, no haya sido absuelto, amnistiado o indultado..."

todos los supuestos posibles, ya que solamente deja fuera uno de ellos, el de delitos cometidos en otro país por extranjeros contra extranjeros, caso único en que la ley mexicana ya no es aplicable extraterritorialmente, de acuerdo con el citado artículo 4º.

Este precepto vincula a la nacionalidad de los sujetos del delito, la aplicabilidad de nuestra ley. Si uno cualquiera de ellos, el activo o el pasivo, es mexicano, será aplicable la ley nacional. Solamente si ambos son extranjeros, no habrá lugar a su aplicación. Pero esta disposición queda complementada por la del artículo 2º que antes hemos venido examinando, conforme a la cual no sólo la nacionalidad de los sujetos determina la aplicación extraterritorial de nuestra ley, sino también la ubicación en territorio mexicano de los bienes o derechos dañados por efecto del delito, independientemente de que el titular de ellos sea mexicano o extranjero y también independientemente de la nacionalidad del activo, pues el precepto no distingue a este respecto. Así ocurre en la tercera hipótesis, del referido artículo 2º que hemos venido examinando, según la cual es aplicable la ley penal mexicana a delitos cometidos en el extranjero cuando producen o se pretende que produzcan efectos en la República Mexicana. Aquí la aplicación extraterritorial de nuestra ley se funda en el principio real o de defensa que en el caso extiende la tutela penal aun a los bienes situados en México, pertenecientes a extranjeros, los que también deben ser protegidos por la ley mexicana por el solo hecho de encontrarse en México, no obstante que no sean nacionales.

Considerando pues a los artículos 2º y 4º del Código Penal como un precepto de conjunto, que señala los casos en que nuestra ley debe aplicarse extraterritorialmente, podemos contestar a la pregunta antes formulada acerca de la ley que debe determinar la consumación del delito perpetrado en territorio extranjero. El hecho debe tener tal carácter conforme a las dos leyes, la del país en que se cometió y la mexicana, de acuerdo con la fracción III del artículo 4º. En consecuencia, debe reunir los elementos de los dos tipos delictuosos para que pueda considerarse consumado a efecto de aplicarle extraterritorialmente nuestra ley. Ello no significa que esos dos tipos deban ser necesariamente iguales, esto es, que se confundan en uno solo, por contener los mismos elementos. Pueden ser diferentes. Pero si el hecho reúne todos los de ambos tipos, a la vez —como en el concurso formal en que un mismo acto viola varias disposiciones penales (artículo 19 del Código Penal)— entonces sí habrá quedado consumado conforme a ambas leyes, la nacional y la extranjera y podrá ser castigado por la de nuestro país.

Para concluir con el examen de la tercera hipótesis del artículo 2º, que nos ha ocupado, debemos hacer notar que se refiere no solamente

a delitos cometidos en el extranjero cuando producen efectos en territorio mexicano, sino también cuando se pretende que los produzcan. En este último caso, como se trata de un delito que ya quedó consumado y lo que se frustra es sólo su agotamiento, al no producirse los efectos extra-típicos que se quería producir, la tentativa existe sólo respecto de estos últimos, no del primero. Fernando Castellanos distingue entre tentativa inacabada o delito intentado, por una parte y tentativa acabada o delito frustrado, por otra. La primera se da cuando "se ejecutan los actos encaminados a la producción del resultado, pero se omite alguno de ellos y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución". En tanto que la segunda se presenta "cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad".<sup>19</sup> Como ejemplo de esta última forma de tentativa señala el caso en que alguien administra veneno en cantidad suficiente para causar la muerte de una persona, pero ésta no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, como sería la oportuna intervención de un médico.

Esta segunda forma de la tentativa, o sea la que llama Castellanos tentativa acabada, es la que se da en el caso último previsto por el artículo 2º del Código Penal, ya que se trata de un delito consumado en el extranjero, esto es, realizado totalmente en cuanto a los elementos que lo constituyen. La conducta típica se realizó íntegramente, pero los efectos excedentes a ella, no necesarios para la consumación del delito sino sólo para su agotamiento que se intentaba producir en territorio mexicano, no se realizaron por causas ajenas a la voluntad del activo, a pesar de haber consumido éste el hecho delictuoso en su integridad.

Finalmente, el examen de los tres casos de aplicación extraterritorial de nuestra ley, señalados por el artículo 4º del Código Penal y que éste determina por la nacionalidad mexicana de alguno de los sujetos del delito o de ambos, pueden fundarse de acuerdo con los siguientes principios. Si el sujeto activo es mexicano, rige el principio de la personalidad de la ley, que lo hace quedar sujeto a la de su país, esto es, a la de México, por la vinculación que tiene con el Estado a que pertenece. Sobre este punto ha resuelto nuestra Suprema Corte de Justicia:

Delitos cometidos en el extranjero por mexicanos. El juez federal tiene la jurisdicción de su competencia y no obstante ser el principio de territorialidad el que rige fundamentalmente la aplicación espacial de la ley penal, de acuerdo con el artículo 4º del Código Penal Federal, este precepto, en su primera hipótesis —delito cometido por mexicano en territorio extranjero— admite el principio o estatuto personal, sea por respeto, según la opinión de algunos pe-

<sup>19</sup> *Op. cit.*, cap. xxviii, núm. 7, p. 291.

nalistas, al vínculo de fidelidad que debe unir al súbdito con su Estado, sea porque no es posible concebir que un Estado se transforme en seguro refugio para sus nacionales, autores de crímenes fuera de su frontera, o sea porque esta regla de persecución es la justa contrapartida de la no extradición de nacionales, práctica indudable de la mayor parte de los países.<sup>20</sup>

Sin duda, los penalistas a que alude esta ejecutoria son Francisco González de la Vega y Fernando Castellanos Tena, que sustentan las mismas ideas en que aquélla se funda.

Cuando el sujeto pasivo del delito cometido en el extranjero es quien tiene nacionalidad mexicana rige el principio real o de defensa, ya que lo que en tal caso se busca es la protección penal, por el Estado mexicano, de los bienes, patrimoniales o de otra clase, pertenecientes a sus nacionales. Finalmente, si son de nacionalidad mexicana ambos sujetos, el activo y el pasivo —caso de delito cometido por mexicano contra mexicano— se aplican a la vez los dos principios, el personal y el real, persiguiéndose con ello las finalidades correspondientes a ambos.

Pero esta aplicación de los referidos principios, que determina la vigencia extraterritorial de nuestra ley penal, en los casos señalados por el citado artículo 4º, y pensamos que también en la última hipótesis, antes estudiada, del artículo 2º, queda sujeta al cumplimiento de los tres requisitos que aquel precepto señala en su parte última. El primero es “que el acusado se encuentre en la República”. Ello resulta evidente, desde que el activo necesita estar en poder de las autoridades mexicanas para poder ser consignado y en su caso juzgado. Es por esta razón que el Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo 468: “Iniciado el procedimiento judicial, no podrá suspenderse sino en los casos siguientes: L. Cuando el responsable se hubiere sustraído a la acción de la justicia. . .” El delincuente podrá encontrarse en la República ya sea por haber sido extraditado o bien porque penetre a ella por otra causa, pero lo primero difícilmente será posible si es nacional del mismo Estado en que consumó el delito. El segundo requisito es que “el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió”. Aquí se aplica el principio *non bis in idem* cuya procedencia en materia internacional no siempre ha sido admitida. Nuestra ley no quiere que se castigue a quien ya fue castigado en otro país por el mismo hecho delictuoso. Ni siquiera admite que se le juzgue de nuevo, pues la sentencia penal extranjera, cuando ella es definitiva o sea que no admite recurso alguno en su contra conforme a las leyes del país en que se dictó, tiene en el nuestro autoridad de cosa juzgada. Por últi-

<sup>20</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, vol. IV, 2ª parte, amparo directo 4789/57, Carlos Ramírez Gutiérrez, p. 56.

mo, el tercer requisito es "que la infracción de que se le acusa tenga carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República".

