

Capítulo Sexto: Los límites del secreto profesional. Segunda Parte	206
I. Las causas concretas de justificación. Opiniones de la escuela positiva	206
II. Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legales. Principios jurídico-filosóficos que los fundan: la plenitud del orden jurídico; la antijuridicidad	210
III. Conflicto de deberes. Conflicto entre deber y derecho	213
IV. El derecho del profesionista a cobrar honorarios y el secreto profesional. Otros casos de ejercicio de un derecho como causa de justificación	216
V. Derecho del profesionista a defenderse del cliente. Sus límites	223
VI. El cumplimiento de un deber legal como causa de justificación. Deber de auxiliar a la administración de justicia: testimonio, exhibición de documentos y objetos, tolerancia de inspecciones	229
VII. Obligación de denunciar hechos delictuosos. Especies de denuncias. El delito de encubrimiento y el secreto profesional	245

CAPÍTULO SEXTO

LOS LÍMITES DEL SECRETO PROFESIONAL

SEGUNDA PARTE

SUMARIO: I. Las causas concretas de justificación. Opiniones de la escuela positiva. II. Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legales. Principios jurídico-filosóficos que los fundan: la plenitud del orden jurídico; la antijuridicidad. III. Conflicto de deberes. Conflicto entre deber y derecho. IV. El derecho del profesional a cobrar honorarios y el secreto profesional. Otros casos de ejercicio de un derecho como causa de justificación. V. Derecho del profesional a defenderse del cliente. Sus límites. VI. El cumplimiento de un deber legal como causa de justificación. Deber de auxiliar a la administración de justicia: testimonio, exhibición de documentos y objetos, tolerancia de inspecciones. VII. Obligación de denunciar hechos delictuosos. Especies de denuncias. El delito de encubrimiento y el secreto profesional.

I. Hemos expresado en el capítulo anterior nuestro punto de vista acerca de las causas de justificación, dividiéndolas en dos grandes categorías. De una parte las causas abstractas: legítima defensa y estado de necesidad y de otra parte, las causas concretas: ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber consignados en la ley. Fundamos allí esa diferencia en el hecho de que las primeras se encuentran establecidas con carácter genérico, indeterminado, que sin casuismo alguno las hace susceptibles de aplicarse a todos los bienes protegidos por el derecho, en tanto que las segundas presentan un carácter determinado y concreto que las refiere a casos en que la ley expresamente consigna un derecho o un deber. Dedujimos de allí una consecuencia importante: la posibilidad de una interpretación extensiva y amplia de las causas abstractas, que permite su aplicación más allá de lo exactamente previsto en la ley, frente a la necesidad de una interpretación restrictiva y estrecha de las causas concretas, que solamente las hace aplicables a casos en que existan un derecho o un deber expresamente consignados.

El punto de vista de la escuela positiva —de la que es eximio representante Enrique Ferri— acerca del tema que nos ocupa —o sea el de la diferenciación entre las causas de justificación abstractas y concretas— queda expuesto en los siguientes conceptos de este autor.

La justificación positiva. (Ejecución de la Ley, Obediencia Jerárquica, Legítima Defensa, Estado de Necesidad). Cada una de estas varias formas de justificación del acto aparentemente delictivo es siempre la resultante de una condición jurídica (objetiva) y de una condición psicológica (subjctiva), que no pueden ser desligadas en la valuación penal del acto mismo.

La condición objetiva se encuentra en la colisión jurídica esto es, en el conflicto entre dos derechos que surge de tal manera que uno de ellos debe ser sacrificado, o en el imperio de la ley o en la imposibilidad de remitir el conflicto a una solución jurisdiccional o de autoridad.

La condición psicológica se halla en los motivos determinantes que han de ser conformes al Derecho y no antisociales. . .

La condición objetiva predomina en los dos primeros casos de colisión jurídica (ejecución de la ley, obediencia jerárquica) mientras que la condición subjetiva prevalece en los otros dos y más especialmente en el último (legítima defensa, estado de necesidad). Pero ambas condiciones son inseparables y sin ellas no es posible explicarse la impunidad por inexistencia del delito, puesto que una y otra son la consecuencia de una necesidad a que el individuo no debe (jurídicamente) o no pudo (psicológicamente) sustraerse.¹

Esta opinión de la escuela positiva resulta altamente interesante para diferenciar las causas de justificación, pero debe ser precisada, a nuestro modo de ver, en los siguientes términos. Ha dicho Ferri que en las causas abstractas de justificación (así las llamamos nosotros, no él) o sea la legítima defensa y el estado de necesidad, predomina la condición psicológica o subjetiva, consistente en la ausencia de motivos antisociales; en tanto que en las causas de justificación que aquí llamamos concretas, como son el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber legales, predomina la condición objetiva, consistente en el conflicto de derechos (colisión jurídica).

Ello quiere decir, en el fondo, que estas últimas causas de justificación se caracterizan por estar más vinculadas a la ley que las primeras, lo cual va de acuerdo con la idea que antes hemos expresado. Dijimos que las causas concretas, a diferencia de las abstractas, requieren la existencia de un precepto en la ley que de manera expresa confiera el derecho o imponga el deber en que se ha de fundar la justificación. Expresando esto en forma un tanto esquemática podría decirse que, así como para constituir un delito debe existir en la ley un tipo de incriminación, para poder configurar una causa justificante concreta debe existir un tipo de eximisión: el precepto legal requerido por ella. Esto último, repetimos, constituye sólo una representación esquemática y aproximada, pues es claro que el tipo de eximisión no tiene la misma rigidez, característica del tipo delictuoso, ni requiere para su aplicación una adecuación tan exacta del hecho, como ocurre con este último tipo. La tipicidad del acto

¹ *Principios de derecho criminal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. Reus, 1933, cap. III, 83, p. 431.

delictuoso, impuesta como una garantía de libertad para el infractor, con objeto de que la norma punitiva no se extienda más allá de los límites expresamente señalados en la ley, no puede operar del mismo modo tratándose de la justificación, que, por ser favorable al reo, no requiere la misma exactitud, sino, por el contrario, permite una aplicación más amplia del precepto que impone el deber o confiere el derecho, siendo tan sólo necesario que este precepto exista.

Por lo que toca a las causas abstractas de justificación, en cambio, su vinculación a la ley positiva es menor. El estudio que en el anterior capítulo hicimos de la legítima defensa y el estado necesidad, revela su fundamento predominantemente ético, como se ve por las citas de los moralistas que allí hicimos y por la posibilidad de su aplicación extensiva y elástica, que también dejamos subrayada. La dependencia más directa que estas causas guardan —a diferencia de lo que ocurre con las causas concretas— respecto de principios morales y de derecho natural, ha hecho decir con todo acierto a Luis P. Sisco en su magnífica obra *La defensa justa*, que prefirió darle esta denominación en lugar de la usual de legítima defensa, puesto que se funda en principios de justicia superiores a la ley escrita, que ésta solamente se limita a reconocer.

La escuela positiva, que no acepta la existencia de tales principios, no ha podido menos que hacer un indirecto reconocimiento de ellos por voz de Ferri, en los párrafos que de este autor acabamos de transcribir. La exigencia de un elemento psicológico o subjetivo, consistente en la falta de motivos antisociales, para que pueda darse la causa de justificación, apunta directamente al aspecto moral del problema. La preocupación por ese elemento interior, que en el fondo no es sino la intención, la inclinación interna de la voluntad con un sentido finalista —por más que la escuela positiva rechace la existencia del libre arbitrio— confirma el fracaso de todo intento para distanciar al derecho de la moral, sin grave detrimento para el primero y menosprecio de la segunda. Y, por último, la opinión del mismo Ferri en el sentido de que esa condición psicológica o subjetiva que él exige y que no es en el fondo sino la voluntad movida por motivos jurídicos y no antisociales (inmorales), predominante en las causas de justificación que aquí llamamos abstractas, o sean la legítima defensa y el estado de necesidad, viene a corroborar nuestro aserto en el sentido de que tales causas dependen más de un fundamento moral que jurídico positivo.

Sebastián Soler, que critica esa exigencia de la escuela positiva, consistente en que no tenga la conducta motivos antisociales, para que pueda justificarse, se coloca en un punto de vista estrictamente objetivo y jurídico al comentar como sigue la opinión de Ferri:

De ella se deduce, por ejemplo, que un sujeto que cumple un deber legal, subjetivamente ha de estar guiado por el móvil de cumplir un deber legal; pero si además tiene algún motivo antisocial o egoísta coincidente o superpuesto, su acto no es justo.

La sola enunciación de esta doctrina, así con las propias palabras de su autor (se refiere precisamente a Ferri) es la mejor demostración de su falacia. Un piquete de soldados ejecuta una sentencia de muerte. Su acción objetivamente justa no les bastará, sin embargo, a los soldados, para cubrirse de una imputación de homicidio, pues será preciso, además, que a ninguno de ellos le haya movido una razón personal. Si uno de los soldados era enemigo del muerto y, además de la orden, lo determinó el resentimiento, ese soldado cometió homicidio. De donde se deduce que, para no incurrir en delito, debió cometer otro delito, desobedeciendo.²

La confusión que parece haber en esta crítica, ingeniosa y un tanto irónica, de Soler, proviene de no distinguir lo estrictamente jurídico y externo de lo moral e interno. Ya hemos dicho que no pueden desvincularse mediante una separación radical ambas vertientes de la conducta humana; pues si esto no es posible en ningún sector del derecho, menos aún lo es en el que ahora nos ocupa. Pero tampoco se debe incurrir en el error de confundirlas superponiendo una a la otra, extremo éste en el que parece haber caído la escuela positiva, quizás a pesar suyo y no obstante haber separado al derecho positivo, de acuerdo con los principios que sustenta dicha escuela, de toda valoración moral prejurídica. Acaso es precisamente por esto último por lo que ha caído en esa confusión, pues cuando se niega a la moral y a los valores éticos fundantes del derecho o se les separa radicalmente de éste, se corre inevitablemente el riesgo de convertir al derecho en regla moral, por la necesidad ineludible que hay de esta última, haciendo desempeñar al derecho funciones que no le corresponden.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico la crítica de Soler es correcta al rechazar como necesaria para la justificación la ausencia de motivos antisociales que exige la escuela positiva y que sólo desde el punto de vista moral resulta indispensable. En el ejemplo propuesto por el mismo Soler, bien puede quedar justificado *jurídicamente* el soldado que ejecuta la pena de muerte, con el solo hecho de cumplir la ley, sin que sea obstáculo para ello el odio que guarde contra el ejecutado. Ahora que, en cuanto a su deber moral, sí es necesario que no consienta en ese odio aún cuando lo sienta, ya que el móvil de su acción sólo debe ser el cumplimiento del deber de obediencia. Pero para no delinquir por homicidio no es preciso, como quiere Soler, que delinca por desobediencia. Esto último implicaría confundir de nuevo ambos órdenes normativos, el del derecho, que requiere el cumplimiento externo

² *Derecho penal argentino*, t. I, cap. 32, núm. IV, p. 399.

de la ley y el de la moral, que exige rectitud y justicia en las intenciones, lo que equivale a no obrar por motivos antisociales, como pide la escuela positiva. Por todo ello se ve que de ninguna manera puede haber contradicción entre derecho y moral —y de esto trataremos en el último capítulo—, pero que tampoco es admisible la confusión de ambos.

II. Volviendo al estudio de las causas concretas de justificación —ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legales— que es materia del presente capítulo, creemos que está vinculado con el de dos importantes temas de la ciencia del derecho: el principio de la plenitud del orden jurídico y el problema de la antijuridicidad. Es en ellos en donde deberá buscarse y tendrá que encontrarse el punto de partida y fundamento último de esa justificación que producen las causas concretas.

En lo que se refiere al primero de los dos temas, debemos considerar que la plenitud del orden jurídico implica su unidad e integridad sin restricción alguna. Toda ausencia de normas (lagunas del derecho) lo mismo que toda duplicidad de ellas, dadas en la realidad de un sistema jurídico cualquiera, son contrarias al principio ideal de la plenitud. La primera exigencia, concierne a la integridad del derecho, o sea que pide que nunca falte norma en el mismo para resolver cualquier caso que se presente.³ La segunda, en cambio, atañe a la unidad, e implica que no haya más que una sola norma para resolverlo.

El Dr. Recasens Siches expresa los siguientes conceptos sobre este punto:

Mas si bien el sistema del orden jurídico vigente ha de considerarse necesariamente como completo, como plenario, como hermético, sin poros, es decir, sin lagunas, en cambio, es evidente que de hecho éstas existen en el conjunto de materiales del Derecho positivo. Es un hecho que en el conjunto de leyes, reglamentos, costumbres, precedentes jurisprudenciales, etcétera, que integran el Derecho formulado de un orden jurídico, hay vacíos. Pero esos vacíos efectivos deben ser necesariamente rellenados por quien ejerce la función jurisdiccional (juez o funcionario administrativo). De suerte que se puede decir que el Derecho formulado, el explicitado en leyes y costumbres, presenta muchos vacíos o lagunas; pero que el orden jurídico vigente, que por esencia debe ser total —herméticamente pleno—, contiene en principio respuesta a toda controversia práctica; porque si hay alguna laguna, ésta deberá ser nece-

³ Este primer aspecto de la plenitud del orden jurídico está legislativamente expresado en los artículos 18 y 19 del Código Civil. El primero dispone que “el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”. El segundo complementa el anterior diciendo cómo deben resolverse las controversias civiles en tal caso: “conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”. Estos últimos cumplen, por tanto, una función de integración para obtener que el orden jurídico sea pleno.

sariamente llenada por el juez. . . Y lo mismo que decimos de las lagunas puede aplicarse a las contradicciones. El conjunto de materiales (leyes, costumbres, reglamentos, etcétera) que integran un orden jurídico positivo vigente, presenta más de un caso de normas contradictorias entre sí; pero el orden jurídico como tal, como vigente en un determinado momento, no puede albergar ninguna contradicción. Ahora bien, como de hecho sus elementos las tienen, el jurista debe proceder mediante la interpretación a eliminar esas contradicciones, pues el orden vigente debe dar una respuesta unívoca a todos los casos que se planteen.⁴

Este último punto es el que interesa a las causas concretas de justificación. La duplicidad de normas que conduce a la contradicción en el derecho, tiene que ser resuelta por el intérprete y por el juez —cuando no lo haya sido por el legislador—, manteniendo la unidad del orden jurídico mediante la supresión del mandato contradictorio. La conducta sólo puede ser dirigida en un sentido por las normas, pues si lo fuere en dos direcciones opuestas, una sola es la disposición que debe prevalecer para mantener la plenitud del orden. El Derecho no puede negarse a sí mismo.⁵

En todo lo que el derecho objetivo manda o prohíbe, imponiendo un deber, y lo que el mismo derecho permite, confiriendo un derecho subjetivo o facultad que el sujeto queda en libertad de ejercitar o no, debe haber armonía que permita el funcionamiento de las disposiciones legales correspondientes. Esa armonía implica ausencia de toda contradicción. Si la conducta impuesta como deber, resulta incompatible con otra conducta impuesta también como deber por la ley, surge el conflicto de deberes, que, de ser real y no sólo aparente, haría imposible el cum-

⁴ *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Ed. Porrúa, S. A., 3ª ed., cap. 12, núm. 12, p. 325.