Este último es, sin duda, el que presenta para nosotros mayor interés. Tiene como característica común con el anterior, la consistente en que se da con ambos cierta vigencia a la ley extranjera dentro del territorio de nuestro país. En efecto, el segundo requisito obliga a la autoridad penal mexicana a hacer una constatación de la realidad y definitividad de la sentencia extranjera, de acuerdo con las leyes del país en que fue dictada. En cuanto al tercer requisito, pone a nuestras autoridades penales en la necesidad de examinar la ley del Estado en que se perpetró el hecho incriminable conforme a nuestras leyes, para saber si también tiene allá ese carácter. Hay pues en ambos casos un reconocimiento de validez de la ley extranjera, haciéndola producir efectos en territorio mexicano, toda vez que esa ley condiciona la aplicabilidad de la nuestra al caso de que se trate. El Juez penal mexicano tiene que tomar en cuenta la ley del otro país, para aplicar la propia. Se da aquí el fenómeno contrario a la extraterritorialidad. Conforme a este último, la ley penal mexicana puede alcanzar hechos cometidos en el extranjero. En cambio, en el supuesto que examinamos, la ley penal extranjera posibilita o imposibilita la punición en territorio mexicano, de los referidos hechos. El fenómeno debería llamarse, por equivalencia, intraterritorialidad, ya que consiste en la penetración que en cierto modo realiza el derecho extranjero, al ámbito de vigencia espacial de nuestras leyes.

La opinión sustentada por Eugenio Cuello Calón se aproxima bastante a la que acabamos de expresar, según puede observarse en los siguientes párrafos:

Las leyes penales extranjeras no son aplicables en territorio nacional, pues su eficacia en el mismo constituiría un atentado a la soberanía del Estado territorial. Pero esta norma, en todas partes admitida, no es obstáculo para que en ciertas circunstancias, en atención a consideraciones de justicia y de solidaridad internacional, las legislaciones nacionales reconozcan la legislación extranjera y la tengan en cuenta. Así disponen algunas leyes que ciertos hechos cometidos en el extranjero por nacionales o extranjeros podrán ser perseguidos y penados en territorio nacional cuando la ley del país en que delinquieron los considere delictivos, pero en caso contrario aun cuando la ley nacional los reputa punibles no serán perseguidos. Aquí no se reconoce eficacia alguna a la ley extranjera, pero se toma en consideración su existencia. Este principio sufre limitaciones respecto de determinados delitos de suma gravedad atentatorios a elevados intereses del Estado.

Por igual razón de respeto al principio de soberanía del Estado nacional no se reconoce efecto ejecutivo a las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros, sin embargo, en unos países con carácter obligatorio y en los más con carácter potestativo, cada día con más amplitud, se les va otorgando para ciertos efectos el valor de cosa juzgada. Semejante reconocimiento se halla en

armonía con el sentido de ayuda mutua y de colaboración internacional en la lucha contra la delincuencia. Tal reconocimiento tiene lugar, en obsequio del principio *non bis in idem*, para los delitos cometidos por nacionales o extranjeros en el extranjero que son perseguibles y punibles conforme a la legislación nacional cuando los culpables se hallen en el territorio de la nación. En el caso de haber sido penados en el extranjero se tendrá en cuenta si la pena impuesta fue ya cumplida, parcialmente ejecutada, o si los presuntos culpables fueron absueltos; si la pena impuesta fue ya ejecutada o si el presunto culpable fue absuelto no serán objeto de nueva persecución en el país donde se hallen, y si cumplieron parcialmente su condena se rebajará proporcionalmente la pena que le correspondería.<sup>21</sup>

Del tercer requisito que ahora tratamos, consistente en que la infracción debe tener carácter delictivo tanto en el país en que se ejecutó como en la República Mexicana, para que pueda ser castigada conforme a las leyes de ésta, nos hemos ocupado ya antes al expresar que dicha infracción debe coincidir con los tipos delictuosos de ambos países. Es decir, que aun cuando no sean necesariamente iguales en sus elementos ambos tipos, la infracción debe contener los de uno y los de otro. Pero lo más importante de esta tercera exigencia o requisito de la ley mexicana no es la doble tipicidad del acto, esto es, su adecuación a los dos tipos delictuosos, sino su doble antijuridicidad o sea la valoración que del mismo acto se haga en ambos órdenes jurídicos, el nacional y el extranjero, estimándolo opuesto a la vez a cada uno de ellos, para que pueda ser castigado en México. En efecto, no basta la tipicidad para que el acto tenga ese carácter doblemente delictuoso que nuestro derecho exige como condición de punibilidad. El acto puede no ser antijurídico aun siendo típico, si para el mismo existe alguna causa de justificación. Y esto nos pone ante el delicado problema de determinar hasta qué punto pueden ser extraterritoriales las causas de justificación ya que ellas son las que determinan o delimitan el campo de la antijuridicidad y, por lo mismo, en el presente caso, el de la delictuosidad del acto.

Es bien sabido que las causas de justificación son, en principio, objetivas, es decir, referibles al acto en sí mismo y no al sujeto, como ocurre con otras eximentes de responsabilidad penal que determinan la inimputabilidad de este último o su excusa por razones muy personales, que las hacen eminentemente subjetivas. En consecuencia, si las causas de justificación son referibles al hecho, deben ser establecidas por la misma ley que lo hace inculpaible y no por otra. Solamente la ley que tipifica penalmente a un hecho, y no otra, puede quitarle carácter delictuoso, señalando los casos en que deja de tenerlo.<sup>22</sup> También hemos

<sup>21</sup> *Derecho penal*, México, Editora Nacional, 9ª ed., 1970, cap. xiv, núm. iv, p. 208.

<sup>22</sup> Este principio, sin embargo, no debe entenderse con carácter absoluto. Vale para determinar lo que ante un orden jurídico extranjero significa cierto acto; es decir, para



visto antes que en opinión de Planiol las leyes penales deben considerarse en principio de carácter territorial. Pero como entre las causas de justificación existe la de obrar en cumplimiento de un deber legal, que estudiamos en el capítulo sexto, surge la necesidad de saber si no hay deberes de carácter personal, esto es, pertenecientes al fuero de la persona como tal y que, por lo mismo, deben seguir a ella en donde quiera que se encuentre. El respeto a la persona humana en las relaciones que tiene para con su Estado, como nacional de éste, crea un serio problema para el derecho internacional, pues es evidente que no pueden cesar todos los deberes que una persona tiene contraídos en un Estado por el solo hecho de que abandone el territorio de éste.

Al reconocimiento de la personalidad de algunos deberes, que les diera validez y los hiciera oponibles en todas partes, conduce la opinión que Pasquale Fiore expresa en el siguiente párrafo:

La violación de nuestras leyes por un nacional que las infrinja en país extranjero, no puede dar a nuestros tribunales una jurisdicción especial para juzgar al culpable, sino en el caso de que el nacional hubiera infringido en el extranjero una de las leyes especiales que obligan en todas partes al ciudadano, y para las cuales existe una sanción penal contra el autor de la violación. Este es un carácter que a nuestro modo de ver no es común a todas las leyes penales, sino solamente a algunas, es decir, a aquellas en que se dictan sanciones penales para hacer respetar ciertas leyes civiles. Ahora bien; las leyes civiles que tienen el carácter de personales, obligan en todas partes a los nacionales. Por esto, si dichas leyes se han infringido en el extranjero, podrá hacerse aplicación de nuestras leyes penales en nuestro país a uno de nuestros súbditos que fuese autor de esa violación. Tales son, por ejemplo, las leyes protectoras de los derechos de los miembros de la familia, cuya violación es causa de varios delitos, que pueden comprenderse bajo el título de delitos contra los derechos de familia.<sup>23</sup>