⁵ Parece atinado distinguir entre orden jurídico propiamente dicho y derecho positivo (legislado o consuetudinario). El primero, como tal, es puramente ideal, por eso es que la plenitud puede predicarse de él como un atributo necesario. El segundo, el derecho positivo, es en cambio una realidad, siempre imperfecta —por las lagunas y contradicciones que inevitablemente contiene— pero que debe tender siempre a ser el primero, como a una meta de perfección (aunque nunca la alcance plenamente), tanto por la técnica más depurada que haya de emplear el legislador como por la labor más aguda y certera que debe llevar a cabo el intérprete para completar la obra de integración del derecho.

El orden jurídico así contemplado es, por tanto, a la vez, la expresión de un ideal normativo por una parte y, por otra, la manifestación de una necesidad social: la que tiene el derecho objetivo de ser bastante para comprender en sus disposiciones todas las posibilidades de la conducta. Vistos desde este punto, el derecho y la vida humana deben ser dos planos coincidentes entre sí. Ninguno de ellos puede ser más extenso que el otro, pues dejaría sin resolver —o en su caso sin aplicar— posibilidades existentes a un momento dado. La historia de la evolución del derecho no sería en tal caso sino el proceso de su constante adecuación a la vida. Su progreso en este aspecto, consistiría en convertir cada vez más el derecho positivo (real) en el orden jurídico (ideal) dejando así más satisfechas las exigencias de la vida en sociedad.

plimiento de ambos y, por consiguiente, resultaría ineficaz en este punto la función esa ley. Si la contradicción, en cambio, se presenta entre un deber impuesto y un derecho conferido, ocurre también, en caso de ser real la oposición, que no existe aquel deber o no existe este derecho, puesto que la coexistencia de ambos es imposible.

Y es aquí donde entra en juego el problema de la antijuridicidad, pues ella se reduce —en última instancia— al incumplimiento de un deber jurídico y, correlativamente, a la violación o desconocimiento de un derecho subjetivo, de una facultad conferida y protegida por la ley.⁶

Soler, que es partidario de la teoría unitaria de la antijuridicidad y que no admite que haya una penal distinta de la civil o de la que pueda producirse en cualquier otra rama del derecho, sostiene que ella “constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario.⁷ En otros términos, un hecho es antijurídico cuando contradice al derecho objetivo, cuando persigue un fin opuesto al de este último. No puede haber actos que sean sólo civilmente o sólo penalmente antijurídicos y no lo sean para otras ramas del derecho. La antijuridicidad no es más que una.

Esta idea va en consonancia con el principio de la plenitud del orden jurídico. Si el derecho es una unidad, una totalidad, resulta evidente que el acto que lo hiere en una de sus partes no puede dejarlo ileso en las demás. Cualquiera que sea el tipo de relación jurídica en que se produzca el incumplimiento de un deber, será este incumplimiento reprobado por el derecho. La acción será simplemente antijurídica. Lo que varía específicamente es la sanción o castigo que a cada clase de incumplimiento se aplica. Algunas veces recae sobre el acto realizado contra derecho, afectándolo en las consecuencias que debería producir y otras sobre el infractor mismo, afectándolo en su persona o en su patrimonio (pena propiamente dicha).

Pero esta diversidad en las sanciones no impide que la antijuridicidad sea solamente una y que consista en la oposición al derecho, en la persecución de un fin contrario al de éste. Por eso es que dichas sanciones, a pesar de su diversidad, llevan una finalidad común, tienden a frustrar de algún modo ese fin contrario a derecho, perseguido por el infractor, ya sea impidiéndolo o bien dejándolo sin efecto, si ya fue alcanzado. Ello es una consecuencia de la pretensión que el derecho tiene de aplicación inexorable.

Pero, tratándose de la antijuridicidad que produce efectos penales, pre-

⁶ La violación o desconocimiento de un derecho subjetivo es antijurídica, porque se reduce en la última instancia al incumplimiento de un deber, el que se tiene de respetar ese derecho.

⁷ *Op. cit.*, t. 1, p. 343.

senta ella algunas características que conviene examinar. Como toda anti-juridicidad, entraña incumplimiento de un deber jurídico, de un deber impuesto por la ley. Sólo que ésta no expresa, por regla general, en forma directa ese deber —mandando o prohibiendo— sino tan sólo “elíptica-mente”, como dice Soler. Es decir, la ley penal lo presupone existente y sólo se limita a describir su incumplimiento (tipo delictuoso) anexán-dole la sanción que corresponda. Pero lo que importa destacar aquí es el hecho de que no es esa descripción la que hace antijurídico al acto, sino que lo supone ya como tal. No es la tipicidad causa de la antijuridi-cidad, sino a la inversa. Esta última la antecede (desde el punto de vista lógico-jurídico por supuesto) y consiste, como ya se dijo, en el incum-plimiento de un deber jurídico, en la oposición al derecho.

Las siguientes expresiones de Soler sobre este tema son categóricas:

La acción tiene que ser valorada no sólo ante la ley que ordinariamente se limita a describirla, sino ante la norma que esa ley presupone. Cuando el resultado de ese examen afirma la existencia de un conflicto entre el fin que el derecho persigue y el hecho, decimos que éste es un hecho ilícito, antijurí-dico. Para que haya delito, es preciso que exista una “relación de contradic-ción” entre el hecho del hombre y el derecho.

Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al derecho, cuando dice que el delito es una “disonancia armónica”, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo des-cribe y de oposición al principio que lo valora.⁸

III. El contenido del deber incumplido que el derecho penal tutela con su sanción, no pertenece a éste, cuya función se limita a proteger, sino a cualquier otra rama del derecho. Por otra parte, no todos los de-beres impuestos en estas ramas se hallan penalmente sancionados en su incumplimiento. A la política y a la moral, no a la ciencia del derecho, corresponde seleccionarlos.⁹ La determinación de los bienes penalmente protegidos y, por consiguiente, de la sanción al incumplimiento (de un deber) que los lesiona, es labor metajurídica. Pero los deberes —penal-mente tutelados o no— pueden entrar en conflicto, es decir, pueden oponerse mandando o prohibiendo conductas incompatibles entre sí. Sin embargo, esta contradicción existe sólo en apariencia, por la imper-

⁸ *Ibid.*

⁹ Creemos que así como existe una plenitud del orden jurídico, puede también hablarse de una plenitud del orden moral. Ambos están destinados a regular la conducta humana y tal regulación vendría a ser imposible ante mandatos contradictorios o deficientes.

fección del derecho positivo. No puede ser real, pues la plenitud del orden jurídico la impide.

El profesor francés de filosofía Régis Jolivet sostiene opinión semejante en los siguientes términos:

El deber en que estoy de cumplir ciertas obligaciones graves puede obligarme a veces a transgredir otras obligaciones, incompatibles con ese deber. Tal es el caso de lo que se llama los conflictos de deberes. Estos conflictos, que tienen lugar cuando una persona no puede satisfacer a la vez a dos deberes que se excluyen mutuamente, son, en realidad, puramente aparentes. En efecto, todo deber deriva en último lugar de la divina institución, y es evidente que Dios no puede obligar a cumplir dos deberes incompatibles entre sí.

Los conflictos de deberes no pueden darse sino entre deberes positivos (cosas que hay que hacer) o bien entre positivos y negativos (prohibiciones), pero nunca entre deberes negativos.¹⁰

Pero esa presencia aparente de dos deberes cuyos cumplimientos se excluyen, tiene que ser resuelta haciendo prevalecer el más importante de ellos, el de mayor valor, para que la conducta sea jurídica, esto es de acuerdo a derecho. El problema que se presenta en tales casos es el de determinar cuál es ese deber de mayor valor, para cuyo cumplimiento tiene que sacrificarse el menos valioso, ya que, en tal caso, dejará este último de ser propiamente un deber, cesará de obligar. Y mayor importancia reviste esa determinación del deber superior, cuando ambos deberes estén penalmente tutelados, es decir, cuando el incumplimiento de cada uno de ellos constituye delito, porque en tales casos sólo el cumplimiento de ese deber superior es lo que podrá operar como causa de justificación. Proceder a la inversa, cumplir el inferior, no justificaría la conducta seguida al faltar al cumplimiento del deber más valioso.

Problema similar se presenta ante el conflicto —también aparente desde luego— entre un deber y un derecho. Cuando la ley faculta o permite en uno de sus preceptos lo que prohíbe en otro o bien cuando, en forma negativa, dispensa de hacer, permite omitir, lo que en otro lugar manda como obligatorio, interesa ante todo determinar cuál es la disposición que prevalece. Si el deber impuesto debe cumplirse en todo caso, no habrá derecho que hacer valer para quedar relevado. En caso contrario, es decir, cuando la norma que confiere el derecho subjetivo prevalece, entonces tal derecho constituye una limitación, una excepción al deber impuesto (estarás obligado a observar tal conducta, bajo pena de... a menos que tengas derecho a... por razón de tal cosa, en cuyo caso quedarás relevado de la obligación y exento de pena); y en este último supuesto el ejercicio del derecho será causa de justificación,

¹⁰ *Tratado de filosofía*, Buenos Aires, Ed. Carlos Lohlé, 1959, t. iv, cap. III, núm. 2, p. 106.

desde el punto de vista penal, si el incumplimiento del deber fuera delictuoso, pues bien puede decirse que tal deber no existe ya en el caso; el derecho lo hace cesar.

Hay ocasiones en que la ley misma resuelve la aparente colisión de dos deberes entre sí o de un deber con un derecho, mediante preceptos expresos, determinando cuál de ellos es superior y, como consecuencia, debe prevalecer sobre el otro. Tal es el caso, por ejemplo, de las disposiciones contenidas en los artículos 288 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de que adelante nos ocuparemos con más detenimiento. En ambos preceptos se contempla el caso de conflicto entre el deber de reserva profesional y el de auxiliar al Estado a conocer la verdad en los juicios, conflicto éste que la ley resuelve en favor del primero.¹¹ Y como el incumplimiento de cualquiera de estos deberes puede llegar a constituir delito (por la revelación o la desobediencia, según los artículos 211 y 178 del Código Penal), resulta que sólo el cumplimiento del primero de ellos, o sea del deber de guardar el secreto, podrá ser invocado por el profesionista como causa de justificación de la desobediencia en que incurra por no cumplir el segundo. Pero no podrá, en cambio, invocar este último deber para justificarse de haber revelado algún secreto profesional en juicio civil, pues la ley claramente establece la preferencia para el deber de reserva.

En las mismas disposiciones procesales se prevé la oposición entre el indicado deber de auxiliar a la autoridad en juicio y el derecho que se tiene, por causa del parentesco o matrimonio, a no rendir prueba contra algún ascendiente, descendiente o cónyuge, para beneficio de la parte que contra ellos litigue. Aquí la consecuencia jurídica es diversa. El incumplimiento al deber de auxiliar puede llegar a ser delictuoso, como hemos dicho ya, pero será causa de justificación, si se incurre en esa conducta, el ejercicio del derecho antes indicado, al que la ley da prevalencia en el conflicto. Pero si —por cumplir aquel deber— se deja de ejercitar este derecho, no puede, en cambio, haber delito alguno. El derecho a no probar en los casos indicados sólo da facultad, no crea obligación, a diferencia de lo que ocurre con el secreto profesional; por lo menos obligación legal, aún cuando moralmente es posible que exista.

¹¹ Perraud-Charmantier ha visto muy bien estas situaciones, como lo revela al expresar en su libro: "En el conflicto de la obligación al secreto con una obligación legal, ninguna dificultad puede surgir, si la ley deroga expresamente la primera". Y más adelante añade: "En el caso en que la ley enmudezca y no dé la solución del problema estableciendo la jerarquía debida entre las obligaciones contradictorias que solicitan la conciencia del confidente necesario, importa referirlas a los principios generales" (*Le secret professionnel* 2^a parte, cap. III, núm. III, pp. 273-274).

Pero hay otras situaciones de colisión entre deber y derecho o entre dos deberes, en las que la ley no declara de modo expreso cuál es el que debe prevalecer. Es en estos casos de silencio, que son tal vez los más numerosos, en los que la ley pone a prueba al intérprete y en su caso al juez, para decidir el conflicto según principios de interpretación. Se da aquí el fenómeno de existir a la vez los dos problemas que la plenitud del orden jurídico afronta y a que nos hemos referido antes: por una parte, contradicción de preceptos, la que da motivo al conflicto, y, por otra, una laguna en la ley al no haber disposición que resuelva ese conflicto.¹²

IV. Es en este punto en el que han surgido las mayores discusiones en torno al secreto profesional, discusiones en las que tanto los tratadistas como la jurisprudencia han tomado posiciones diferentes y en las que más de una vez se ha incurrido en confusión.

El caso más comentado, entre los de posible oposición de derecho y deber, es el de determinar si el profesionista está facultado para revelar secretos conocidos en el ejercicio de su profesión, cuando ello es necesario para exigir judicialmente el pago de los honorarios que por ese mismo ejercicio tiene derecho a percibir y que el cliente le niega. O en otros términos, se discute si el derecho del profesionista a cobrar retribución por su trabajo constituye "justa causa" para revelar y, por lo mismo, impide que se configure el delito de revelación.

El problema es resuelto de opuestas maneras por los autores. Eusebio Gómez estima que "El propósito de fundar una demanda por cobro

¹² Para establecer la jerarquía en los deberes o derechos en conflicto pueden servir como punto de partida tanto las escalas que la ley establece para las penas a diversos delitos, como las otras disposiciones legales, de variada índole, a que nos hemos referido en el capítulo anterior, cuando tratamos el estado de necesidad, pues la situación de conflicto que allí se presenta es similar a la que aquí encontramos. Sin embargo, debe tenerse presente, como último término, que para determinar la prioridad del deber o del derecho que haya de prevalecer en cada caso, hay que tomar en cuenta todas las circunstancias y las disposiciones legales que los establecen, no consideradas aisladamente sino dentro del contexto general del derecho positivo y también los principios metajurídicos en que se ha inspirado éste. Al respecto son interesantes los conceptos que expresa Régis Jolivet, autor francés que antes hemos citado: "Por ahí se echa de ver que este dominio de los conflictos de deberes, lo mismo que el de los derechos, es por excelencia el del juicio prudencial, cuyo oficio propio consiste en apreciar desde el punto de vista moral la misma realidad existencial con todas las circunstancias concretas que le dan su carácter absolutamente singular" (*Op. cit.*, cap. III, núm. 112, p. 107). De algún modo se armoniza esta opinión con el sistema hermeneúutico-jurídico que Soler llama interpretación sistemática de la ley, la cual consiste, según este autor, en que la finalidad de la ley "no debe solamente inducirse de la disposición aisladamente considerada; debe tomarse en cuenta la totalidad del organismo jurídico..." (*Derecho penal argentino*, t. I, cap. 14, núm. v, p. 152). Esto tiene especial importancia en sistemas de derecho positivo en los que, como el nuestro, coexisten disposiciones legales de diferente valor en la jerarquía que guardan, como ocurre, por ejemplo, con las leyes federales frente a las de carácter local.

de honorarios no constituye justa causa para revelar el secreto profesional" y añade que "La mayoría de las opiniones se inclinan a la doctrina del secreto absoluto" en este punto.¹³ Dentro de esa mayoría debemos incluir a la señora Islas Magallanes, quien, comentando nuestro derecho, sostiene que "Este caso es uno de aquéllos en que se ve con más claridad la oposición entre el interés público y el interés particular y, por ello, sin titubear, debe resolverse protegiendo el interés público".¹⁴ En dirección contraria y también teniendo en cuenta nuestro sistema legal, va la opinión de Jiménez Huerta quien sostiene que:

Alegar que el profesional debe perjudicarse antes de revelar un secreto al reclamar sus honorarios, es exigirle una renuncia que ninguna ley impone y privarle gratuitamente del ejercicio de un derecho que los ordenamientos civiles y laborales otorgan a todos los ciudadanos y a todos los trabajadores.¹⁵

Por su parte, Sebastián Soler sostiene opinión similar, al decir que "en esta situación, jurídicamente no cabe duda acerca de su facultad (del profesionista) de hacer las manifestaciones necesarias para la defensa de sus derechos", aunque reconoce "que es moralmente noble, en este caso, sacrificar el propio interés, no ya en homenaje a un cliente que no lo merece, sino a la grandeza del principio".¹⁶

A la situación de conflicto antes indicada, añade Fernández Serrano otras que pueden presentarse, como son:

Si un abogado ha sido nombrado tutor o curador de un menor, y, con tal carácter, se ve obligado a litigar contra persona que fue su cliente... Si un abogado sucede como heredero al adversario de su cliente, existiendo pleito pendiente (y)... el del agravio del cliente al abogado.¹⁷

En resumen, estimamos que todos los casos anteriores y otros más que podrían citarse, quedan comprendidos en la genérica expresión de "situaciones de controversia judicial entre el profesionista obligado a guardar el secreto y el cliente en cuyo servicio conoció aquél", en ella quedarían incluidos todos los supuestos en que el profesionista se ve constreñido, por cualquier causa, a litigar contra la persona a quien sirvió, ya sea atacándola, como actor en juicio civil o acusador en causa criminal, o bien defendiéndose de ella como demandado o acusado. Se comprenderían en dicha expresión la ya indicada situación de litigio

¹³ *Tratado de derecho penal*, t. III, cap. LXXIII, núm. 845, p. 447.

¹⁴ *Delito de revelación de secretos*, cap. IV, d), p. 109.

¹⁵ *Derecho penal mexicano*, parte especial., t. III, segunda parte, cap. V, p. 193.

¹⁶ *Op. cit.*, t. IV, cap. 107, núm. IX, p. 145.

¹⁷ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, abril-junio 1952, núm. 14, p. 131.

por cobro de honorarios profesionales, las de tutela a que se refiere Fernández Serrano, que no deben reducirse sólo a ésta sino a todos los casos de representación legal, tales como albaceazgo, sindicatura, patria potestad, etcétera; todos los casos en que por hecho superviniente el profesionista llega a quedar en situación de acreedor o deudor de su antiguo cliente y también todos los casos en que se ve necesitado de acusarlo en la vía penal o defenderse de él por una acusación de esta naturaleza.

Para intentar dar solución a las delicadas situaciones que plantea este conflicto, debemos comenzar por precisar el fundamento del derecho de defensa, ya que es éste el que se pretende hacer valer como causa de justificación de la revelación de secretos. Tal derecho de defensa, que el profesionista indiscutiblemente tiene, como cualquier persona, debe distinguirse del derecho a la legítima defensa, que estudiamos en el capítulo anterior y que constituye otra causa de justificación diferente. En ambos derechos existe la común finalidad de evitar algún daño a bienes jurídicamente protegidos, pero se diferencian radicalmente en que el derecho a la legítima defensa se ejercita mediante actos materiales y tiende a frustrar una agresión ilícita, antijurídica, en tanto que el derecho de defensa de que tratamos en este capítulo se ejercita mediante actos jurídicos y tiende a evitar o a reparar una situación que bien puede ser contraria a derecho, pero que, de inmediato, pretende fundarse en él y existir dentro de la ley. Por ello es que, mientras el derecho de legítima defensa se ejerce a espaldas del Estado y en los casos en que éste no puede salvar a los bienes jurídicamente protegidos, el derecho de defensa legal se ejercita ante el Estado, con intervención de éste a través de las autoridades correspondientes y siguiendo los procedimientos que para tal ejercicio establece la ley.

Precisada esa diferencia, debemos añadir que el derecho de defensa legal, genéricamente contemplado, tiene su fundamento, dentro del régimen jurídico mexicano, en la misma Constitución Federal, cuyos artículos 14 y 16 lo establecen de modo expreso al prohibir que se pueda privar a alguien de la vida, libertad, propiedades, posesiones o derechos, sin seguir juicio ante tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades del procedimiento y se apliquen las leyes expedidas con anterioridad; y también al prohibir que se moleste a alguien en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, si no existe mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. De manera más expresa lo establece el artículo 17 de la misma Constitución Federal, al disponer que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en forma gratuita en los plazos y términos que fije la ley, sin que ninguna persona pueda

hacerse justicia por sí misma. En cuanto al derecho de defensa en asuntos del orden penal, lo establecen, y son prolijos para regularlo, los artículos 18 a 23 de la misma Constitución.

De lo anterior puede concluirse que el derecho de defensa legal no solamente es de orden público, sino que alcanza el rango de garantía constitucional en el derecho positivo mexicano. Y de ese derecho, que asiste a toda persona física o moral, por el solo hecho de serlo, no puede excluirse al profesionista en ningún caso, ni aún cuando lo ejerza en contra de su cliente, pues la lealtad que debe a éste, especialmente en lo que toca a la guarda de secretos, no puede privarlo de un derecho natural e inherente a toda persona, derecho que las leyes vigentes, inclusive constitucionales, no han podido menos que reconocer y garantizar en cuanto a su ejercicio.

Es verdad que este derecho de defensa no es absoluto ni ilimitado; pero, como tampoco reviste esos caracteres la obligación al secreto en el profesionista —no obstante ser también de orden público— es precisamente por ello que, cuando surge el conflicto entre las dos instituciones, se requiere determinar los límites de ambas para resolverlo.

Ya hemos visto en el capítulo segundo, al estudiar la represión penal, que el abogado o procurador que ha patrocinado o representado a un cliente suyo, no puede hacer después eso mismo con otra persona que litigue contra aquél en el mismo negocio en que lo patrocinó o representó, ni en otro diferente. Tal prohibición la consigna el artículo 2589 del Código Civil y la sanciona el 232 Fracción I del Código Penal. Pero en los casos en que el profesionista no litiga contra su antiguo cliente asesorando o representando a un contrario de éste, sino que lo hace por derecho propio y en defensa de sus mismos intereses, la situación es diferente. Ninguna prohibición podrá existir para ello, haciendo nugatorio el derecho de defensa legal. Y es entonces cuando surge el problema con la guarda o el uso que del secreto de su cliente pueda hacer el profesionista para defenderse.

Entre las situaciones presentadas antes como ejemplos de esta colisión, conviene establecer algunas distinciones. En primer lugar, creemos que los casos de representación legal, como el de tutela que menciona Fernández Serrano y los que añadimos por nuestra cuenta —o sean el albaceazgo, la patria potestad, etcétera—, deben quedar excluidos del problema, pues en éstos el profesionista no defiende ni representa intereses propios sino ajenos. Y si en la defensa de ellos se viere necesitado de litigar contra su cliente, debe negarse a aceptar esa representación legal —si aun no lo ha hecho— o bien a renunciarla si ya la aceptó. A tal solución se inclina el mismo Fernández Serrano, quien presenta el ejemplo, estimando que el abogado se encuentra inhabilitado para desem-

pañar la tutela en esos casos. Y nosotros compartimos esta opinión, por estimar que la representación legal, ante la situación de conflicto, es equiparable a la voluntaria que dimana del mandato, por haber identidad de razón para la prohibición que con respecto a esta última se establece y a la que acabamos de referirnos. A mayor abundamiento, hay disposiciones expresas para la tutela en nuestro Código Civil, al mandar en su artículo 503, Fracción IV, que "No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo: . . . VII. Los que al deferirse la tutela tengan pleito pendiente con el incapacitado; . . .". Y en el artículo 504, que: "Serán separados de la tutela: . . . IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad; . . ."

Queda entonces por resolver el problema de los demás casos citados, en los que el profesionista sí tiene interés propio que hacer valer y no actúa como mero representante, legal o voluntario, de intereses ajenos. El primer caso es el relativo al cobro de honorarios profesionales, respecto del que tan divididas se encuentran las opiniones, según hemos visto. En lo que toca a este conflicto de intereses, nos inclinamos por la solución de que el profesionista no tiene derecho a revelar los secretos conocidos en el ejercicio de su profesión al intentar judicialmente hacer ese cobro. Ciertamente el derecho de defensa legal es un derecho natural, según dijimos antes; entre nosotros es de orden público y se halla además consagrado por la misma Constitución Federal, pero no es un derecho ilimitado. La obligación a que se contrapone, o sea la de guardar el secreto profesional, también es de orden público y además se encuentra penalmente tutelada, lo que demuestra la estima en que la tiene el legislador, cosa que no ocurre con el derecho a cobrar honorarios profesionales, que no es el derecho de defensa en general, sino tan sólo un caso particular del mismo y que no corresponde sino a una obligación de carácter meramente civil. Si aplicamos el criterio sustentado por algunos penalistas, al que antes nos hemos referido, consistente en tomar las diversas escalas penales establecidas por la ley para la punición de hechos delictuosos, como medio para conocer la jerarquía de los bienes jurídicamente tutelados, se podrá apreciar mejor la diferencia entre el valor del secreto profesional, cuya revelación constituye delito, y el de la obligación de pagar honorarios, cuyo incumplimiento no es delictuoso y tan sólo puede dar origen al ejercicio de una acción civil.

Los argumentos que da Jiménez Huerta para sostener que este último bien jurídico debe ser preferente al primero y que, por consiguiente, se justifica la revelación por parte del profesionista en el caso que examinamos, consisten, según sus propias palabras, en que:

Alegar que el profesional debe perjudicarse antes de revelar un secreto al reclamar sus honorarios, es exigirle una renuncia que ninguna ley impone y privarle gratuitamente del ejercicio de un derecho que los ordenamientos civiles y laborales otorgan a todos los ciudadanos y a todos los trabajadores. Argüir que, en estos casos de colisión de intereses, debe preferirse el de mayor contenido y que no puede considerarse superior en valor el cobro de honorarios al de guardar el secreto, es plantear y resolver el problema con un excesivo abstraccionismo, pues el interés público, en la no revelación del secreto, no puede entenderse en forma tan lata y rígida que incluso prive del ejercicio de legítimos derechos, máxime si se tiene en cuenta que, en última instancia, la realización de la justicia es el interés social supremo.¹⁸

Tales argumentos parten de un inexacto planteamiento del problema, pues en ningún caso se trata de privar al profesionista del derecho de defensa legal que indiscutiblemente tiene, sino tan sólo de determinar si en el cobro judicial de honorarios, que solamente es un caso particular de ejercicio de ese derecho de defensa, está facultado o no para emplear como medio la revelación. De ningún modo se niega que el profesionista pueda litigar contra su cliente para exigirle judicialmente el pago de la retribución que le debe por sus servicios. Lo único que se hace es limitarle, conforme a la opinión que sustentamos de acuerdo con otros tratadistas, el empleo de los medios que para el efecto puede usar, prohibiéndole hacer esa revelación por considerarla en todo caso ilícita. Es verdad que tal limitación podrá dificultar e incluso llegar a hacer ineficaz la acción de cobro en algunos casos, pero esta ya es una cuestión de hecho que de ninguna manera destruye la validez del principio ni puede autorizar a que desconozca la primacía que tiene el deber de reserva profesional cuando entra en conflicto con un derecho como el que nos ocupa. Ella no constituye una negación del derecho de defensa, pues los mismos Códigos Procesales establecen limitaciones similares dentro del derecho privado en materia de prueba. Tal ocurre, por ejemplo, con el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal que dispone que “para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquiera cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral”. Y situación semejante se presenta con el artículo 1198 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual “el juez debe recibir todas las pruebas que se presenten a excepción de las que fueren contra derecho o contra la moral”.

Ahora bien, nadie podrá sostener que esas limitaciones a la prueba, cuya justificación es obvia, desconocen el derecho de defensa o lo vuelven

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 193-194.

nugatorio, pues lo único que hacen es resolver la oposición existente entre dos principios fundamentales que deben regir la administración de justicia y a los que se refiere Carrara o sea “el que proclama el triunfo de la verdad en los juicios y el que proclama que la justicia no puede ilustrarse por medios inmorales, y menos aún, por medios criminosos”.¹⁹

Finalmente, por lo que toca a la afirmación que hace Jiménez Huerta en el sentido de que “la realización de la Justicia es el interés social supremo”, claro que es indiscutible, pero si se pretende emplear, como lo hace este autor, para reforzar su argumentación, a que nos venimos refiriendo, se incurre en una petición de principio, pues —precisamente— lo que se trata de saber es si la realización de la justicia se obtiene mejor con la guarda inviolada del secreto o con la obtención del pago de los honorarios debidos al profesionista, por lo que se vuelve a dejar en pie el mismo problema que se trata de resolver.

En cuanto a la posición que toma Sebastián Soler, a que también nos hemos referido antes, en el sentido de que el profesionista puede hacer en el caso de cobro de honorarios “las manifestaciones necesarias para la defensa de sus derechos”, se aviene mal con la opinión sustentada por el mismo autor en otra parte de su obra, de la cual nos ocupamos en el capítulo anterior, ya que precisamente Soler es uno de los tratadistas que proponen como criterio para la valuación de los bienes jurídicamente protegidos, en caso de conflicto entre ellos, el conocimiento de las escalas penales establecidas por la ley para castigar los delitos que los lesionan.