Nuestra ley penal, siguiendo este criterio, se muestra respetuosa de las causas de justificación extranjeras, ya que para poder castigar un delito cometido en otro país, exige que tenga allí tal carácter, lo que no ocurriría si hubiese a su respecto alguna causa justificante reconocida por el derecho de ese país. Pero si la ley extranjera no exige, por reciprocidad, lo mismo para castigar un delito cometido en territorio mexicano, no respetaría nuestras causas de justificación. No debe olvidarse que el se-

saber si tiene o no carácter delictuoso conforme a las leyes de otro país. Este es el problema que aquí nos ocupa y al que nos referimos. No podría, en cambio, aplicarse a otras situaciones como, por ejemplo, si se pidiera extradición por un hecho que apareciendo justificado por alguna causa de validez universal, conforme a los principios éticos de nuestra civilización (legítima defensa, estado de necesidad, etcétera) fuese no obstante anti-jurídico de acuerdo con las leyes del país reclamante por no reconocer ellas esa causa de justificación. Sería indebido en tales casos negar validez a ésta, a pretexto de su territorialidad.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, cap. II, núm. LXXIX, p. 60.

creto profesional presenta a este respecto un doble carácter. Por una parte es causa de justificación su cumplimiento como deber, para no cometer el delito de desobediencia al mandato de la autoridad que obliga a declarar al profesionista. Pero por otra parte, la revelación del secreto, como hecho típico penal, puede quedar justificada y no ser delictuosa en virtud del cumplimiento de un deber legal, como sería el acatamiento de ese mandato de autoridad. La solución de esta antinomia depende de la prevalencia que se dé en cada país a uno de estos deberes con respecto al otro, cuando ellos entran en conflicto. Pero si esa prevalencia difiere de un país a otro, el secreto profesional se encuentra en peligro, pues su revelación puede quedar justificada en un Estado, cuando ella es delictuosa en otro. La revelación, antijurídica en el país de origen del secreto, podría ser lícita y hasta obligatoria en otro país en que el profesionista se encontrara. Y la guarda del secreto, lejos de ser en este último país el cumplimiento de un deber, que justificara la negativa del profesionista a declarar ante autoridad, resultaría un hecho delictuoso.

En el estado actual de nuestras leyes no puede resolverse este problema dando un alcance extraterritorial a las causas de justificación. Solamente tienen un valor de "*lege ferenda*" las consideraciones que antes hemos hecho, siendo de desearse que los Estados uniformen sus legislaciones penales en cuanto al tratamiento que deben dar al secreto profesional o que lo definan mediante acuerdos internacionales, en el sentido de respetar cada país, dentro de su territorio, el secreto conocido fuera del mismo, conforme a las leyes del país en que se conoció.

V. La última cuestión a tratar acerca de los problemas originados por el secreto en el derecho internacional, la concretamos antes en la tercera pregunta, acerca de cuál debe ser la ley aplicable para determinar la responsabilidad civil del profesionista revelador y para fijar el monto de la indemnización que deba pagar por los daños y perjuicios causados.

Esta cuestión se encuentra íntimamente vinculada a la anterior, desde que en nuestro derecho la reparación del daño causado por hecho delictuoso, forma parte de la sanción pecuniaria, siendo imponible y exigible, junto con la multa, por la misma autoridad penal (artículo 29). Pero pueden contemplarse algunos casos en que no existe esa vinculación y en los que, por consiguiente, la obligación de reparar quede reducida a los estrictos términos de una obligación civil, destinada a regirse por el derecho privado.

El primero de esos casos, previsto en el mismo artículo 29 del Código Penal, es aquel en que la obligación de reparar el daño recae sobre terceros, diversos del autor del delito, no responsables penalmente por éste. Además, dentro del aspecto internacional del problema, que estudiamos

en este capítulo, debemos recordar que no en todos los países existe el mismo sistema, seguido por el nuestro, de acumular la reparación del daño a la sanción pecuniaria. Algunas legislaciones dan competencia concurrente a la autoridad civil y a la penal, quedando capacitado para elegir el que ha sufrido el daño, ante cuál autoridad debe exigir su reparación. Finalmente, podemos suponer el caso de revelaciones de secretos cometidas en el extranjero, que, por no tener carácter delictuoso en el país en que se perpetraron, de acuerdo con lo que antes expusimos, no puedan castigarse por la autoridad mexicana, no obstante producir sus efectos lesivos en México. En tales supuestos es evidente que la no punición del hecho, como penalmente delictuoso, de ningún modo significa negar su autijuridicidad para efectos civiles, conforme al derecho mexicano, de acuerdo con el cual podrá ser considerado una fuente de responsabilidad civil.

Tenemos, pues, dos vertientes distintas en las que se divide este último tema que tratamos. La primera está formada por la responsabilidad civil que proviene de hechos penalmente inculminables, delictuosos, que en nuestro derecho obliga a la reparación del daño y tiene el carácter de sanción pública, exigible, en beneficio de la víctima, por el mismo órgano encargado de ejercitar la acción penal. La segunda, en cambio, está formada por la responsabilidad civil causada por hechos que no son delictuosos o, por lo menos, que no producen responsabilidad penal en el obligado, como ocurre con el que responde por hechos de terceros.

La primera de esas dos vertientes de la responsabilidad civil creemos que se rige en todo caso por los mismos principios que antes expusimos para la responsabilidad penal. En otros términos, las autoridades mexicanas son competentes para determinar esa responsabilidad civil, de acuerdo con nuestras leyes, por hechos cometidos en el extranjero, en tanto que sean competentes para castigar éstos y siempre que lo sean. Formando parte de la sanción pecuniaria la reparación del daño, juntamente con la multa, vienen a ser inseparables ambas de acuerdo con el artículo 29 del Código Penal, que previene:

La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, pero cuando la misma reparación deba exigirse a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales.

Cuando el condenado no pudiere pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, o solamente pudiere pagar parte de ella, el juez fijará en sustitución de ella, los días de prisión que correspondan, según las condiciones económicas del reo, no excediendo de cuatro meses.

Por su parte el artículo 34 del mismo ordenamiento establece:

La reparación del daño proveniente de delito se exigirá de oficio por el Ministerio Público, en los casos en que proceda.

Esta imposibilidad de separar la reparación del daño causado por hechos delictuosos, de la sanción pecuniaria que les corresponde de acuerdo con la ley, ha sido reconocida por nuestra Suprema Corte de Justicia en diversas ejecutorias en que sostiene la tesis siguiente:

Si conforme a la ley local respectiva, la reparación del daño que debe ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, el tribunal de segunda instancia está obligado a resolver en la apelación interpuesta por el acusado, contra la sentencia de primera instancia, si aquél debe ser absuelto o condenado, por lo que hace a la reparación del daño, y no aplazar la resolución de esa acción y dejar a salvo los derechos del ofendido para que los ejercite en la vía y forma que corresponda.<sup>24</sup>

En consecuencia, de acuerdo con esta interpretación judicial, no queda la autoridad penal en libertad de condenar o no a la reparación del daño cuando éste se ha causado por un delito, sino que debe hacerlo como parte de la sanción que ha de imponer en tales casos. Pero por efecto de los mismos principios en que se funda este deber de la autoridad, no puede ella imponer la reparación cuando el daño no es efecto de hecho delictuoso alguno. También esta consecuencia ha sido sostenida por el mismo Alto Tribunal, expresando en otra ejecutoria:

La tesis de esta Suprema Corte, que ha invocado el demandante, dice que no es necesario que exista una condenación de orden criminal, para que se pueda condenar el pago de la responsabilidad civil. . . Aun cuando la responsabilidad civil es independiente de la penal, ya que puede existir sin la concurrencia de esta última, como acontece en el caso de existir algunas de las excluyentes señaladas en la ley. . . sin embargo, dicha responsabilidad exige como antecedente necesario, la existencia de un hecho calificado por la ley como delito, de manera que si en el proceso se declara que no hay delito que perseguir, no pudiendo haber efecto sin causa, habrá que establecer que no existe la responsabilidad civil consiguiente. . . En las condiciones que se han anotado, es indiscutible que es improcedente la acción ejercitada, por concepto de responsabilidad civil proveniente de delito. . .<sup>25</sup>

La forma de reparación del daño, preferible a todas, es la restitución o sea la devolución de la misma cosa sustraída con el delito. Esto es lo que algunos civilistas llaman reparación en naturaleza y que nuestro Código Civil señala en su artículo 2011 al mencionar “la restitución de

<sup>24</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, t. LIII, 2ª parte, 5ª Época, amparo directo 7093/36, Macario Castillo, p. 2168.