Pasando ahora al otro caso antes mencionado de posible conflicto entre el profesionista y su cliente, o sea el que se da cuando alguno de ellos queda en situación de acreedor respecto del otro, que a su vez viene a quedar como deudor, debemos hacer las siguientes consideraciones. En este caso, a diferencia del anterior, el litigio se presenta sobre asunto diverso del que motivó el conocimiento del secreto. Se citan por los autores, como posibles ejemplos, los casos en que el profesionista adquiere algún crédito o bien litigioso en contra de su cliente, por compra que haga de ellos o también por haberlos heredado. Por nuestra parte, consideramos aun menos justificado que el profesionista haga revelaciones del secreto para defenderse. Su derecho para litigar contra el cliente y exigir lo que le sea debido, queda incólume, pero ello no le faculta para quebrantar el secreto profesional ni constituye justa causa para revelar. Es difícil suponer que en tales casos se haga necesaria la reve-

¹⁹ *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Ed. Themis, 1958, t. II, núm. 1641, p. 449.

lación de secretos conocidos en asunto diverso, para poder hacer valer el derecho de defensa. De hacerse tal revelación, más bien podría ser empleada por el profesional como un medio extralegal para presionar al cliente con objeto de que acceda a sus pretensiones, sean éstas justificadas o no, en cuyo caso resulta evidente la ilicitud y, por consiguiente, la antijuridicidad de la medida, por no ser ella inherente ya al derecho de defensa legal. Además, hay que tener en cuenta que si la adquisición del bien o del crédito litigiosos se efectuaron en contra de lo dispuesto por el artículo 2276 del Código Civil, que prohíbe a los abogados comprar bienes que son objeto de juicio en que intervengan y ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre esos bienes, o si se llevaron a cabo en contra de lo dispuesto por el artículo 2280 Fracción II del mismo Código, que prohíbe a los mandatarios comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados, entonces no solamente será ilícita la revelación, sino que aun el mismo derecho ejercitado por el profesional podrá quedar sin efecto, atenta la ilegalidad de la adquisición en que se funda.

Una aclaración debemos hacer, sin embargo, con relación al límite que, según estimamos, existe para el derecho de defensa del profesional en los dos casos antes examinados, consistente en que no puede hacer revelación de los secretos conocidos por él. Dicha limitación debe existir tan sólo cuando el secreto está vigente, pues si los hechos que son materia de él han pasado ya a ser públicos o han sido dados a conocer judicialmente con anterioridad, o bien si el secreto del abogado ha cumplido ya la función para la que se confió, según lo que acerca de ésta expusimos en el capítulo tercero, dejando de haber razón para que exista, es evidente que en tales casos sí puede ya el profesional dar a conocer lícitamente esos hechos sin responsabilidad alguna por su parte, al ejercer su defensa legal. Podrá darlos a conocer bien en la parte expositiva —al narrar los hechos que funden su acción o su excepción— cuando sea el caso, o bien mostrándolos como prueba al exhibir documentos u objetos que los contengan. No podrá alegarse en tales casos que el profesional haya hecho revelación de algo que no era conocido y que, por lo tanto, conservaba su carácter secreto, perjudicando con ello al cliente o a un tercero.

V. Quedan, por último, las situaciones en que el profesional es víctima de un delito de su cliente, que necesita denunciar, o bien a la inversa, esto es, cuando el cliente lo acusa injustamente de un delito o cuando le demanda en la vía civil indemnización por responsabilidades profesionales en que no ha incurrido. Es en todos esos casos en los que estimamos que el derecho de defensa da al profesional una mayor am-

plitud en cuanto a los medios que puede emplear. En ellos sí le es lícito revelar con tal objeto los secretos conocidos en el ejercicio de la profesión, respecto del cliente de que se trata. La actitud de este último como atacante o como agresor,²⁰ justifica al profesionista. No puede imponerse a éste la obligación de soportar, además de una pérdida patrimonial, una amenaza de daño en su reputación o en su libertad, por guardar el secreto.

En todos los casos antes señalados, en los que entra en juego el derecho de defensa legal del profesionista, nos parece acertada y sensata la opinión de Perraud-Charmantier, cuyas ideas expone en los párrafos que a continuación transcribimos:

En lo que concierne a los abogados y a los procuradores, reconociendo el carácter casi absoluto de su obligación al secreto, creemos, sin embargo, que ella no es ilimitada. En justicia, la razón de estado estaría allí en juego. En toda hipótesis, el abogado y el procurador podrán hablar para asegurar su defensa legítima; el fraude reduce a la nada su obligación;...²¹.

En el conflicto de la obligación al secreto y del ejercicio de un derecho, para determinar el deber superior que se impone al confidente, importa distinguir al interés que puede estar en la fuente del ejercicio de este derecho, a saber: el interés pecuniario o el interés moral. Si el confidente no tiene que hacer valer sino un interés pecuniario la obligación al secreto queda inviolable; el médico no podrá en una demanda por pago de honorarios revelar la naturaleza o siquiera el nombre de la enfermedad del deudor, a quien presta sus cuidados.

Al contrario, si se trata de un interés moral, el confidente puede hablar, pero aún hace falta que se trate de un interés moral importante: la defensa da su probidad o de su honor profesionales. Sería excesivo entregar sin defensa a los confidentes necesarios a la mala fe de los clientes o a la malignidad de terceros. El abogado perseguido por su cliente podrá pues exhibir los documentos a él confiados por éste;...²².

En el conflicto surgido entre la obligación al secreto y el interés de un particular, éste no puede sino ceder delante de aquél...²³

Hacemos nuestros estos conceptos con sólo una salvedad. No creemos, como dice Perraud-Charmantier de una manera tan general, que "el fraude reduce a la nada" la obligación al secreto. Ello nos parece excesivo. En los casos en que hemos admitido el derecho del profesionista a revelar, es evidente que no puede hacerlo sino dentro de los siguientes límites:

²⁰ Como atacante legal (de derecho) cuando demanda o acusa y como agresor injusto (de hecho) cuando delinque contra el profesionista.

²¹ *Le secret professionnel*, D. P. III-III, p. 266.

²² *Ibid.*, p. 273.

²³ *Ibid.*

1º Que la revelación sea ciertamente necesaria para la defensa, hasta el punto de que no existe otro medio legal con que pueda llevarla a efecto con éxito;

2º Que se haga dicha revelación en la medida estrictamente indispensable para la defensa y no más allá;

3º Que haya debida proporción entre el daño que se cause con la revelación del secreto y el que se evite el profesionista con ella y

4º Cabe preguntar si también debe exigirse como límite la condición de que en definitiva resulte fundado y cierto el derecho del profesionista que se defiende mediante la revelación.

Esta última exigencia plantea un delicado problema de dudosa resolución. Si se sostiene la afirmativa, quiere decir entonces que la licitud o ilicitud de la revelación del secreto dependerá de la sentencia que en definitiva se dicte. Si ésta fuere favorable al profesionista, su reclamación será fundada, su derecho será cierto y la revelación habrá quedado justificada. Pero si le fuere desfavorable, querrá ello decir que no fue cierto el derecho que hizo valer, que lo que reclamó era injustificado y que, como consecuencia de ello, la revelación habrá sido ilícita. ¿Deberá exigirse esto al profesionista hasta el punto de hacerlo responsable de la certeza del derecho que hace valer en su defensa y, por lo mismo, del éxito que obtenga con ella, para que la revelación resulte lícita?

Lo consideramos excesivo. Creemos que aquí deben entrar en juego los conceptos de equidad y buena fe a que tan a menudo recurre el derecho positivo y que han sido llamados válvulas de escape del mismo.

Nos parece un criterio bien orientado para llegar a la solución de este problema, tomar como guía el principio que adopta nuestro Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal para regular la condena en costas judiciales. El artículo 140 de dicho Código establece como regla general, que "la condenación en costas se hará cuando así lo prevenga la ley, o cuando, a juicio del juez, se haya procedido con temeridad o mala fe". Y a continuación señala taxativamente los casos en que debe condenarse al pago de costas. En otros términos, el referido Código Procesal, a diferencia de otros de que hablaremos más adelante, no acepta el sistema del vencimiento, consistente en que, por regla general, debe pagar siempre las costas el que pierde un juicio, sino que, por el contrario, dicha condena sólo procede en nuestro Código en los casos limitativamente señalados por él (juicios ejecutivos, hipotecarios, interdictos, por condena igual en ambas instancias, por no rendir prueba alguna, por presentar documentos o testigos falsos, etcétera) y fuera de ellos procede únicamente cuando el juez, usando facultades discrecionales, estima que el litigante ha procedido con temeridad o mala fe.

Diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia han estudiado

este último caso, interpretando la disposición con acertado criterio, como lo revelan las que en seguida transcribimos en lo conducente:

Si las pruebas que rindió el demandado no demostraron sus excepciones, y en cambio las de su contraria decidieron en su favor la contienda, no por esto puede estimarse que aquélla obró con temeridad o mala fe, sino ha de considerarse lo contrario, que de buena fe hizo la defensa de lo que creía tener derecho. . .²⁴

En otros términos, resuelve la ejecutoria que el solo hecho de perder un litigio no indica necesariamente temeridad o mala fe en el vencido, ni le impone la obligación de pagar costas.

En otra sentencia del Alto Tribunal se dice:

. . .el juzgador debe tomar en cuenta también los datos que arrojen las constancias de autos para percatarse de si el litigante ha realizado actos que revelen su temeridad o mala fe, ya por haber hecho promociones inconducentes, por falta de veracidad en las mismas o por otras encaminadas a entorpecer o dilatar el proceso. . .²⁵

Pero más que los hechos antes señalados como indicativos de temeridad o mala fe, o sea los que constituyen lo que la misma Suprema Corte de Justicia llama en otras partes la "conducta procesal" del litigante, lo que debe tenerse en cuenta para determinar si han existido o no esa temeridad y mala fe, es la actitud inicial del que litiga, o sea la que revela con el hecho de intentar el juicio o de defenderse en el mismo, relacionándola con la justicia o injusticia evidentes de su pretensión. Francesco Carnelutti, que se ha ocupado de este problema en relación con los daños causados por el procedimiento —ya no con las costas precisamente, que en el derecho de su país tienen un significado diferente y se rigen por otros principios— ha expresado:

La obligación de resarcimiento del daño, lo mismo que la obligación del reembolso de las costas, tiene como fundamento la injusticia de la pretensión o de la resistencia, pero a diferencia de ella, a la injusticia objetiva hay que agregar la mala fe o la culpa: mala fe en la proposición de la pretensión o de la oposición se da cuando quien la propone es conciente de la injusticia; culpa, cuando de haberse comportado con mayor diligencia, hubiera podido llegar a ser conciente de ello.

Y más adelante añade este tratadista:

. . .tanto el proponer una pretensión o una oposición con la conciencia de su injusticia como el proponerla sin haber verificado diligentemente su justicia son actos contrarios a la probidad. . .²⁶

²⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. XLIV, 4ª parte, amparo directo 915/60, Graciela Serna, p. 97.

²⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. xxvi, 4ª parte, amparo directo 1297/59, Bienes Raíces San Lázaro, S. A., p. 24.

²⁶ *Instituciones del proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1959 t. 1, núm. 240, p. 364.

Las anteriores ideas de Carnelutti concuerdan con las expresadas por la Suprema Corte de Justicia en otra ejecutoria que dice:

Por litigante temerario, para los efectos de la condena al pago de las costas, ha de entenderse a quien sostiene una pretensión injusta sabiendo que lo es, o que hubiera podido saberlo, si hubiese investigado con más diligencia los fundamentos de tal pretensión.²⁷

En otros términos, de acuerdo con estas ideas no basta la sola derrota procesal para imputar al vencido la responsabilidad del proceso y poner a su cargo la indemnización de los daños —o de las costas— que con el mismo haya causado.²⁸ Se requiere algo más que esto, consistente, desde el punto de vista objetivo, en la notoriedad o evidencia de la injusticia de su pretensión y desde el punto de vista subjetivo, en el dolo o mala fe del litigante que en tal circunstancia no puede menos que conocer esa injusticia, por su evidencia, aún antes de llegar a una resolución judicial que la declare. Pero la tesis de nuestra Suprema Corte de Justicia, que acabamos de exponer, coincidiendo en este punto con las ideas de Carnelutti, va más allá, considera posiblemente a la temeridad como culpa que también genera responsabilidad, porque la injusticia de la pretensión hubiera podido ser conocida y no lo fue, debido a que el litigante no procedió con la debida diligencia en la investigación del caso.²⁹ Esta culpa también creará responsabilidad por el proceso y hará pasible de condena en costas a quien incurrió en ella.

A igual conclusión se llega viendo el problema desde el punto de vista opuesto. Hay códigos procesales que, siguiendo el principio del vencimiento, establecen, a diferencia del sistema antes señalado, que deberá ser condenada al pago de costas, por regla general, toda persona que pierda un litigio. Este es el sistema que sigue nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles y, entre otros códigos locales, el del Estado de Jalisco. Pero a esta regla general no dejan de establecerse excepciones y, entre las que señala el último de los dos Códigos citados, se encuentra la que consiste en que el caso materia de litigio sea dudoso, es decir, en que

²⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. cv, 4ª parte, amparo directo 5661/63, Cortinas de Acero Riba, S. A., p. 26.

²⁸ De acuerdo con nuestra ley sustantiva las costas se consideran un efecto del incumplimiento de la obligación que motivó el juicio y, por consiguiente, se ponen a cargo del incumplido, pero en todo caso se deja que esta cuestión la resuelva la ley adjetiva. Así lo dispone el artículo 2118 del Código Civil: "El pago de los gastos judiciales será a cargo del que faltare al cumplimiento de la obligación, y se hará en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles."

²⁹ Esto equivale a lo que llaman los moralistas ignorancia vencible, y, por tanto, inexcusable.

no sea evidente la injusticia de ninguna de las partes, caso en el cual se reconoce como improcedente la condena en costas, con lo cual se llega al mismo resultado que persiguen los códigos del sistema contrario. Nuevamente acudimos a otra tesis de la Suprema Corte de Justicia en la que, interpretando el precepto correspondiente del Código del Estado de Jalisco, dice lo que sigue:

El artículo 143 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, establece que la condena en costas no procede: "IV. En los demás casos en que a juicio del Juez, el punto haya sido verdaderamente dudoso o existan razones de apariencia suficientes para fundar la creencia u opinión sustentada por el perdidoso en el juicio." Ahora bien, según es de verse de la transcripción anterior, la fracción aludida refiere la excepción a dos causas diferentes: una, cuando el punto cuestionado en el juicio es verdaderamente dudoso y, la otra, cuando existan razones de apariencia suficiente para fundar la creencia u opinión sustentada por el perdidoso, o sea que la apreciación correspondiente por el Juzgador implica el ejercicio de facultades discrecionales apoyadas en el prudente arbitrio. . .⁸⁰

Esta no es sino una manera negativa de sostener el mismo principio antes indicado, consistente en que, para que proceda la condena en costas, se requiere que sea evidente la injusticia de la pretensión u oposición sostenida en el litigio, pues cuando falta esa evidencia por ser dudoso el caso o por existir "razones de apariencia suficiente para fundar la creencia u opinión sustentada", como dice el precepto que se comenta, no puede condenarse en costas al que sustentó tal opinión, pues estuvo en su derecho para hacerlo, sometiéndola a resolución judicial aun cuando posteriormente le resultare desfavorable ésta.

Volviendo al tema que nos ocupa en esta obra, hemos dicho que las anteriores ideas puedan ser aplicadas para resolver el problema de la revelación de secretos cuando la hace el profesionista al ejercitar su derecho de defensa legal, en los casos en que hemos considerado admisible tal revelación, como son aquellos en que se ve en la necesidad de denunciar un delito cometido contra él por su cliente, o bien de defenderse de la acusación penal presentada por éste, o de una injustificada reclamación que le haga en demanda civil por responsabilidades que le atribuya. En todos estos casos tendrá que exigirse que no haya injusticia evidente en la posición sostenida por el profesionista, pues si la hubiere, no podría justificarse de ningún modo la revelación que hiciera para defenderse, ya que ella entrañaría temeridad o mala fe notorias, es decir, el dolo por parte suya. También

⁸⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. cxx, 4ª parte, amparo directo 4775/65, Jorge Javier Ceballos Preciado, p. 13.

creemos que aquí debe entrar en juego el concepto de culpa, en los términos en que lo emplea la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, que en párrafos anteriores transcribimos, siguiendo la opinión de Carnelutti o, por lo menos, coincidiendo con ella. Si la injusticia de la causa no es notoria a primera vista, pero puede llegar a conocerse por el profesional mediante un examen del caso que esté a su alcance, también debe hacérsele responsable por la revelación del secreto. Y esto es particularmente aplicable al abogado, pues ningún profesionista mejor que él está en condiciones de examinar el caso y conocer si la posición que sostiene en el mismo entraña o no una injusticia notoria.

Sólo de esta manera pueden evitarse dos soluciones extremas que resultarían por ello inadmisibles: la que consistiera en hacer responsable por la revelación al profesionista, en todo caso que llegue a ser vencido, pues ella restringiría injustificadamente su derecho de defensa, y también la posición opuesta, consistente en permitirle que pueda hacer en todo caso, para defenderse, revelación de secretos conocidos en el ejercicio de la profesión, aún cuando su defensa fuera evidentemente injusta, pues esto último podría conducir al abuso de llegar a tomar esa defensa legal solamente como pretexto para revelar, con perjuicio del cliente y sin utilidad alguna para el profesionista.

VI. La siguiente causa de justificación a examinar en relación con el secreto profesional es el cumplimiento de un deber, establecido, igual que la anterior, en la fracción V del artículo 15 del Código Penal. Aquí contemplamos, como dijimos antes, el conflicto entre dos deberes que se excluyen entre sí y cuyo cumplimiento resulta por tal causa incompatible. De allí que, por tanto, el cumplimiento de uno de esos deberes justifique el necesario incumplimiento del otro.

Conforme al citado precepto, ambos deberes tienen que ser de carácter legal, esto es, impuestos por el ordenamiento positivo. La observancia de deberes puramente morales, religiosos, etcétera, es decir, que no tengan carácter jurídico, no es razón válida para el incumplimiento de estos últimos, de acuerdo con esa disposición.

Pero no basta que revistan carácter legal ambos deberes en conflicto para que opere la eximente de responsabilidad penal. Se requiere además que el deber incumplido sea el de menor importancia, es decir, que se sacrifique el menor en beneficio del mayor —para poder cumplir este último— y no a la inversa. Volvemos pues a encontrar el concepto de jerarquía, de desigualdad de los bienes en conflicto y a enfrentarnos con el problema de la valoración, con el que ya antes hemos tropezado, para po-

der identificar el bien jurídico mayor y saber de ese modo si el sacrificio del que se le contrapuso resultó justificado.

El problema reviste tanta más importancia cuanto que hay ocasiones en que ambos deberes en colisión están penalmente tutelados; es decir, que configura hecho delictuoso el incumplimiento de cada uno de ellos. Y entonces el sujeto que se ve ante ese conflicto, cuando la ley no lo resuelve suficientemente, tiene la necesidad ineludible de determinar cuál es el deber que ha de cumplir y cuál el que debe sacrificar; ya que errar en esta apreciación lo haría incurrir en delito e impediría su justificación.³¹

El deber del secreto en el profesionista puede entrar en colisión con dos deberes, según la mayoría de los autores que estudian este problema: con el de declarar en juicio como testigo y con el de denunciar, para su represión, los hechos delictuosos cometidos de que tenga conocimiento. En resumen, se puede decir que el secreto profesional como deber llega a contraponerse en el profesionista obligado a guardarlo, a los deberes que también le incumben, no ya como tal, sino como persona miembro de la sociedad, para cooperar con la administración de justicia en su tarea de conocimiento e investigación de los hechos, que precede al pronunciamiento de una sentencia.

Vamos a ocuparnos del primero de esos deberes, que tanto ha dado que decir en la literatura jurídica. Al hablar de colisión entre el deber de reserva profesional y el de declarar como testigo, se implican, en realidad, tres situaciones diferentes en las que el secreto entra en conflicto:

1º Con la obligación de deponer ante autoridad, informando sobre hechos de que se tiene conocimiento y que la autoridad está interesada en conocer por ser determinantes del sentido en que deba dictar una resolución.

2º Con la obligación de exhibir documentos u objetos que el profesionista tenga en su poder con motivo del ejercicio de su profesión y de cuya lectura o vista se obtenga algún conocimiento por la autoridad, para el mismo fin antes indicado.

3º Con la obligación de permitir visitas o inspecciones a locales ocupados por el profesionista, tales como su domicilio u oficina, permitiendo que la autoridad investigue en ellos para obtener el conocimiento de los

³¹ Eusebio Gómez dice a propósito del secreto profesional lo siguiente: "La ley penal, reconociendo la necesidad de que ese secreto sea mantenido, reprime al que lo revela. Sean razones de orden político y social las que fundan la obligación del silencio; sean las normas que la imponen la simple reproducción de normas éticas, como, por lo general, lo son todas las normas penales... lo cierto es que dicha obligación existe, y que su incumplimiento, cuando reviste las modalidades que la ley prevé, constituye un delito" (*Tratado de derecho penal*, t. III, cap. LXXIII, núm. 840, p. 433).

hechos que necesita, también con el mismo objeto que en los dos casos anteriores.

Estas tres obligaciones tienen un común denominador, que es el de servir a la autoridad en su función cognoscitiva, previa a la función decisoria, en los casos que le son presentados para su resolución. Por ello es que tales obligaciones incumben a toda persona capaz de cumplirlas, independientemente de su estado, nacionalidad o residencia, pues de acuerdo con el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal:

Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral. En el artículo 288 el mismo Código dispone que: Los terceros están obligados, en todo tiempo a prestar auxilio a los Tribunales en la averiguación de la verdad. En consecuencia, deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos. . .

Y, finalmente, el artículo 356 del referido Código Procesal dispone que

“Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben de probar están obligados a declarar como testigos.” Idénticas o similares disposiciones se encuentran en otros códigos procesales de nuestro país.

He aquí planteado el conflicto entre los dos deberes legales, el de guardar el secreto y el de auxiliar a la autoridad en el conocimiento de los hechos, que ésta necesita tener para poder dictar resolución; conflicto que se agrava más, debido a la circunstancia de que el incumplimiento de ambos deberes puede llegar a constituir delito. Del de revelación de secretos ya hemos tratado en el capítulo segundo. Y en cuanto al otro deber, también se encuentra penalmente tutelado, puesto que el hecho de faltar al mismo, llega a dar lugar a los delitos de desobediencia o resistencia a mandato legítimo de autoridad, descritos en los artículos 178 y 180 del Código Penal.

La primera y más sencilla solución que se ha intentado dar a este problema por los tratadistas, consiste en dejarlo a la conciencia del profesional, para que éste, con libertad jurídica, constreñido por sus principios morales únicamente, resuelve en qué casos puede o debe revelar en auxilio de la autoridad y en qué casos está impedido de hacerlo. En otros términos, se sustrae este conflicto del campo del derecho para trasladarlo al de la ética profesional.

Así, conforme a este criterio, se expresa en los siguientes términos Eusebio Gómez:

Pero ¿quién decide acerca de la posibilidad de revelar el secreto sin daño para la persona que lo confió o a quien pertenece? No, ciertamente, los tribunales, que no conocen ese hecho, sus modalidades, sus consecuencias. No puede haber otro juez que la conciencia del profesional para pronunciarse respecto de la naturaleza secreta del hecho, cuando la justicia exige su revelación.³²

Fernández Serrano es de opinión similar:

Finalmente, en todos los casos de duda o de conflicto de deberes en materia de secreto, el abogado obrará, en orden a la administración de su secreto, de acuerdo con las necesidades de la defensa y conforme a los dictados de su conciencia de varón justo.

Y más adelante añade:

El abogado citado como testigo para deponer en un asunto en el que hubiera intervenido profesionalmente, en lugar de prestar el juramento de decir verdad, debe manifestar: "Que habiendo sido consultado sobre el asunto que motiva su comparecencia ante el juez, le repugna a su corazón y a su conciencia deponer, directa ni indirectamente, y solicita se le dispense de declarar."³³

En el mismo sentido se pronunció el Quinto Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Roma en 1958, una de cuyas resoluciones con relación al secreto profesional del notario y de sus colaboradores, tema tratado en dicho Congreso, dice textualmente: "III. Corresponde únicamente al notario juzgar según su propia conciencia, la apreciación de una justa causa que permita revelar el secreto profesional."

En sentido opuesto Sebastián Soler, a quien no satisface del todo la solución de dejar el problema a la conciencia del profesionista —como tampoco nos satisface a nosotros por las razones que más adelante habremos de exponer— dice lo siguiente:

Ha dicho reiteradamente nuestra jurisprudencia, que esto es una cuestión totalmente librada a la conciencia del profesional llamado en una causa como testigo. Esta afirmación, que acuerda a la referida jurisprudencia una tendencia de humana y simpática amplitud, es exacta, sin embargo, solamente desde el punto de vista procesal y externo, en el sentido de que verificada la situación que puede dar lugar al secreto, la afirmación del profesional de ser el hecho un secreto es incontrolable por el Juez. Es exacta, pues, en un cierto sentido negativo; pero no puede significar que basta que el profesio-

³² *Op. cit.*, t. III, p. 441.

³³ *Op. cit.*, p. 131.

nal se resuelva a hablar para que el hecho deje de constituir un secreto protegido.³⁴

Este último punto de vista nos parece acertado. Efectivamente, el profesionista es el único que está en posibilidad de calificar si el hecho sobre el que se le pide declaración tiene carácter secreto o no. Intentar someter esa calificación al Juez requirente, sería tanto como destruir el secreto, haciendo la revelación antes de determinar si es procedente. Es en este sentido que creemos debe interpretarse la expresión de Perraud-Charmantier consistente en que el profesionista "no podría ser constreñido a suministrar la prueba de la calidad en la que ha podido actuar, sin que sea aniquilada la regla de discreción a la cual está obligado;...".³⁵ Por nuestra parte, hemos expuesto en otro trabajo la opinión que sustentamos sobre este intento de solucionar el problema creado por el conflicto entre el deber del secreto profesional y la obligación de declarar ante autoridad, remitiéndole a la conciencia moral del profesionista exclusivamente y la reiteramos ahora en los mismos términos:

La solución, cara a algunos autores, de dejar a la conciencia moral del profesionista la decisión de si debe o no revelar el secreto en casos de conflicto, es encomiable en principio porque manifiesta el respeto al fuero interno, lo cual significa reconocimiento de los derechos de la persona humana. Pero en el fondo constituye una aportación jurídica muy pobre, que reconoce, casi expresamente, la impotencia legislativa para resolver el problema. Es una capitulación en la lucha por el Derecho. Soler ha atacado vigorosamente esa solución desde el punto de vista de las leyes de su país. Como quiera que sea, una conclusión se evidencia: es la de que no se puede dejar a criterios morales individuales la solución de casos en que el interés social se halla presente en los dos extremos en conflicto. El Estado, a quien compete la guarda de este interés, debe dar su solución a través de las leyes y solamente en los casos en que esa solución resulte imposible, deberá dejarse ella al arbitrio moral del profesionista.³⁶

Otros intentos para resolver este mismo problema han consistido en sostener que el profesional queda libre de toda responsabilidad por la revelación, si hace ésta en cumplimiento de alguna disposición legal o de alguna orden de autoridad. Lo primero es cierto, pues si la ley le manda declarar en algún caso, ella misma está limitando el secreto profesional al crearle una excepción y en tal supuesto no existe ya propiamente conflicto entre los dos deberes. Pero lo segundo nos parece del todo inexacto, pues la orden de autoridad no resuelve por sí sola el problema. Si se funda ella en una disposición legal, se iguala esta situación

³⁴ *Op. cit.*, t. iv, p. 142.

³⁵ *Op. cit.*, p. 110.

³⁶ *Los notarios frente a la legislación fiscal punitiva*, 1965.

con la anterior. La ley es la que manda declarar; no ya la autoridad, que solamente la aplica. Pero si no se funda esa orden en disposición legal ¿qué puede ocurrir entonces? El error está en que solamente se contempla el conflicto desde el punto de vista subjetivo del profesionista, para eximirlo de responsabilidad penal, pero no desde el punto de vista objetivo de la revelación en sí misma, para determinar si ella es lícita o no. Y este último es el decisivo, pues la autoridad se encuentra igualmente interesada en resolver el problema, toda vez que ella, por su parte, puede incurrir en delito si constriñe al profesionista indebidamente a revelar, dándole orden para que declare (artículo 13, fracción II, Código Penal).

Partiendo, pues, del criterio de buscar una solución objetiva al conflicto de deberes que aquí estudiamos, nos parecen interesantes los siguientes conceptos de Perraud-Charmantier:

La cuestión del testimonio en justicia es muy delicada, la obligación del artículo 378 se encuentra en conflicto directo con los artículos 80 y 317 CIC. Ninguna excepción de testificar está formalmente establecida en favor de los confidentes necesarios. En principio, pues, ellos están obligados a testificar; el testimonio en justicia es un verdadero servicio público; la obligación que está hecha a todo ciudadano de deponer lo que sabe, es de orden público absoluto. Ella debería pues prevalecer sobre la obligación del secreto, que no está sancionada sino por un orden público secundario.³⁷

Sin duda alguna este autor, que considera el secreto como una obligación de orden público secundario o relativo, ya que admite limitaciones, olvida que la obligación opuesta o sea la de testificar, también es limitada, siendo por tanto inexacto que se funde en un orden público absoluto. Por ello es que en párrafos siguientes al que acabamos de transcribir da marcha atrás Perraud-Charmantier, sin atreverse a llegar a la conclusión a que lógicamente lo conducirían sus anteriores premisas. Y así sostiene que

la dispensa de testificar debe ser acordada en los casos estrictamente indispensables, es decir a los confidentes de las grandes profesiones, pero que conviene rehusarla, a otros. Entre esos confidentes de las grandes profesiones incluye a los abogados y notarios y más adelante confirma esta solución ecléctica o intermedia a que llega, diciendo: "Este es un principio admitido y nosotros lo admitimos con ciertas restricciones, que la obligación al secreto prevalece sobre la de testificar. Los confidentes necesarios deben quedar dispensados de testificar por un privilegio especial de sus funciones... No podría ser cuestión sino de reducir al mínimo el número de personas beneficiadas de este privilegio exorbitante."³⁸

³⁷ *Op. cit.*, p. 275.