<sup>25</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXIV, 3ª parte, 5ª Época, amparo directo 4223/42. “sucesión de Abundio Vargas Martínez”, p. 3796.

cosa ajena o pago de cosa debida" (fracción III). La indemnización de resarcimiento para la víctima sólo es admisible como una reparación sucedánea, cuando la primera es imposible, ya sea por no haber sustracción sino daño o perjuicio, ya por haber desaparecido la cosa sustraída, por haberse vuelto irreivindicable, etcétera.

Cuello Calón dice a este respecto:

La restitución consiste en la devolución al perjudicado, por el delincuente o el civilmente responsable, de la misma cosa de que fue privado por el delito. Ha de ser de la misma cosa, pues la entrega de otra equivalente o de su valor no es restitución sino reparación del daño causado, a menos que se trate de numerario u otras cosas fungibles que fueren de la misma calidad.

Por su naturaleza sólo será posible en ciertos delitos, en particular en los delitos contra la propiedad, robo, hurto, usurpación, estafa, apropiación indebida, etcétera. La restitución debe hacerse siempre y no puede ser sustituida por la indemnización del perjuicio sufrido.

Como la cosa, por mal trato o por uso, puede haber sufrido daños o defectos que disminuyan su valor, en este caso el responsable civilmente está obligado —a más de restituirla— a abonar los deterioros o menoscabos que la cosa hubiere sufrido con arreglo a la estimación del Tribunal.

Y más adelante añade este mismo autor:

En ciertos casos la restitución no es posible, y aun cuando lo sea, no siempre deja las cosas en el estado en que se encontraban, entonces la única manera de restablecer el equilibrio patrimonial perturbado por el delito es la reparación del daño causado.<sup>26</sup>

Podemos sostener, por tanto, que en los casos de resarcimiento, existe para la autoridad, conjuntamente con la obligación de imponer la reparación del daño, la de fijar el monto de lo que debe pagarse a la víctima como indemnización. Y esto ocurre en los siguientes supuestos: *a*) cuando no es posible restituir la cosa obtenida con el delito y hay que pagar el precio de ella (artículo 30, fracción I, del Código Penal); *b*) cuando dicha cosa es restituida después de haber sufrido menoscabo, esto es, merma en su valor, en cuyo caso el resarcimiento debido a la víctima se limita a ese menoscabo, sin extenderse a todo el precio de la cosa, ya que ésta queda restituida y *c*) cuando no hay cosa a restituir por no haber sustracción sino daño (destrucción de bienes del pasivo sin apoderamiento de ellos por el activo o por un tercero) o perjuicio (privación de una ganancia lícita).<sup>27</sup>

<sup>26</sup> *Op. cit.*, cap. XLVIII, núm. II, pp. 664 y 665.

<sup>27</sup> Artículo 30, fracción II del Código Penal.

Es en estos tres supuestos que se acaba de indicar cuando procede la estimación judicial para fijar el monto de la indemnización, siguiendo los principios establecidos por el artículo 31 del Código Penal, que dice textualmente:

La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla.

Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos por imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación.

Este precepto atiende a un doble criterio, objetivo y subjetivo a la vez. Por una parte al valor del daño en sí (determinado mediante pruebas, especialmente periciales); por otra, a la capacidad económica del obligado a repararlo. Se busca con este sistema de estimación, conciliar dos fines que pueden ser incompatibles entre sí, dando a la víctima tanto como perdió y a la vez exigiendo al obligado tanto como esté a su alcance pagar. Difícil combinación de equidad y justicia, que sólo mediante el principio cristiano de caridad, llevado a la aplicación del derecho, podrá satisfactoriamente lograrse.

Pero en el caso de restitución de la cosa sustraída —que es el preferente a todos como expresa Cuello Calón en el párrafo que acabamos de citar— ya no puede resultar aplicable este criterio de estimación, objetivo y subjetivo a la vez, porque allí sí habría notoria injusticia, enriquecimiento ilegítimo para el delincuente. Así lo ha entendido nuestra Suprema Corte de Justicia, que expresa con acierto en una ejecutoria:<sup>28</sup>

*Séptimo.* En el último término se reclama la violación del artículo 31 del Código Penal, porque para obligar al quejoso a la restitución de lo obtenido con el delito debió atenderse a su capacidad económica, ya que el citado precepto no hace ningún distingo entre restitución e indemnización del daño. En el caso, la reparación del daño a que fue condenado el quejoso, sólo consiste en la devolución de la cantidad que sustrajo de los fondos públicos que tenía a su cuidado o sea la restitución de lo obtenido con el delito. La autoridad responsable al estudiar aquel concepto de violación, contenido en uno de los agravios en la apelación, estimó que no existía la infracción del artículo de referencia, porque la restitución se impone en todos los casos teniendo en cuenta exclusivamente lo dispuesto en la fracción I del artículo 30 del Código Penal, sin que sea aplicable el artículo 31, porque tal precepto sólo puede referirse a la indemnización del daño material o moral causado a la víctima o a su familia, en la que debe atenderse para decretarla, a la capacidad económica del

<sup>28</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLVIII, 2ª parte, 5ª Época, amparo directo 2168/35, Ortega Romero Joaquín, p. 2387. Igual tesis en t. LXI, 5ª Época, amparo directo 9169/38, Guillermo Gómez Arellano, p. 4163.

obligado a pagarla. El razonamiento es fundado, pues aunque a primera vista el artículo 31 parece contener una regla general aplicable a las dos modalidades de la reparación del daño, o sean la restitución y la indemnización, sin embargo, la misma naturaleza de las cosas indica que la restitución no puede ser afectada en su cuantía por la capacidad económica del obligado a pagarla, pues no se concibe sino íntegra, ya en especie o si esto no es posible, pagando el precio de la cosa, de donde resulta que aquella circunstancia no debe atenderse más que cuando se trata de fijar la indemnización y, por otra parte, no debe darse ocasión a que el delito pueda convertirse en una fuente de lucro para el autor.<sup>29</sup>

Así pues, podemos concluir, que la reparación del daño causado por hecho delictuoso se halla íntimamente vinculada a la imposición de la pena que le corresponde y que, por lo tanto, la autoridad mexicana será competente para imponer esa reparación y fijar su cuantía por delitos cometidos en territorio extranjero, en los casos en que sea competente para castigarlos de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2º y 4º del Código Penal, que antes hemos examinado.

Hay que señalar, sin embargo, algunas excepciones a esta regla. Si el delito no puede ser castigado en México porque ya lo fue en el país en que se cometió (artículo 4º, fracción II) sin que en el mismo se hubiera resuelto sobre la reparación del daño, podrá exigirse esta última ante autoridad mexicana, en la vía civil. Y a la inversa, si ya se condenó en el extranjero a pagar esa reparación, sin castigar el delito, deberá imponerse pena por las autoridades mexicanas, cuando sean ellas competentes conforme a los preceptos antes indicados, pero sin condenar nuevamente a la reparación del daño. Esto último sólo procedería si la condena dictada en el extranjero hubiera sido notoriamente desproporcionada para la víctima o para el delincuente. Y tratándose de éste, podría dar lugar incluso a una acción restitutoria en su favor, a cargo de la víctima, si ya le hubiere hecho el pago de la reparación, indebido conforme a nuestras disposiciones legales que antes hemos comentado (artículo 31). Esto nos parece procedente, por el fundamento de orden público interno que tienen esas disposiciones, que en materia internacional constituye siempre un límite para la aplicación del derecho extranjero.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Nuestra Suprema Corte de Justicia ha sostenido diferentes opiniones a este respecto. En otras ejecutorias estima que la disposición del artículo 31 que manda tomar en cuenta la capacidad económica del obligado a pagar la reparación, solamente es aplicable tratándose de daño moral, no de daño material.