³⁸ *Ibid.*, pp. 276-278.

Pero el acierto de Perraud-Charmantier está en que califica a la obligación de testimoniar, de "verdadero servicio público". Esto último implica ya una orientación atinada para plantear el problema, por más que el jurista francés no penetre en el mismo para examinar a fondo la naturaleza de ese servicio público.

Importa pues examinar la naturaleza jurídica que tiene la obligación de testimoniar. Y sobre esto es al derecho público al que corresponde dar la respuesta. Dejamos pues la palabra a dos eminentes tratadistas de derecho administrativo para que nos digan lo que sobre esta materia se ha investigado en la doctrina.

El primero de ellos es Benjamín Villegas Basavilbaso, quien en su obra, en un capítulo que intitula: "Servicios Personales Obligatorios", escribe los siguientes interesantes párrafos:

Se ha establecido que la nota específica que distingue tanto al funcionario como al empleado público de todos los demás agentes públicos es la voluntariedad de sus prestaciones a la administración pública. Si las prestaciones son obligatorias se está en presencia de un instituto distinto denominado servicio obligatorio o carga pública. Esta figura es conocida en la doctrina alemana con el nombre de obligación de servicio forzado. Según Mayer, es una obligación de servir reglada por el derecho público, impuesta por la autoridad, independientemente del consentimiento de la persona interesada.

En este instituto no funciona la voluntad del individuo frente a la voluntad del Estado. Como bien se ha dicho, el Estado se apropia, por así decirlo, del individuo por un acto imperativo respecto del cual el particular no tiene ninguna facultad de decisión, y por ello la prestación o el servicio es obligatorio. Es el Estado quien impone unilateralmente la obligación de la prestación o del servicio.

El servicio personal obligatorio es una especie de carga pública. No toda carga pública es una obligación de servicio forzado. La doctrina diferencia las cargas públicas en personales y reales. Las primeras tienen por contenido la prestación directa y personal de un servicio al Estado (*Latu sensu*); las segundas consisten en la prestación de cosas, y su forma típica está constituida por el impuesto.³⁹

En estas cargas públicas o servicios personales obligatorios coloca Villegas Basavilbaso al servicio militar, las obligaciones censales y electorales y también, de manera especial, la que aquí nos ocupa o sea la obligación de testimoniar, señalando como características comunes de ellas las siguientes:

I. *La Legalidad*. Como las cargas públicas constituyen una restricción a la libertad individual, deben ser impuestas por una ley, entendiéndose ésta en su sentido formal, o sea como disposición de carácter general emanada del poder legislativo.

³⁹ *Derecho administrativo. Instituciones Fundamentales*, Buenos Aires, Editora Argentina, 1954, primera parte, t. III, cap. III, núm. 282, p. 341.

II. *La Igualdad.* Todos los sujetos pasivos deben ser iguales ante la Ley para soportar las cargas públicas. Sin embargo, ello no impide que éstas recaigan a veces sobre determinado círculo de personas, como ocurre con el servicio militar, que la misma ley establece y tampoco impide que ella señale excepciones en virtud de razones de índole moral o política.⁴⁰

III. *La Temporalidad.* La carga pública o servicio personal obligatorio debe estar limitada por la ley, en cuanto a su duración, a un plazo determinado. De lo contrario "equivaldría a sancionar la esclavitud".⁴¹ A veces esa limitación no está constituida por un término sino por razón del objeto mismo del servicio personal —como es el caso de la obligación de testimoniar— una vez consumado el cual, la obligación se extingue. Pero —añade el mismo autor— en todo caso esa extinción no se produce de pleno derecho, sino que requiere declaración expresa de la autoridad. A veces puede concluir la obligación antes del vencimiento del término o de la consumación del objeto, por causas accidentales o contingentes.⁴²

IV. *La Gratuidad.* El servicio personal obligatorio no es remunerable, pero ello no impide que se indemnice en algunos casos al obligado que lo presta, por los daños o perjuicios sufridos.

V. *La Impermutabilidad.* No puede el servicio ser prestado por un tercero diverso del que tiene a su cargo la obligación, pues ello iría contra el principio de igualdad antes señalado, ni tampoco puede sustituirse por pago de dinero, pues esto último transformaría en real la carga que es por esencia personal. Tampoco pasa a los herederos del obligado. Además, añadimos nosotros, esto último sería imposible en algunas obligaciones, como la de testimoniar, que es *intuitu personae*, y

VI. *La Certeza y Determinación.* El objeto de la prestación debe ser específicamente conocido. La ley que impone la carga pública personal no puede dejar en la indeterminación la naturaleza de la prestación.⁴³ Esto último no es sino una consecuencia del principio de legalidad que mencionamos en primer término y con objeto de evitar decisiones arbitrarias de las autoridades.

Refiriéndose ya especialmente al tema que nos ocupa —o sea la obligación de testimoniar— añade Villegas Basavilbaso los siguientes conceptos, que atañen al poder del Estado para hacerla eficazmente exigible: "Tratándose de ciertas cargas públicas, como la del testigo en juicio o la del servicio militar, la resistencia al cumplimiento de la prestación

⁴⁰ *Ibid.*, p. 346.

⁴¹ *Ibid.*, p. 344.

⁴² *Ibid.*, p. 349.

⁴³ *Ibid.*, p. 345.

es eliminada por el empleo de la fuerza; el deudor de la obligación será conducido *manu militari*".⁴⁴

En consecuencia, conforme a las ideas anteriores de Villegas Basavilbaso, la carga de testigo tiene dos obligaciones diversas: la de comparecer ante la autoridad requirente y la de declarar. La primera puede hacerse cumplir, en caso de resistencia, mediante la presentación forzada del obligado y tiene algunos casos de excepción. Ejemplo de ellos es el de la declaración por oficios, que en nuestro derecho establece, para los altos funcionarios, el artículo 359 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. En cuanto a la segunda obligación, o sea la de declarar, no hay posibilidad, en caso de negativa, de obtenerla mediante coacción; sólo puede actuarse con ella represivamente, esto es, aplicando medidas de apremio y hasta sanciones penales. El testigo no tiene el derecho de no responder, "pero contra derecho puede negarse a declarar y no hay coacción pública capaz de vencer esa resistencia. . . ; el silencio del testigo podrá ser castigado como delito, pero no suple ni remedia la falta del testimonio".⁴⁵

También esta segunda obligación admite excepciones y entre ellas menciona Villegas Basavilbaso el caso del profesionista, en los siguientes términos: "Además, constituye una excepción a la obligación de declarar en juicio el denominado, no muy correctamente por cierto, secreto profesional".⁴⁶

El segundo tratadista de derecho administrativo, cuyas ideas resultan de interés en el tema que nos ocupa es Otto Mayer, el mismo que cita Villegas Basavilbaso en los anteriores párrafos suyos. Al tratar Mayer lo que llama él "servicio forzado" se expresa en los siguientes términos:

La entrada al servicio del estado como funcionario de profesión constituye la forma universal de derecho público, en vista de hacer nacer toda clase de obligaciones de servir de un contenido cualquiera. El servicio forzado y el servicio de honor no encuentran aplicación en este lado, sino de una manera restringida y para obligaciones de servir con objetos determinados. Hay también una categoría aparte, de un carácter de hecho excepcional y por decirlo así, anormal, que llamaremos obligaciones mixtas; ellas forman una especie de transición entre el servicio de honor y el servicio profesional. . .⁴⁷

Más adelante, coincidiendo en lo fundamental con las ideas de Villegas Basavilbaso, matiza más Otto Mayer expresando:

⁴⁴ *Ibid.*, p. 347.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 356.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 357.

⁴⁷ *Derecho administrativo alemán. Parte especial*, París, Ed. Francesa V. Giard y E. Brière, 1906, t. iv, cap. 43, p. 14.

Con la entrada en el servicio el cumplimiento de la obligación comienza: la relación jurídica hace aparecer por completo su carácter. La entrada al servicio es, de parte del obligado, esencialmente un hecho material que no tiene en sí nada del acto jurídico. Ella consiste pura y simplemente en la presentación de la persona obligada. . .⁴⁸

Añade Mayer que con la entrada al servicio, la autoridad tiene a su disposición a la persona obligada. Implica una toma de posesión de ella, una relación de sujeción particular que —ésta sí— tiene carácter jurídico. En la función judicial, o sea en el cumplimiento de la obligación de testimoniar que nos ocupa, esa sujeción es leve. El obligado queda investido de una función a la cual sirve, pero sin ser funcionario.⁴⁹

De las anteriores ideas podemos concluir que la obligación de testimoniar es una carga impuesta a los particulares por el derecho público, para servir a fines en cuyo logro se encuentra interesada la colectividad y que por tal razón se imponen por el Estado en forma unilateral, sin consideración a la libertad del obligado y sin remuneración para él. Son obligaciones típicamente extra-convencionales, cuyo nacimiento y exigibilidad no pueden ser dejados al arbitrio de los particulares, porque van encaminadas a la realización de un servicio público destinado a satisfacer una necesidad social ineludible como es la de conocer la verdad para poder administrar justicia.

Los anteriores principios se pueden aplicar extensivamente a las otras dos formas de colaboración con la autoridad a que el particular está obligado y a las que nos referimos al comienzo, o sean las de exhibir documentos u objetos que tenga en su poder y la de tolerar visitas o inspecciones en locales ocupados por él, como la oficina o el domicilio, permitiendo en ellas la investigación de lo que interesa conocer para el mismo fin que persigue la administración de justicia.

Como hemos dicho antes, el conflicto en que pueden entrar tales obligaciones en el profesionista con la que tiene de guardar secreto acerca de los hechos conocidos en el ejercicio de su actividad, debe ser resuelto de acuerdo con la prevalencia de una de esas obligaciones.

En primer lugar, debe hacerse notar que la obligación de reserva reviste un carácter especial, supuesto que recae sobre el obligado solamente en razón de las funciones profesionales que desempeña, en tanto que el deber de colaborar con la justicia tiene carácter general, ya que corresponde a toda persona que tenga conocimiento de los hechos o pueda aportarlo, sin tomar en cuenta su calidad ni la actividad u ocasión en que los haya conocido. Resultan de allí algunas consecuencias: el testigo o colaborador, en principio, puede ser fungible, reemplazable por otra

⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 18.

persona que también conozca los hechos o ayude a conocerlos. En cambio, el profesionista obligado por el secreto, no puede serlo. La especialidad de esta última obligación, fundada en la singularidad que tiene el obligado, le da un mayor rango que el que tiene la obligación de carácter general.

Si ahondamos más en el fundamento filosófico de las obligaciones, es posible que hallemos mejores razones en pro del deber de reserva que del deber de auxiliar a la autoridad en el conocimiento de los hechos. El primero constituye una obligación de justicia conmutativa, en tanto que el segundo pertenece a la distributiva. Esta distinción entre ambas clases de justicia, hace que se rijan por principios diversos. La conmutativa regula deberes de particulares entre sí, nacidos, ya sea de relaciones voluntarias —contratos— o involuntarias —hechos ilícitos damnificantes—. La justicia distributiva, en cambio, rige relaciones del Estado con los particulares en la actividad que el primero tiene de repartir a los segundos tanto los beneficios con que los debe servir, como las cargas con que los debe gravar para exigirles su cooperación al bien común.

El principio de igualdad en que se funda toda justicia se aplica a ambas clases, pero de manera diversa. La conmutativa exige proporción aritmética, es decir, equivalencia o paridad en las prestaciones que se hacen los particulares entre sí, de manera que ninguno de ellos medre a expensas del otro, pues esto último constituiría la desigualdad propia de la injusticia. En cambio, la distributiva requiere proporción geométrica en el reparto de beneficios y cargas que el Estado hace entre los particulares. Estos últimos quedan obligados para con el Estado o beneficiados por él, en grado y forma diferentes, según son ellos también diferentes en su situación, méritos o posibilidades. La primera forma de justicia considera a los hombres en lo que tienen de igual, la segunda, en lo que tienen de desigual. Y tan injusto resulta tratar desigualmente a quienes son iguales, como lo inverso, o sea tratar igualmente a los desiguales. Tal ha sido la doctrina aristotélica sobre la justicia y sus diversas especies, que hasta nuestros días es aplicable a relaciones de derecho público y privado.⁵⁰

⁵⁰ Aristóteles se expresa en los siguientes términos, en el libro que trata de la justicia: "De la justicia particular y de lo justo según ella, una forma tiene lugar en las distribuciones de honores o de riquezas o de otras cosas que puedan repartirse en los miembros de la república, en las cuales puede haber desigualdad e igualdad entre uno y otro. La otra forma desempeña una función correctiva en las transacciones o conmutaciones privadas." Y después de esta distinción entre la justicia distributiva y la conmutativa, añade más adelante refiriéndose a la primera: "Si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales. De aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o los no iguales porciones iguales. Lo cual es manifiesto además por el principio de que debe atenderse al mérito. Todos reconocen que lo justo en las distribuciones debe ser conforme a cierto mérito; sólo que no todos entienden que el mérito sea el mismo" (*Ética a Nicómaco*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Ed. Porrúa, S. A., 1967, núms.

Ahora bien, el deber de secreto profesional surge de relaciones entre el profesionista y su cliente, las cuales, independientemente de que tengan o no origen contractual, producen normalmente obligaciones recíprocas entre ambos. Es decir, son relaciones bilaterales de justicia conmutativa que inflexiblemente exigen igualdad entre las partes, lo cual impide eximir las de los deberes que las ligan entre sí. La obligación de colaborar con el Estado en la administración de justicia (testimonio, exhibición de documentos u objetos, tolerancia de visitas o inspecciones, etcétera), es carga impuesta al particular por el poder público. Lo obliga con justicia, pero distributiva, que es menos directa e inmediata para aquél que la conmutativa. Y la carga pública, cuya imposición debe ser proporcional a los obligados, tiene que tomar en cuenta las desigualdades de ellos. Es por esto que el profesionista, colocado en situación diferente de quien no lo es, por razón del secreto que lo obliga y cuya revelación implica graves consecuencias individuales y sociales, no puede ser tratado igual en la distribución de la carga pública, que quien no está obligado por secreto profesional alguno y puede, por ello mismo, soportar más esa carga, cumpliendo deberes de justicia distributiva sin faltar por ello a los de la conmutativa.

Verdad es que los tratadistas de derecho público que antes citamos, señalan como uno de los caracteres de las cargas públicas o servicios personales obligatorios, la igualdad de los sujetos pasivos ante la ley. Pero ello no se opone a lo que acabamos de decir, pues dicha igualdad debe entenderse en el sentido de que no se haga excepción de personas, es decir, que no haya distinciones injustificadas, eximiendo de la carga o agravando ésta sin motivo fundado. De ninguna manera implica desconocer la desigualdad de situación de las personas existentes en una sociedad, desigualdad que exige un trato para ellas también desigual, para que sea justo, esto es, proporcionado a la condición de los obligados. El mismo

i y iii). Por su parte, Santo Tomás de Aquino, comentando los anteriores pasajes aristotélicos en su tratado de *La justicia*, dice que según el filósofo de Estagira: "lo justo que consiste en las conmutaciones, conviene en algo con lo justo distributivo, ya que lo justo es lo igual y lo injusto lo desigual. Mas difieren en esto: que lo igual en la justicia conmutativa no se considera según aquella proporcionalidad que hemos llamado geométrica, que es la que se tiene en consideración en lo justo distributivo; sino más bien según la proporción aritmética, la cual se considera según una igualdad de cantidad, y no según la igualdad de relación como la geométrica" (lección sexta, trad. de Benito R. Raffo Magnasco, Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1964). Siguiendo estas mismas ideas, el reverendo P. Antonio Peinador Navarro C. M. F. dice respecto de la justicia distributiva: "Hemos dicho que esta justicia relaciona la sociedad con el súbdito en la repartición de las cargas y de los beneficios comunes. En ella, la igualdad propia de la justicia está en la proporción entre los méritos del súbdito y los honores o beneficios que se le otorgan; entre su capacidad de contribuir al bien de la comunidad y las cargas que se le exigen" (*Tratado de moral profesional*, Madrid, B. A. C., 1962, cap. v, núm. 154, p. 87).

Villegas Basavilbaso conviene en que el principio de la igualdad admite excepciones, "en virtud de razones de índole moral o política".

En este sentido se encuentra orientado el tratamiento que da al secreto nuestra legislación procesal. Los artículos 288 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles, regulan esta materia con idéntica disposición y redacción casi igual. El primero de ellos dice textualmente:

Los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad. En consecuencia deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos. Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a terceros, por los apremios más eficaces, para que cumplan con esta obligación; y en caso de oposición, oírán las razones en que la funden y resolverán sin ulterior recurso. De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuge y personas que deben guardar secreto profesional en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que están relacionados.

De estos dos preceptos procesales, el primero —o sea el local— tiene aplicación supletoria en materia mercantil (artículo 1051 del Código de Comercio) en tanto que el segundo —o sea el federal— la tiene en materia fiscal y de amparo (artículo 169 del Código Fiscal de la Federación y artículo 2º de la Ley de Amparo). Por consiguiente, en todas estas materias rige el mismo principio que exime a los profesionistas de la obligación de auxiliar a la administración de justicia, en los casos en que dicha obligación no pudiera ser cumplida sin detrimento del secreto profesional.

La disposición procesal que acabamos de transcribir se refiere ciertamente al deber de "exhibir documentos y cosas", pero es indiscutible que también comprende la obligación de testimoniar, pues resultaría nugatoria la protección al secreto si se exime al profesionista solamente de lo primero, dejando en pie su obligación a lo segundo. Sería absurdo que se impidiera la revelación mediante documentos u objetos, permitiéndola o imponiéndola en cambio en forma verbal. Además, tomando la expresión dentro del contexto total del precepto, debe tenerse en cuenta que la parte inicial de éste es genérica al referirse a la obligación de prestar en todo tiempo auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad, lo que indiscutiblemente lo hace aplicable a toda clase de pruebas.

No podrá argüirse contra esta interpretación, el principio de que las normas de excepción son de aplicación estricta y solamente comprenden los casos expresamente señalados en ellas, pues en realidad lo que aquí ocurre es que la verdadera excepción la constituye la carga pública de auxiliar a los tribunales, como limitación que es a la regla general de libertad; por lo que establecer excepciones a esta excepción no es, en el

fondo, sino volver a dicha regla general, a la que no puede aplicarse el indicado principio de aplicación restringida.

Menos clara aparece la protección al secreto en nuestro sistema legislativo dentro del procedimiento penal, ya que no existe disposición alguna al respecto ni en el Código Federal de Procedimientos Penales ni en el que rige en el Distrito Federal, habiendo además el antecedente de que la excepción que existió en el artículo 400 del Código Penal para las personas obligadas al secreto, fue suprimida en la reforma que de ese precepto se hizo en 1946. Sin embargo, estimamos que para la resolución del problema en esta materia penal son aplicables los mismos principios que existen para la obligación de denunciar, de que trataremos más adelante.

Como conclusión, podemos sostener que dentro del procedimiento civil y en aquellos otros en que supletoriamente rigen sus disposiciones, la obligación de auxiliar al Estado para conocer la verdad de los hechos, en su función de aplicar la ley, cede ante la obligación a la guarda del secreto profesional. La autoridad no puede ordenar al profesionista ningún acto que conduzca a la revelación de aquél, porque ella será delictuosa en todo caso. No hay justa causa para revelar, desde el momento en que, ante el conflicto de deberes, la ley misma exime al profesionista del que tiene para auxiliar a la administración de justicia, ya sea declarando como testigo o en cualquier otra forma. Por el contrario, la desobediencia a una orden de la autoridad para prestar ese auxilio, con menoscabo del secreto, no podrá ser delictuosa —y si, en cambio, lo será tal orden que compele a delinquir— ya que encontrará una causa de justificación suficiente en el cumplimiento del deber de guardar el secreto.

Algunas limitaciones señala Perraud-Charmantier para esta regla. La primera consiste en exigir que la confidencia haya sido hecha sin dolo por el cliente al profesionista. Así se expresa este autor: “En el caso en que un fraude fuera de temerse, porque la confidencia no hubiera sido hecha sino para ligar al confidente necesario e impedir su testimonio, es cierto que él debe deponer.”⁵¹ El caso es interesante, pero nos parece de difícil realización. Si el profesionista no conoce el hecho secreto, no podrá declarar sobre él; ¿para qué entonces confiárselo con el sólo objeto de inhabilitarlo como testigo? Y si ya lo conoce con anterioridad a la prestación de sus servicios, como no es la confidencia maliciosa la que se lo hace saber, no podrá crearle ningún deber de reserva profesional.⁵²

La segunda limitación, la expresa el mismo autor en los siguientes términos: “Dispensado de deponer el confidente necesario, de ninguna manera queda dispensado de responder a la citación y de prestar jura-

⁵¹ *Op. cit.*, p. 279.

⁵² Posiblemente, sólo tenga deber de reserva por razón del secreto natural. De este tema trataremos en el capítulo último.

mento.”⁵³ Ello significa que la disposición legal que releva al profesional de la obligación de declarar, no lo exime de la de comparecer ante la autoridad al ser citado por ésta. En consecuencia, el profesional sí debe acudir al llamado de la autoridad para no hacerse pasible de medidas de apremio ni cometer, en su caso, delito de desobediencia. Pero deberá manifestar, bajo la protesta de decir verdad que entre nosotros reemplaza al juramento, el motivo legal que le impide declarar. La falsedad de esta manifestación puede constituir, a su vez, otro delito diferente.

En estrecha conexión con este tema se encuentra el que se refiere a la protección del secreto profesional, intentada por algunas legislaciones. Consiste ella en privar de validez probatoria a la declaración que se haga con revelación de ese secreto. Tal es el caso del Código Procesal italiano de 1913 en el que no podían, según dice Soler, “bajo pena de nulidad, ser obligados a deponer” los profesionistas, sistema éste que fue mantenido en el Código de 1930, como lo dice el mismo autor.⁵⁴ Y también es el caso del Estatuto Judicial portugués, cuyo artículo 555, párrafo sexto, establece que “no pueden hacer prueba en juicio las declaraciones hechas por el abogado con violación del secreto profesional”.⁵⁵

Es este sistema de protección al secreto profesional el que creemos que ha dado motivo al interesante problema que plantea Carrara en los siguientes términos:

Otro grave problema se presenta cuando se considera el influjo de la condena criminal sobre un pleito civil; mi adversario le arranca a mi defensor el secreto confiado por mí; me quejo criminalmente, y obtengo la condena, ¿podrá mi adversario, en un pleito civil, valerse de ese secreto en mi contra? Y aquí se ponen en oposición dos principios fundamentales; el que proclama el triunfo de la verdad en los juicios y el que proclama que la justicia no puede ilustrarse por medios inmorales, y menos aún, por medios criminosos. Estos dos principios parecen ambos absolutos, pero hay que decir que no son tales, pues como pueden oponerse entre sí, es lógicamente necesario que uno de ellos ceda, y por lo tanto, se vuelva relativo. ¿Podré oponer la excepción del dolo? ¿Podré oponer la excepción *frustra petis quod restitutus est* (de que se me pide en vano lo que debe restituirse), ya que debo recuperar, bajo el título de indemnización por el delito de que fui víctima, cuando el adversario va a ganar con el pleito? Pero no quiero tratar estas graves cuestiones, porque se salen de los límites penales.⁵⁶

Comprendemos las prudentes reservas de Carrara al no querer estudiar en el caso las consecuencias civiles, ajenas a su obra penal, de la re-

⁵³ *Ibid.*, p. 279.

⁵⁴ *Op. cit.*, t. iv, cap. 107, núm. ix, p. 139.

⁵⁵ Lo menciona Fernández Serrano en nota puesta al pie de la página 136, en su trabajo varias veces citado.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 449.

velación del secreto. Pero como nosotros no escribimos aquí precisamente sobre materia penal, sino sobre el secreto profesional en particular, considerándolo en todos sus aspectos, independientemente de la rama del derecho a que pertenezcan, no podemos hacer valer la misma excusa para negarnos a examinar esta cuestión.

Creemos que ella proviene de confundir dos cosas muy diferentes: La ilicitud de una declaración hecha con violación del secreto profesional, con su ineficacia probatoria. En efecto, cuando la revelación de secretos es ilícita, debe prohibirse y, por lo mismo, no se puede constreñir al abogado a que declare haciendo esa revelación. Pero si a pesar de su ilicitud la declaración se produce y la revelación queda hecha, creemos que no puede deducirse de allí su invalidez como medio probatorio, aún cuando el acto ilícito tenga que ser necesariamente castigado como delito. Y la razón de esto nos parece que se encuentra en que las disposiciones legales italiana y portuguesa, a que antes nos hemos referido, conducen a una ficción al establecer la ineficacia probatoria de la declaración reveladora. Por una parte, porque si tal declaración, a pesar de su ilicitud, ha llevado al conocimiento de la verdad sobre los hechos sujetos a prueba, no puede desestimarse. Seguramente que no dejará ella de influir en la convicción del juzgador, cuando encuentre éste que tal declaración es materialmente eficaz para probar, por el sólo hecho de que una disposición legal la declare formalmente ineficaz. Además, si la revelación se ha producido ya, contra todo derecho, no podrá evitarse ni repararse el daño causado por ella, con sólo declararla procesalmente inválida.

Sirve para aclarar esta confusión de conceptos la disposición contenida en el artículo 1262 de nuestro Código de Comercio, que expresa: "No pueden ser testigos XII. El abogado y el procurador en el negocio de que lo sea o lo haya sido. . .". Tal prohibición no tiene por objeto, cuando menos de modo directo, proteger al secreto profesional. Su razón de ser se encuentra en el sistema de señalar tachas en la ley para los testigos, que se conserva en el precepto citado como supervivencia de nuestro Código Procesal Civil de 1884.

Que el abogado no pueda ser testigo en el mismo negocio en que ha patrocinado, se debe a que no se le considera suficientemente imparcial y, por lo mismo, desinteresado para rendir una declaración conducente al conocimiento de la verdad. Por ello es que, si tal declaración se rindiere en juicio mercantil, independientemente de que entrañe o no revelación de secreto profesional, deberá ser desestimada en todo caso; pero esto sólo como una consecuencia de la tacha de que adolece el testigo; de ningún modo porque contuviere una revelación. Sostener esto último implicaría incurrir en la misma confusión que acabamos de puntualizar.

Mayor ineficacia que la que se quiere dar como prueba a una declaración reveladora es la que tiene el sistema legal que pretende establecer aquélla, ya que de ningún modo sirve para proteger al secreto y sí, en cambio, vuelve desaprovechable una prueba que, aunque contenga una revelación ilícita, puede ser conducente al conocimiento de la verdad. Por esta razón mostramos completo acuerdo con la opinión expresada por Perraud-Charmantier en los siguientes términos: "El hecho revelado en justicia no debe en ningún caso ser rechazado de los debates. Él debe hacer prueba plena y entera. . ."⁵⁷

VII. Entramos finalmente a tratar el segundo caso, antes apuntado, de conflicto de deberes o sea el que se presenta entre el secreto profesional y la obligación de denunciar. Esto nos hace abordar la relación que existe en nuestro derecho, entre tres figuras jurídicas diferentes: el deber de reserva o secreto profesional, la denuncia de hechos ilícitos, delictuosos, y el delito de encubrimiento. La vinculación que se ha creído encontrar entre las dos últimas figuras, impone su examen.

La denuncia de un hecho delictuoso —o sea el acto por el cual se le pone en conocimiento de la autoridad competente— puede ser de dos clases. que se impone distinguir para evitar los equívocos en que tan a menudo han incurrido la doctrina y las autoridades sobre este punto. Puede tener por objeto la denuncia hacer saber un delito que se ha cometido ya, con el fin de que se persiga a su autor y, en su caso se le castigue. tras de seguir para ello el procedimiento que la ley establece. Pero también puede tener por objeto hacer saber a la autoridad los actos encaminados a la perpetración de un delito, antes de que se cometa éste. Es decir, darle noticia de que va a cometerse —segura o probablemente— un hecho delictuoso, que no ha sido cometido todavía.

En el primer caso, la finalidad de la denuncia es punitiva; persigue la represión, el castigo del delincuente. En el segundo, en cambio, es preventiva —por lo menos predomina en ella este aspecto— busca evitar que se cometa el delito.⁵⁸

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 313.

⁵⁸ Esta es una manera un tanto esquemática de plantear el problema de la denuncia para hacerlo inteligible, pero no debe perderse de vista que la realidad es bastante más compleja, principalmente por dos causas: 1ª porque puede haber denuncias de carácter mixto o sea que participan de los caracteres de ambas clases. Tal ocurre en el caso de los delitos continuos, cuando "se están cometiendo" (expresión ésta, usada por nuestra ley al describir el delito de encubrimiento). Aquí hay a la vez denuncia de la primera clase —por lo que toca a la parte del delito que ya se cometió— y denuncia de la segunda clase, respecto a la parte del mismo que todavía no se comete. Y 2ª, porque las denuncias de la segunda clase, o sean las que consideramos que tienen un carácter preventivo o policíaco, puesto que tienden a evitar la perpetración del delito, pueden entrañar también denuncia de la primera clase, ya que los actos preparatorios del delito, todavía no consumado, que se denuncia,

Pero ya sea curativa y reparadora en un caso, profiláctica y cautelar en el otro, la denuncia tiene siempre por objeto último una finalidad eminentemente social: colaborar con el Estado en su lucha contra la delincuencia. Y como es este último el único competente —por lo menos en principio— para llevar a cabo esta lucha, se ha presentado el problema de saber hasta qué punto, para qué personas y en qué casos es obligatoria esa colaboración con el Estado, que se lleva a cabo mediante la denuncia.