<sup>30</sup> Esta última opinión nuestra se aproxima al sistema seguido por el derecho alemán en la materia de reparación del daño. Según Enneccerus "el artículo 12 de la ley de introducción presupone, siquiera tácitamente, que los nacionales sólo responden de los delitos cometidos en el extranjero a tenor del derecho extranjero, pero añade por vía de atenuación que, en contra de un alemán y en virtud de un acto semejante, no pueden deducirse pretensiones de alcance mayor que las que se constituirían conforme al derecho alemán". Y en una nota de pie de página señala este autor, como ejemplo, las limitaciones debidas

La segunda vertiente de la responsabilidad civil, a que antes nos hemos referido, está constituida por los casos en que el daño es causado por hechos ilícitos no delictuosos o sea por hechos que las leyes no han tipificado, a pesar de su ilicitud, para señalarles una pena como consecuencia jurídica. Tal es el supuesto que contempla el artículo 1910 del Código Civil, que dice a la letra:

“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres causa daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

La común distinción entre ilicitud civil e ilicitud penal, como dos maneras diferentes de oponerse al derecho, no parece exacta. Sebastián Soler, partidario de una concepción unitaria de la ilicitud, combate aquella opinión expresando:

Todas las figuras delictivas suponen que su realización es delictiva no ya cuando es típica, sino cuando es ilícita, y ese carácter de ilicitud no se lo imprime a la acción la ley penal, sino el derecho total y unitariamente entendido. No hay una antijuridicidad penal específica, autónoma o distinta, como no hay una antijuridicidad civil, administrativa, etcétera. Antijurídico es el acto que contradice al derecho todo, pues lo contrario llevaría a la atomización del derecho y eventualmente a la contradicción interna.<sup>31</sup>

Por su parte, nuestra Suprema Corte de Justicia ha sostenido esta tesis en una ejecutoria que citan Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas en su *Código Penal anotado* (página 118) al comentar el artículo 29, la cual dice como sigue:

Aunque normalmente se habla de ilícito civil e ilícito penal, lo cierto es que la antijuridicidad de un hecho se precisa cuando a través de un juicio de apreciación objetiva se concluye teniéndolo como contrario a las normas o lesivo a los bienes tutelados por el derecho; de aquí que se afirme que el campo de la antijuridicidad es sólo uno y que es impropio hablar de ilicitud civil e ilicitud penal, ya que un acto traerá consecuencias de uno u otro orden según la consecuencia que la ley asocia al mandato de obrar o abstenerse.<sup>32</sup>

Al estudiar la ilicitud en materia administrativa, Miguel Montoro Puerto se inclina a esta misma concepción unitaria, sosteniendo:

a la prescripción (*Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones* 1, Barcelona Ed. Bosch, 1944, cap. VIII, p. 470). En contra de este sistema Niboyet expresa: “Véase también el artículo 12 de la ley de introducción al Código civil alemán, que no permite reclamar en Alemania daños y perjuicios superiores a los concedidos por la ley alemana. El legislador alemán parece haber confundido aquí el orden público y las leyes de policía.” (*Principios de derecho internacional privado*, trad. de Andrés Rodríguez Ramón, adicionado con legislación española, México, Editora Nacional, 1969, núm. 266.)

<sup>31</sup> *Op. cit.*, t. 1, cap. 28, núm. 1, p. 363.

<sup>32</sup> Primera sala 469/59 — 1ª



Las instituciones jurídicas citadas y con ellas la ilicitud, han de ser aceptadas como conceptos únicos, si bien la utilización en las diversas ramas jurídicas, y en muchas ocasiones sólo en las diversas disciplinas jurídicas, obliga a destacar aspectos peculiares que podrán valorar o individualizar la institución, pero nunca transformarla en otra distinta. Así, con frecuencia, hablaremos del ilícito civil, del penal o del administrativo, pero nunca querremos con ello afirmar que se trata de tres ilícitos distintos. Será posible considerar de distinta manera la consecuencia, por ejemplo, de la ilicitud civil, obligación de indemnizar; la penal con su secuela de la pena; la administrativa atrayendo una sanción de esta índole, sin perjuicio de responsabilidades de otro tipo, cual es la civil, que puede a la par producirse en el orden penal y en el orden administrativo simultáneamente con respecto a la consecuencia específica, sin que ello suponga, sin embargo, una alteración de la esencia misma de este concepto de ilícito.<sup>33</sup>

Por nuestra parte, pensamos que la antijuridicidad, o sea la característica de una conducta opuesta al derecho, que aparece en la realización —humana, desde luego— de algo no querido por el orden jurídico, no es genéricamente sino una. Si esa conducta repugna al derecho, no sólo en cuanto éste es norma impositiva sino también valorativa, es porque va contra la justicia y el orden social, o sea contra todo o parte de los bienes que lo constituyen y que el mismo derecho protege. Pero según cual sea esa parte del orden social que resulte atacada por el comportamiento antijurídico y según cuales sean la naturaleza o el alcance del daño que se le cause, así será la consecuencia sancionatoria que el derecho le asocie. La pena es la sanción de máxima intensidad que el derecho impone y que emplea en los casos en que presentan mayor gravedad (por su peligrosidad, por la importancia de los bienes dañados, etcétera) los hechos que lo contradicen, tipificando éstos como delitos. Es una sanción predominantemente aflictiva. Las sanciones que no tienen este carácter, sino que persiguen una finalidad restitutoria o reparativa del daño, restableciendo la situación anterior a éste, son las que utiliza principalmente el derecho civil, pero pueden coexistir con las primeras, como antes hemos visto, al asociarse la pena y la reparación del daño, sin perjuicio de que también puedan darse por separado, pues ni se excluyen necesariamente ni tampoco se requieren unas a otras de modo forzoso.

Esta diversidad de naturaleza en las sanciones, por razón de los fines que persiguen, es la que ha hecho pensar indebidamente en una diversidad de naturaleza en la antijuridicidad de los hechos sancionados. Pero por lo dicho puede ya verse que esta última no existe y que lo único que se da en tales hechos son características diferenciales que si bien explican la diversidad de sanciones para ellos, de ninguna manera implican una diferencia esencial en la antijuridicidad de los mismos.

<sup>33</sup> *La infracción administrativa, características, manifestación y sanción*, Barcelona, Ed. Nauta, 1965, 2ª parte, cap. I, núm. 1, p. 77.

En primer lugar puede notarse que en el ilícito penalmente sancionado predomina el aspecto de violación al derecho objetivo, desobediencia o rebeldía contra la norma jurídica imperativa —no contra el tipo delictuoso, que, por el contrario, resulta cumplido y con el que no debe confundirse aquélla— en tanto que en el ilícito civilmente sancionado, con restitución o reparación, lo que predomina es el daño causado. Este último no es esencial al primero, tanto porque hay delitos sin daño, los llamados delitos de peligro (amenazas, disparo de arma de fuego, etcétera) opuestos a los delitos de daño o lesión, como porque en materia penal es punible la tentativa, que no llega a causar daño. Inversamente, la nota de desobediencia a la norma o rebeldía contra su mandato o prohibición no es esencial a los hechos que el derecho civil sanciona por el daño que causen, como lo prueba la llamada responsabilidad objetiva, en que se incurre sin infringir precepto legal alguno.

En segundo lugar, y como consecuencia del predominio que en los delitos tiene el aspecto de rebeldía o desobediencia a la ley, aparece la circunstancia de que en éstos hay una ilegalidad más estricta, más circunscrita y determinada por razón de las exigencias de un tipo legal que los describe y los precisa. Su oposición al derecho resulta más notoria. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. La ley estricta resulta un presupuesto de la rebeldía contra ella y, por consiguiente, también de la pena imponible a esa rebeldía. Así pues, la tipicidad exigida por el moderno derecho penal, que es una garantía del particular contra el Estado, tendiente a evitar un uso arbitrario del poder punitivo por parte de éste, viene a ser el antecedente de esa oposición o rebeldía al derecho, que predomina en el delito y que implica una vinculación negativa más estrecha al mismo.

El ilícito no delictivo, que interesa al derecho civil, presenta, en cambio, una ilegalidad menos determinada y exacta. Su oposición al derecho, aunque realmente existe, es más borrosa e imprecisa, susceptible de reconocerse interpretativamente aun por simple analogía o por mayoría de razón. Así resulta inevitablemente de la disposición —antes citada— del artículo 1910 del Código Civil, que se refiere de modo genérico al que obra “ilícitamente”, esto es, contra derecho legislado, desobediendo un mandato o prohibición del mismo, disposición que resulta todavía más indeterminada por cuanto que no reduce a este solo caso la ilicitud productora de responsabilidad civil, sino que la extiende también a la conducta que es contraria a las “buenas costumbres”; expresión ésta todavía menos precisa para el jurista, ya que alcanza supuestos de ilicitud moral sobre los que ni siquiera se ha legislado de manera expresa por el Estado. Aquí la interpretación es más ética y sociológica que jurídica. Falta la disposición de derecho escrito que determine cuáles son esas “buenas costumbres” y en qué casos se obra contra ellas.

Tal expresión sólo adquiere fuerza jurídica por la disposición del citado artículo 1910, y por otras similares, que la incorporan al derecho genéricamente, sin determinación de su contenido.

Pero si bien ese ilícito, que sólo produce consecuencias civiles y no penales, puede existir sin una ilegalidad precisa y exacta, no es menos cierto que no puede existir sin ser causa de un daño; daño que debe lesionar bienes protegidos por el derecho, esto es, que el derecho quiere conservar ilesos y que, cuando no se mantienen en ese estado, busca el mismo derecho restablecerlos en él mediante la figura jurídica de la responsabilidad civil, o sea de la obligación de reparar. La sola creación de un peligro —daño potencial sin daño actual— carece generalmente de relevancia para el derecho civil, a diferencia de lo que ocurre con el penal, y sólo excepcionalmente la toma en cuenta, como ocurre en el caso de la construcción u obra peligrosa que da una acción de interdicto al amenazado y crea una obligación de destruir la obra, a cargo del autor de ella (artículo 20 del Código de Procedimientos Civiles), pero sin obligarlo a reparar, ya que no ha causado daño alguno.

En una extraña ejecutoria —de la que a continuación transcribimos la parte que nos interesa— ha reconocido nuestra Suprema Corte de Justicia, aunque de modo un tanto confuso, las características diferenciales que acabamos de señalar a la ilicitud, cuando ella es delictiva y cuando no lo es. Dice así la tesis de la ejecutoria:

*Reparación de daño.* La realización de un daño considerado en la Ley Penal como delito, pueda dar origen a dos expectativas diferentes en relación con el pasivo de la conducta; una, la reparación del daño proveniente de la sentencia penal condenatoria en la que se decide sobre la culpabilidad del agente, previa la realización de la conducta típica; otra, la que está constituida por la obligación que tiene todo aquel que actúa ilícitamente, con independencia de la tipicidad o ausencia de la misma del hecho ilícito. La reparación del daño proveniente de una declaratoria de culpabilidad tiene como supuesto la ilicitud tipificada y culpable; su fuente hay que buscarla en la sentencia penal condenatoria; en cambio, la expectativa del pasivo de una conducta ilícita no declarada delito, radica en el daño objetivo; la ilicitud en el caso de reparación del daño proveniente de delito, debe de tener objetividad legislada que precisa en qué consiste la conducta de referencia; la ilicitud en el caso de la expectativa del pasivo de lo ilícito no tipificado puede no tener objetividad legislada, es decir, es bastante con que a través de una interpretación sistemática se concluya la no autorización del derecho en relación con la conducta realizada.<sup>34</sup>

Ante todo nos parece inadmisibles la opinión sustentada en esta ejecutoria en el sentido de que, tratándose de delitos o sea “ilicitud tipificada

<sup>34</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, t. cxviii, 5ª Época, amparo directo 4420/51. “Sindicado de propietarios de autocamiones de la línea México, Atzacapotzalco, Tlalnepantla y Anexas y coops”, p. 1070.

y culpable” como los llama ella, la fuente de la obligación se encuentra en “la sentencia penal condenatoria” y no en el hecho ilícito que la motiva. Se confunde aquí el hecho causante del daño, que es el que origina la responsabilidad civil, con la resolución judicial que solamente la reconoce y cuantifica la indemnización correspondiente. Pero dejando a un lado esta crítica, puede notarse en la ejecutoria que comentamos, el acierto de haber distinguido, aunque sin la precisión que fuera de desearse, el significado que tienen, por una parte, para el hecho delictuoso, la ilicitud tipificada y, por otra parte, para el hecho ilícito no delictuoso que genera sólo responsabilidades civiles, la producción del daño como efecto necesario del mismo.

También en este sentido se encuentra orientada la posición doctrinaria de José Guarnieri, cuyas ideas no compartimos del todo, porque se muestra partidario de una radical diferencia entre ilícito civil e ilícito penal, que nosotros hemos desechado antes. He aquí algunos pasajes de este eminente autor, que expresan su pensamiento sobre el tema que nos ocupa:

El hecho es que todo ilícito (en particular lo ilícito penal) es en primera línea violación de las obligaciones sociales que incumben al particular, y no puede darse esta violación sin que en la base de ella no haya un acto consciente de rebelión contra el orden constituido. Sólo en segundo lugar tiene importancia la cuestión sobre la naturaleza del bien jurídico concretamente agredido, es decir, sólo después de que se compruebe la lesión de la obligación jurídica, en cuanto importa no tanto y siempre para la subsistencia de lo ilícito como, sobre todo, para la medida de la antijuridicidad y la punibilidad. . .

Además, no puede negarse una *diferentia specifica*, aunque se diga que mientras el Estado, aun habiendo puesto la norma de que las deudas deben pagarse, se desinteresa luego del hecho de las deudas mismas, mientras que no se desinteresa de la punición de los delitos. Esto se explica sin más que notar que todo el contenido de lo ilícito civil se concreta en la lesión del interés privado; y, en cambio, en el delito la antisocialidad es de inmediata consideración, absorbiendo todo el contenido de la ilicitud. Como se ve, la diferencia está en que la antisocialidad tiene un interés y un valor distinto para la dos especies de ilícito. . .

La antítesis entre derecho civil y el penal, en orden a este punto, no podría ser más marcada: el primero, decidido a perseguir lo ilícito productivo de daño en toda hipótesis; el segundo, en cambio, autolimitándose intencionalmente a la persecución de aquellas formas de ilícito que la ley prevé y castiga expresamente. . .

Ahora bien: nada pasa de todo esto en el derecho civil. La noción de lo ilícito puede extenderse sobre la base del hecho humano culpable productor de daño sin que deban deplorarse consecuencias inaceptables. Sentado el principio de que cualquier *damnum iniuria datum* obliga al resarcimiento, no hay

dificultad en determinar la injuria bajo cualquier forma de contradicción al derecho. . .<sup>35</sup>

A través de la oscuridad de los anteriores párrafos, pueden apreciarse las ideas profundas, aunque no en todo caso exactas, que sustenta Guarnieri sobre la distinción entre ilicitud civil e ilicitud penal, distinción que para él es esencial. Por nuestra parte, siguiendo las opiniones de otros autores, que antes hemos expuesto, creemos que esa diferenciación no es esencial; que la ilicitud o antijuridicidad, como ya lo expresamos, no es más que una. La oposición al derecho en que ella consiste, puede producir consecuencias de diversa índole, penales o civiles, que el mismo derecho establece. Pero esa diversidad de consecuencias no se funda en una diferente naturaleza de la ilicitud, sino en su mayor o menor temibilidad por razón de los intereses que ataca, de la frecuencia con que se produce, de la eficacia de los medios empleados para atacar esos intereses, de la mayor facilidad de evasión a las sanciones impuestas, de las normas violadas, etcétera. En todo caso, ello no obsta para que entre la ilicitud penalmente sancionada y la que sólo produce consecuencias de carácter civil, se puedan observar algunas diferencias, que si bien no afectan a la esencia misma de la ilicitud, no por ello dejan de darle matices diferentes, de particular interés para el tema que estudiamos. Así, hemos dicho que el elemento daño es preponderante en los hechos ilícitos productores de consecuencias civiles, con respecto a la violación legal que ellos entrañan, a la inversa de lo que ocurre con los hechos ilícitos penalmente sancionados, cuya vinculación a la ley es mayor y en los que destaca de modo principal su oposición al derecho objetivo, su rebeldía a la norma, teniendo, en cambio, el daño que ellos producen, un lugar secundario con respecto al elemento anterior. Debe entenderse bien, sin embargo, que esa preponderancia del daño que se presenta en un caso y de la rebeldía al orden jurídico que destaca en el otro, no significan exclusividad, sino que solamente dan un carácter principal, pero no único. Los dos elementos pueden presentarse juntos, y de hecho se presentan en la mayoría de los casos, en las dos formas de ilicitud, sin que la intensidad mayor de alguno de ellos excluya necesariamente la presencia del otro. Pero esta diferenciación entre ambas formas de ilicitud, en que estamos insistiendo, caracterizada por el elemento que prepondera en ellas —daño o violación a la norma— tiene gran importancia, como veremos en seguida, para el problema internacional de la responsabilidad civil que aquí examinamos pues es precisamente en este