Contra quienes consideraron que la denuncia de los particulares es sólo conveniente o útil, pero que no debe imponerse jurídicamente como obligatoria, ya que hay órganos del Estado encargados de hacerla a los que son competentes para perseguir o castigar, se ha levantado la voz de Ferri, expresando:

Pero es innegable que la intensidad siempre creciente de las relaciones recíprocas en el consorcio civil y la necesidad de reforzar la defensa social contra los delincuentes, pueden conducir también a la incriminación de tal inercia o complicidad negativa. . . Por las mismas razones de solidaridad humana debiera incriminarse al acto de quien, sin riesgo propio, no impide al delincuente la continuación de sus actos criminales, o por lo menos no lo pone en conocimiento de la autoridad".⁵⁹

En acuerdo con estas ideas, el artículo 400 de nuestro Código Penal tipifica en su fracción I, como una de las formas del delito de encubrimiento, la omisión del que "No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio." Fundándose en esta disposición punitiva, algunos autores, sostienen la existencia, en nuestro derecho, de una obligación general de denunciar, obligación cuyo incumplimiento entrañaría la comisión del hecho delictuoso que se acaba de describir. Por esta opinión están, entre otros, Franco Sodi y González Bustamante.⁶⁰

De manera un poco diferente, y a nuestro modo de ver más atinada, piensa Rivera Silva, quien sostiene que la obligación de denunciar impuesta en nuestro derecho debe limitarse a los casos antes apuntados que señala el tipo delictuoso de encubrimiento, esto es, cuando se trata de delitos que van a cometerse o se están cometiendo, pero sin poder ir más allá, pues, como bien lo reconoce dicho autor, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no contiene disposición algu-

pueden constituir tentativa o bien configurar en sí mismos otro delito diverso del que con ellos se prepara".

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 528.

⁶⁰ *El procedimiento penal mexicano*, México, Ed. Porrúa Hnos. y Cía., 2ª ed., 1939, cap. x, pp. 163-164; y González Bustamante, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, México, Ed. Porrúa, S. A., 1959, cap. xi, núm. 57, pp. 127 y ss.

na que obligue a denunciar y, por lo que toca a las contenidas en el Código Federal de Procedimientos Penales imponiendo tal obligación, ni la del artículo 116 que es para los particulares, ni la del 117 que se dirige a las autoridades, contienen sanción alguna para su incumplimiento.⁶¹

Como conclusión —a que llegamos por nuestra parte con relación a este tema—, podemos expresar las siguientes ideas. Obligación de hacer denuncias de la primera clase, o sea de las que tienen por objeto delitos ya cometidos, no existe en nuestro derecho para los del orden común, pues no hay precepto que la imponga. Por lo que hace a delitos de carácter federal, existe la obligación impuesta por los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, a que antes nos hemos referido, los que por no contener sanción alguna para el caso de que se omita la denuncia, son normas jurídicas imperfectas. En cuanto a la obligación de hacer denuncias de la segunda clase, o sea las que tienen por objeto delitos que se están cometiendo o que van a cometerse, ¿puede decirse que exista en nuestro derecho, atenta la configuración del delito que, como una de las formas de encubrimiento, hace la fracción I del artículo 400 del Código Penal? Creemos que para contestar esta pregunta hay que precisar los conceptos, pues dicha fracción se refiere en forma genérica a la obligación de evitar —no precisamente de denunciar— la perpetración de los delitos todavía no cometidos o la prosecución de los ya iniciados, cuando, por ser estos últimos de carácter continuo, no han quedado aun totalmente consumados. Ahora bien, esta obligación de evitar los delitos se puede cumplir mediante la denuncia a la autoridad y ésta será la forma normal y más común de hacerlo, pero no necesariamente la única, pues el precepto indica que se deben impedir por los medios lícitos que el particular tenga a su alcance, entre los cuales puede existir no solamente la denuncia, sino también cualquier otra actividad que, no siendo contraria a la ley, resulte idónea para la frustración del delito. El particular que emplee cualquiera de esos medios, que no se reducen exclusivamente a la denuncia, habrá cumplido con la obligación que la ley le impone y, por tanto, no se hará reo de encubrimiento. Es por ello que no existe relación tan estrecha, como la que se ha creído ver por algunos penalistas y autoridades, entre dicho delito y el deber de denunciar. La relación existe con el deber de impedir los delitos, que es el que de manera general impone la ley.⁶²

Por cuanto a la disposición contenida en la fracción III del mismo ar-

⁶¹ *El procedimiento penal*, México, Ed. Porrúa, S. A., 1958, cap. v, pp. 95-96.

⁶² De acuerdo con esta conclusión a que llegamos, ¿será obligatorio el ejercicio de la legítima defensa cuando se trata de bienes de los que no puede disponerse libremente mediante el consentimiento del ofendido?

título 400 del Código Penal, que tipifica otra forma de encubrimiento al establecer castigo para el que "requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes", menos aún consideramos que implique el deber de denunciar. En efecto, dicha fracción se refiere a la obligación de aportar pruebas, particularmente testimonios, de la que antes nos hemos ocupado, pero nada tiene que ver con la denuncia, pues esta última presupone una actividad espontánea del particular que pone en conocimiento de la autoridad lo que sabe, sin previo requerimiento de ella. Es indiscutible que al ser requerida una persona por la autoridad para que la auxilie en la investigación de los delitos o en la persecución de los delincuentes, como dice el precepto, es porque ya hubo denuncia con anterioridad. De no ser así tendríamos que admitir la existencia de pesquisas que nuestro derecho prohíbe (artículo 16 de la Constitución Federal).

En resumen, el sistema actual de nuestro derecho penal en la materia que nos ocupa, supone el deber en los particulares, de acuerdo con las ideas de Ferri antes expuestas, de colaborar con el Estado en la defensa social, auxiliándolo en su lucha contra la delincuencia, deber que se cumple impidiendo por medios legales la comisión de los delitos aun no consumados o la continuación de los que, habiéndose iniciado ya, no se han concluido aun. Es decir, se impone la protección obligatoria de bienes jurídicos en cuanto no han sido dañados todavía, pero no la obligación de denunciar los delitos que ya se consumaron y causaron la lesión de esos bienes, lesión que resulta ya imposible de evitar y solamente es susceptible de reparación y de castigo.⁶³

Las consecuencias que dimanar de las anteriores conclusiones deben ser aplicadas al conflicto que se presenta no ya entre el secreto profesional y el deber de denunciar, pues esto implicaría un inexacto planteamiento del problema, por las razones que acabamos de exponer, sino entre dicho secreto profesional y el delito de encubrimiento. Por lo que toca al tipo delictuoso descrito en la fracción I del artículo 400 del Código Penal, que supone en todos los particulares el deber de impedir la consumación de los delitos que se están cometiendo o van a cometerse, estimamos que dicho deber prevalece en el profesional sobre la obligación que tiene de guardar secreto, pues este último existe para

⁶³ Esta opinión se encuentra sostenida por la Suprema Corte de Justicia en la ejecutoria dictada en el amparo directo número 2633/64, promovido por Miguel Agustín Silva Hernández y publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, vol. CIII, segunda parte, p. 24, que expresa refiriéndose al encubrimiento: "...no se tipifica el mencionado delito por el solo hecho de que el inculpado tuvo conocimiento de que su coacusado había cometido un robo uno o dos días antes, mismo que no denunció, puesto que este delito ya se había consumado". Similar opinión se encuentra expuesta en *Anales de Jurisprudencia*, t. LI, p. 35, según cita hecha por Carranca y Trujillo en su *Código penal anotado*, comentario al artículo 400.

servir el derecho, no a lo antijurídico. De ninguna manera puede admitirse que a su sombra se oculte la tolerancia con la preparación de un delito que se pretende cometer o con la continuación del mismo, si ya fue iniciada su comisión. En consecuencia, este deber de impedir el acto contrario a derecho y penalmente sancionado, que incumbe al profesionista lo mismo que a todo miembro de la sociedad, puede estimarse como "justa causa" para revelar, sin que deba admitirse la solución inversa. Es decir, que no puede jurídicamente sostenerse que el deber de guardar el secreto sea causa de justificación para cometer el delito de encubrimiento tipificado en la fracción I, a que nos estamos refiriendo.

Cosa muy diferente ocurre con el otro tipo, también de encubrimiento, que describe la fracción III del mismo artículo 400 del Código Penal. Como este último ya no supone el deber de impedir la comisión de delitos todavía no cometidos o consumados y, por tanto, de evitar la lesión de bienes jurídicamente protegidos, sino tan sólo la obligación de auxiliar a la autoridad, cuando ésta lo pida, en la investigación de los delitos o la persecución de los delincuentes, la situación es completamente diversa. Aquí el secreto profesional debe prevalecer. Ya no se trata de evitar la lesión a un bien, sino tan sólo de castigar —o en todo caso de reparar— la que ya se causó. Es indiscutible el deber que la autoridad tiene de hacer esto último y para ello es indispensable que investigue el delito y lo reprima, valiéndose de todos los medios lícitos que tenga a su alcance, pero sin utilizar en tales casos el auxilio del profesionista, constriñéndolo a que traicione a su cliente. El profesionista representa aquí a este último, quien tiene el derecho a no ser compelido para declarar en su contra, derecho que, como garantía individual, consagra el artículo 20 de la Constitución Federal. Obligar al profesionista a que declare contra su cliente sería tanto como obligar a este último a que lo haga, lo cual volvería nugatoria esa garantía constitucional. Desde el momento en que un delincuente se entrega a la defensa del abogado confiándole sus secretos expresa o tácitamente, lo hace con el propósito de defenderse, no de denunciarse. Y esto último se produciría fatalmente si el secreto no fuese guardado. Todo cliente infractor se vería ante la alternativa de tener que denunciarse, declarando en su contra con el solo hecho de acudir al auxilio del profesionista, o bien renunciar a éste, quedando privado de su derecho de defensa.

Queremos —por último— tratar de la reforma que sufrió el artículo 400 del Código Penal en el año 1945 en la descripción de los dos tipos delictivos de encubrimiento que venimos estudiando. La redacción originaria de ellos decía textualmente:

Se aplicarán de quince días a diez años de prisión y multa de veinte a quinientos pesos al que: I. No procure por los medios lícitos que tenga a su alcan-

ce, impedir la consumación de los delitos que sepa van a cometerse, o se estén cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio. Quedan exceptuados de pena aquellos que no puedan cumplir tal obligación sin peligro de su persona o intereses, o de la persona o intereses del cónyuge, de algún pariente en línea recta o de la colateral dentro del segundo grado, y los que no puedan ser compelidos por las autoridades a revelar secreto que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión o encargo; II. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la averiguación de los delitos o para la persecución de los delincentes; salvo las excepciones consignadas en la fracción anterior y cuando se trate del cónyuge o de parientes del requerido, o de personas a quienes éste deba respeto, gratitud o amistad. . .

Por lo que puede verse, los tipos delictuosos descritos actualmente en las fracciones I y III del artículo 400, lo estaban en las fracciones I y II de acuerdo con la redacción anterior, pero conteniendo el párrafo que eximía de pena, en ambos casos de encubrimiento, a diversas personas, entre las que se encontraban aquellas que no pudieran ser compelidas por las autoridades "a revelar secreto que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión o encargo". Esto constituía para el profesionista una verdadera excusa absolutoria, atentos los términos en que estaba redactado el precepto correspondiente, hoy suprimida, que solamente exceptuaba de pena. Así lo estimó Ceniceros en su artículo denominado: "Encubrimiento y participación".⁶⁴

La supresión de dicho párrafo y de los casos de excusa contenidos en el mismo, por efecto de la reforma de 1945, motivó acerbas críticas de parte de Jiménez Huerta, al decir que:

Esta supresión ha creado una situación legal de duda e incertidumbre, pues, a *prima facie*, dijérase que la voluntad de la Ley después de la reforma citada, es la de no respetar, a los efectos de impedir la consumación de los delitos o lograr su averiguación, el secreto que a otro hubiere sido confiado en ejercicio de su profesión o cargo. Antes de la reforma de 1945, el profesional que revelaba a las autoridades el secreto que hubiere conocido por razón de su cargo actuaba "sin justa causa" pues no era destinatario del deber jurídico impuesto en las fracciones I y II del artículo 400 por estar exceptuado expresamente; después de la reforma mencionada, el deber jurídico de denunciar y auxiliar entra también en función en orden a su persona y, por ende, actúa con justa causa si en dicha coyuntura revela el secreto profesional. Empero por nuestra parte, contemplamos con repugnancia esta conclusión que sólo engarza con los lineamientos de un estado totalitario e inquisitorial.⁶⁵

Queremos expresar nuestro desacuerdo con esta opinión, del eminente catedrático citado, por las siguientes razones. Suprimir el párrafo que eximía de pena al profesionista encubridor por la omisión tipificada en

⁶⁴ *Criminalla*, junio 1944, núm. 10.

⁶⁵ *Op. cit.*, t. III, p. 198.

la fracción I, fue un acierto del legislador, pues ya hemos dicho que el secreto profesional no releva del deber que tiene todo miembro de la sociedad de impedir por medios legales la comisión o continuación de los delitos. Este último deber es superior y prevalece en todo caso.

Por cuanto al hecho de haber suprimido la exención de pena para el profesionista, ligado por el secreto, en el caso de la fracción II (que en la actual redacción es III), está en parte justificado. Ciertamente, es deseable que en la ley —y constituye un ideal del derecho— se encuentren resueltos todos los casos de conflicto de deberes, mediante precepto expreso que decida cuál es el que debe prevalecer. Pero no al modo como lo hacía el suprimido párrafo del artículo 400 del Código Penal, que solamente eximía de pena. Esto degradaba jurídicamente al secreto profesional, reduciéndolo a una simple excusa absolutoria. No es así. El secreto constituye una verdadera causa de justificación; implica el cumplimiento de un deber, haciendo que la conducta no sea delictuosa aun cuando corresponda a la descrita en el tipo. Por las razones que antes expusimos debe prevalecer el secreto sobre la obligación de auxiliar a la autoridad en su labor de investigar los delitos y perseguir a los delinquentes. Por lo mismo, el profesionista que por guardar aquél no accede al requerimiento que le haga la autoridad con tal objeto, no comete delito, su conducta es legal, de ningún modo puede ser antijurídica.