<sup>35</sup> *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1952, cap. iv, núm. 45, p. 177, núm. 46, p. 182 y núm. 48 pp. 186 y 190.

tema en el que se cuenta con menos elementos de derecho positivo que conduzcan a su solución, dado el silencio que sobre el mismo guardan nuestras leyes. Fuera del artículo 13 del Código Civil que dispone que “los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código”, no hallamos disposición alguna que pudiera resultar aplicable a la responsabilidad civil proveniente de hechos ilícitos no delictuosos, cuando respecto a ella se presenta el conflicto de leyes.

Ciertamente este precepto, interpretado a la letra, se refiere tan sólo a contratos y demás actos jurídicos, es decir, a los actos lícitos cuya validez reconoce el derecho, asegurando para ellos la producción de sus efectos, que los autores de esos actos han querido alcanzar. Pero no se refiere a hechos jurídicos, esto es, a las conductas ilícitas cuyos efectos necesarios no son los queridos por sus autores, sino los impuestos por la ley como sanción. Sin embargo, lo importante de este artículo 13 es que consagra un principio general de territorialidad de la ley mexicana. muy en consonancia con los demás preceptos del Código Civil que se refieren al conflicto de leyes (artículos 12, 14 y 16), principio que, por su alcance tan extenso, ha hecho decir a Trinidad García: “Este Código, que en otras materias ha significado un adelanto sobre la anterior legislación, en Derecho Internacional Privado adopta un sistema que implica un retroceso: . . .”<sup>36</sup>

Si el sistema de nuestro Código actual en materia de conflicto de leyes, cualquiera que sea la valoración que se haga del mismo, lleva a la adopción del principio de territorialidad, como regla general, debe concluirse que la ley mexicana rige, de acuerdo con sus propias disposiciones, todo lo que se encuentra y todo lo que acontece en territorio nacional. Así, los efectos dañosos producidos en este territorio por un hecho ilícito realizado en el extranjero, no estarán menos sujetos a nuestras leyes, en lo tocante a la responsabilidad civil y a la reparación del daño, que los efectos lícitos “de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el territorio de la República”.

Y en apoyo de esta conclusión viene la consideración doctrinaria antes expuesta. Si lo primordial en el ilícito no delictuoso es la producción del daño, más que su oposición o rebeldía al derecho, inversamente a lo que ocurre en los delitos, deberá prevalecer la ley del país en donde el daño se produce, para regular las consecuencias civiles de ese daño, como son la restitución o en su caso la reparación del mismo. Así habrá de ocu-

<sup>36</sup> *Introducción al estudio del derecho*. México, Ed. Manuel de Jesús Nucamendi, 1935, cap. xi, núm. 117, p. 121.

rrir con los efectos dañosos que produzca en territorio mexicano una revelación de secreto profesional llevada a cabo en el extranjero y en tal caso será la ley mexicana la aplicable a esos efectos dañosos para determinar la responsabilidad civil del revelador y para cuantificar el monto de los daños y perjuicios por los que debe éste indemnizar de acuerdo con los artículos 1910 y 2590 del Código Civil. Verdad es que el primero de esos preceptos exige que la acción productora del daño sea ilícita o contraria a las buenas costumbres y bien podría ocurrir que ella no fuera ni lo uno ni lo otro en el país en que se realizó. Pero como esto último atañe al aspecto de menor relevancia en dicha acción para los efectos civiles de ella, según lo que antes hemos expuesto, deberá estarse a la calificación que la ley mexicana haga a ese respecto. Por otra parte, el daño sin justificación basta para determinar la ilicitud, ya que no podría considerarse lícita, conforme a las leyes de nuestro país ni de acuerdo a las buenas costumbres que en él existen, una conducta que dañase sin derecho, esto es, sin derecho reconocido por las propias leyes mexicanas, a bienes que se hallan jurídicamente tutelados por ellas.

La doctrina francesa, respetable por muchos conceptos, particularmente en esta materia del conflicto de leyes, no llega sin embargo a conclusiones del todo aplicables a nuestro derecho sobre el tema que nos ocupa. Savatier sostiene que: "Parece que se debe considerar como lugar de realización del delito, el del cumplimiento del hecho ilícito, más bien que el de la realización del perjuicio."<sup>37</sup> Pero en otra parte de la misma obra, al tratar de la competencia territorial, se guarda bien este autor de matizar su opinión, diciendo que "El hecho dañoso que determina la competencia no es la falta originaria del demandado, sino el acontecimiento inmediatamente perjudicial; dicho de otro modo el tribunal competente será el del lugar en que el daño se ha producido." Y como caso especial señala que "Para diversos oficiales ministeriales, las acciones de responsabilidad profesional son reservadas al tribunal de su residencia. Siendo así para los notarios" ya que "Estas competencias son de orden público".<sup>38</sup>

Por su parte, Niboyet sostiene al tratar este tema:

El objeto de las leyes sobre responsabilidad civil no es otro que el de proteger a los particulares contra los actos que ocasionen un perjuicio. Estas leyes son generales necesariamente. En España, el artículo 1902 del Código Civil rige todo acto que se produzca en territorio español y que entre en sus condiciones de aplicación. Es una medida de policía en el sentido indicado en el artículo 8º del mismo Código. Supongamos un accidente causado por un automóvil

<sup>37</sup> *Traité de la responsabilité civile en droit française*, Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1951, t. II, cap. I, sec. II, núm. 625 bis, 203.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 251-252.

en España; no es posible que la responsabilidad varíe con la víctima o el autor del accidente. Todos los hechos se deben considerar de una manera objetiva. Inversamente, los hechos que tienen lugar fuera de España, quedan sometidos a la *lex loci delicti* extranjera, y no a la ley española. A veces, se ha procedido equivocadamente, decidiendo lo contrario en este último caso.<sup>39</sup>

Debemos ante todo expresar que no estamos conformes con la calificación que se hace de las leyes sobre responsabilidad civil, estimándolas como leyes de policía, pues no es verdad que tengan por objeto "proteger a los particulares contra los actos que ocasionen un perjuicio" como dice Niboyet, sino precisamente a la inversa. Su finalidad no es proteger sino reparar a los derechos cuando han sido dañados. Técnicamente la reparación civil del daño no desempeña una función de policía en el sentido que dimos a ésta al examinarla en el capítulo cuarto, de acuerdo con los principios del derecho administrativo, a que corresponde esa función. La responsabilidad civil no tiene un fin preventivo sino reparativo, que busca reintegrar los bienes, en la medida en que ello sea posible, al estado en que se encontraban antes de ser dañados. Por este motivo es inadmisibles la conclusión de franca territorialidad a que llega Niboyet, sosteniendo que para dicha responsabilidad civil es aplicable la *lex loci delicti* en vez de la ley del lugar del daño. Y es bastante significativo que este mismo autor ponga un límite a tal conclusión al expresar en seguida del párrafo que acabamos de transcribir:

*La lex fori* no puede aplicarse más que cuando la ley extranjera, por su insuficiencia, es inconciliable con el sentimiento de justicia y, por lo tanto, con el orden público. En este caso la *lex fori* ya no será una ley de competencia normal, sino un remedio excepcional y exorbitante.<sup>40</sup>

Por último, nos parece interesante referirnos a las ideas expuestas por el eminente Jules Valery sobre el tema que nos ocupa. Lo ha hecho este autor en los siguientes términos:

II. 67. Delito o cuasi-delito sobrevenido en una país extranjero. La cuestión principal a resolver recaerá sobre el punto de saber si el hecho alegado, que sirve de base a la acción de indemnización, es de naturaleza que justifique la demanda. Siendo así, ¿cuál es la ley que conviene consultar para decidir del carácter lícito o ilícito de este hecho? ¿Será la ley personal del actor o del demandado, la ley del país sobre el territorio del cual se ha producido el hecho, o todavía la *lex fori*, es decir, en la hipótesis que contemplamos, la ley francesa? En mi opinión se necesita desechar la aplicación de la ley personal de los interesados y sostener en principio que un hecho no puede servir de base

<sup>39</sup> *Principios de derecho internacional privado*, trad. de Andrés Rodríguez Ramón, adicionada con legislación española, México, Editora Nacional, 1969, t. 1, cap. 1, sec. 1, núm. 266, p. 437.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 474.



a una acción de daños y perjuicios llevada ante nuestros tribunales, en tanto que no le sea reconocido un carácter ilícito a la vez por la ley del país en que se realizó y por la ley francesa. Las razones que me llevan a exigir la reunión de estas dos condiciones son las siguientes:

675. Primera condición: la ley del país en que el acto se ha realizado debe atribuirle un carácter ilícito. En efecto, si fuese de otro modo, el autor del acto no habría hecho al realizarlo, sino usar de un derecho que le estaba reconocido por la ley a cuya autoridad estaba sometido al momento en que actuaba. . .

676. Segunda condición: El acto dañoso no debe estar permitido por la ley francesa. En efecto, una condenación al pago de una indemnización no puede ser pronunciada por nuestros tribunales en virtud del artículo 1382 sino a condición de haber revelado una falta a cargo del demandado. Ahora bien, éste no se ha hecho culpable de ninguna falta si su acto es lícito desde el punto de vista francés. Puede ocurrir una de dos cosas, en efecto: o bien la ley extranjera tiene a este acto por ilícito porque lo considera como contrario a la moral y los tribunales franceses no pueden sancionar otros principios de moral que aquellos que están admitidos en Francia; o bien ella le da este carácter únicamente porque ha contravenido alguna ley local con carácter de orden público, y es sabido que nuestros tribunales no tienen que hacer respetar las leyes extranjeras de esta naturaleza. . .<sup>41</sup>

Esta exigencia de Valery para que proceda la reparación, en el sentido de que el acto dañoso deba ser doblemente ilícito, esto es, en el país en que se cometió y a la vez en Francia, coincide con la exigencia que para la punición de los hechos delictuosos contiene nuestro Código Penal y que antes hemos examinado. No creemos que ella sea aplicable a los hechos ilícitos no delictivos realizados en territorio extranjero y que producen efectos dañosos en territorio nacional, cuando respecto de ellos se plantea sólo el problema de la reparación del daño, ya que no el de castigarlos por no constituir delitos.

La razón que tenemos para pensar de este modo, la expusimos ya en párrafos anteriores. Consiste en la prevalencia que en tales actos ilícitos, no delictuosos, tiene el daño producido por ellos, sobre la ilicitud formal, esto es, sobre su oposición al derecho positivo. Además, en el argumento de Valery antes expresado, consistente en que la ley del país en que se realiza el acto le debe atribuir carácter ilícito, ya que de no ser así, su autor no haría al ejecutarlo "sino usar de un derecho que le estaba reconocido por la ley a cuya autoridad estaba sometido al momento en que actuaba", nos parece que hay confusión. La ley de un país, cualquiera que sea, no puede conferir o reconocer derecho alguno a realizar actos que produzcan efectos en otro país, si tales efectos dañan bienes jurídicamente protegidos en este último. La autorización que para realizar actos da un orden jurídico, haciendo dichos actos lícitos o permitidos, no pue-

<sup>41</sup> *Manuel de droit international privé*, Paris, Fontemoing et Cia. Editeurs, 1914, libro II, cap. VI, núms. 674, 675 y 676, pp. 972 y ss.

de tener validez mas que cuando ellos producen todos sus efectos dentro del ámbito espacial de vigencia de ese orden jurídico, pero no cuando lo exceden, alcanzando a producir efectos en territorio donde ya no rige el mismo.

El propio Valery se ve forzado a limitar de algún modo su anterior argumento, diciendo:

Sin embargo, no siempre ocurrirá así. Entre las disposiciones de la ley francesa hay algunas, lo hemos demostrado, cuya observancia se impone en todo país, sea a todos los franceses, sea aun a toda persona. Así un homicidio, un robo, cualesquiera que puedan ser las disposiciones de la ley en vigor en el país donde han sido cometidos, constituyen siempre actos ilícitos a los ojos de la ley francesa. Ella misma lo ha proclamado sometiendo a la competencia de los tribunales franceses los actos realizados por uno de nuestros nacionales sobre un territorio extranjero, y que el Código Penal califica de crímenes. . .<sup>42</sup>

Por último sostiene Valery lo siguiente, al preguntar cuál debe ser la ley aplicable para fijar el monto de la condenación por daños y perjuicios:

Queda la última cuestión. En lo que a ella concierne, yo sería de opinión que la ley que debe ser tomada en consideración para fijar el monto de la indemnización debe ser la del lugar donde el daño se ha producido. Es allí efectivamente donde el derecho que él engendra ha tomado nacimiento y, por consiguiente, de conformidad con una idea que hemos expresado varias veces, es la ley de este lugar la normalmente llamada a reglamentar la extensión de este derecho.<sup>43</sup>

Con esto último estamos plenamente de acuerdo, ya que Valery llega finalmente a la misma conclusión que hemos alcanzado sobre la ley aplicable para fijar el monto de la responsabilidad civil en el caso de actos ilícitos que no revistan carácter delictuoso.

VI. Para terminar, hagamos aplicación de las conclusiones precedentes al secreto profesional, tanto en su aspecto de obligación (obligación de reserva), como en el de hecho ilícito que constituye la revelación. En cuanto al primero, ya dijimos que la obligación debe regirse por las leyes del lugar en que se contrajo y subsistir en los términos de ellas, siendo exigible su cumplimiento de acuerdo con las mismas, cualquiera que sea el lugar en que se encuentre el profesionista obligado y cualesquiera que fueren las leyes que rijan en dicho lugar. De no aceptarse esta solución, peligraría el secreto tanto en su subsistencia como en su extensión, lo cual destruiría la confianza del cliente en el profesionista, al saber que este último podría quedar libre, en un momento dado, de las obligacio-

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 974.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 977.

nes contraídas en el lugar en que conoció los hechos secretos, con sólo trasladarse a otro en el que estuvieran en vigor leyes diversas.

En cuanto al segundo aspecto del secreto o sea el de la revelación, el incumplimiento a la obligación de reserva, ya dijimos que cuando esa revelación es delictuosa debe quedar sujeta a las disposiciones de nuestra ley penal, en los términos que ella establece para los hechos cometidos fuera del territorio mexicano. Hemos procurado aclarar y dejar precisadas esas disposiciones que se refieren al conflicto de leyes punitivas y hemos tratado de resolver éste señalando el alcance de la aplicación extraterritorial de nuestras leyes, de acuerdo con el principio real o de defensa de los bienes jurídicos que ellas protegen. Y lo expuesto en la parte correspondiente de este capítulo sobre el particular, es nuestra conclusión en la materia de derecho penal internacional aplicada a la revelación de secretos.

Finalmente, el aspecto de ilicitud meramente civil —en el sentido que hemos dado a esta expresión en las páginas anteriores— nos pone ante el problema de la reparación del daño causado por el profesionista revelador de un secreto. También aquí hicimos valer el principio real, sosteniendo que es la ley del lugar en donde se sufra el daño y no la del lugar en que se cometa el hecho ilícito, la que resulta aplicable para determinar cuándo existe esa responsabilidad civil y cuál es la cuantía de la misma, o sea el monto de la indemnización que se deba pagar por los daños y perjuicios causados con el hecho ilícito.