

| | |
|---|-----|
| Capítulo Tercero: La obligación civil | 83 |
| I. Efectos civiles del incumplimiento de la obligación de reserva | 83 |
| II. Discusión sobre el origen contractual o extracontractual de la misma | 83 |
| III. Naturaleza jurídica compleja de la obligación de reserva | 103 |
| IV. Cumplimiento de la obligación | 105 |
| V. Duración de la misma | 105 |
| VI. Consecuencias civiles de su incumplimiento | 108 |
| VII. Intransmisibilidad hereditaria de la obligación | 109 |
| VIII. Acumulación de responsabilidades civiles contractual y extracon- tractual | 114 |
| IX. Responsabilidad civil del profesionista por indiscreción de sus auxi- liares y empleados | 119 |

CAPÍTULO TERCERO

LA OBLIGACIÓN CIVIL

SUMARIO: I. *Efectos civiles del incumplimiento de la obligación de reserva.* II. *Discusión sobre el origen contractual o extracontractual de la misma.* III. *Naturaleza jurídica compleja de la obligación de reserva.* IV. *Cumplimiento de la obligación.* V. *Duración de la misma.* VI. *Consecuencias civiles de su incumplimiento.* VII. *Intransmisibilidad hereditaria de la obligación.* VIII. *Acumulación de responsabilidades civiles contractual y extracontractual.* IX. *Responsabilidad civil del profesionista por indiscreción de sus auxiliares y empleados.*

I. Quedó expuesto en el capítulo anterior que el secreto profesional ha sido estudiado menos desde el punto de vista de la obligación de reserva que el mismo presupone, que desde el punto de vista del incumplimiento de ella, o sea la revelación del secreto. Este hecho explica que sea en el campo del Derecho Penal en el que hayan tenido sus mejores logros la doctrina y la jurisprudencia, en tanto que el aspecto civil del problema haya sido apenas esbozado o implícitamente reconocido.

No cabe duda que al estudiar los efectos penales de la revelación, considerada como delito, lo que ya hicimos en el capítulo anterior, o al estudiarla como falta en el Derecho Administrativo, lo que habremos de hacer en el capítulo siguiente, estamos en presencia del incumplimiento de un deber. Hay, pues, una obligación preexistente que, al dejar de ser cumplida, produce efectos de carácter penal, de carácter administrativo y también de carácter civil. Nos proponemos estudiar estos últimos en el presente capítulo, así como también la naturaleza y características de la obligación incumplida.

II. Es ya vieja la discusión entablada acerca de si el origen de la obligación de reserva es de carácter contractual o extracontractual. Si la fuente de esta obligación se halla en un acuerdo de voluntades, su incumplimiento producirá los efectos de todo incumplimiento contractual y su exigibilidad estará sujeta a las normas que rigen la de una obligación civil. Si, por el contrario, la obligación nace con independencia de todo contrato, por efecto de una norma de carácter imperativo o prohibitivo, su violación constituye un hecho ilícito que afectará al orden público y

no a una relación de carácter solamente privado entre acreedor y deudor.

Tal es el esquema de la controversia que se ha sostenido acerca de la fuente de la obligación de reserva en el profesionista. En otros términos, hay acuerdo sobre la existencia de esa obligación, se reconoce la presencia de un acreedor y de un deudor en ella, pero se discute acerca de si esa obligación habrá surgido o no de un contrato.

El interés que los autores han puesto en esta discusión proviene del que tienen en mantener protegido el secreto profesional. Se considera que lo estará menos si constituye una relación de derecho privado, entre particulares, que si es una institución de orden público, de interés primordial para la sociedad. Y ello por dos razones principalmente. La primera, es que si la obligación de reserva tiene su origen en un contrato, podrá desaparecer por el mutuo acuerdo de las partes. Quienes la hicieron nacer por su voluntad, podrán también extinguirla por efecto de la misma. Así, el profesionista obligado al secreto quedaría relevado de su obligación de reserva si el cliente lo autoriza a revelar. En cambio, si ese secreto es de orden público, no podrá deshacerse la obligación por el consentimiento de las partes, ya que tampoco ha nacido de él. Ningún cliente podría autorizar al profesionista a que revele y si lo hiciera, su autorización sería ineficaz.

La segunda razón, es que si el secreto profesional ha surgido de un contrato y constituye sólo una obligación de derecho privado, será de inferior categoría a las obligaciones de derecho público y, por lo mismo, deberá ceder si entra en conflicto con ellas. Así, por ejemplo, si el profesionista se ve obligado a denunciar un hecho delictuoso o constreñido a declarar como testigo, deberá hacerlo aunque viole con ello el deber de secreto, pues el mantenimiento de éste constituye una obligación menor que las otras. En cambio, si su origen no es contractual sino institucional, valdrá por lo menos tanto como las obligaciones de denunciar o atestiguar y no tendrá porqué ser sacrificada en beneficio de ellas; antes bien, prevalecerá sobre las mismas.

Los siguientes párrafos de Fernández Serrano expresan en forma clara la discusión entablada en torno a este problema:

La materia del secreto profesional del abogado, ¿pertenece al derecho público o al privado? ¿Es un contrato, o su regulación está por encima de la voluntad pactada?

El estudio de los tratadistas en este aspecto se presenta en forma confusa y, por tanto, se manifiesta en conclusiones diversas. De las soluciones que se adopten al contestar a aquellas preguntas depende la calificación que ha de darse respecto a la naturaleza jurídica del secreto profesional.

Dos teorías se han propuesto a este respecto: la que sostiene que en el secreto profesional juegan principalmente los intereses privados del confidente; y

la del interés social, en la que, si bien se reconoce la existencia de aquéllos, se hace jugar el carácter público de modo preponderante.

Los mantenedores de la primera teoría tratan de encuadrar el secreto profesional dentro del marco de los contratos. Así algunos intentan resolver el problema aplicando la doctrina del depósito; otros, considerándolo como un arrendamiento de servicios; y, para otros, en fin, se trata de un contrato innominado. Todos ellos confunden el deber del secreto profesional con la relación jurídica privada entre abogado y cliente, en la cual puede tener origen, sin tener en cuenta que es cosa distinta aquella relación jurídica y las obligaciones que, a consecuencia de ella, pueden nacer.

Si la materia del secreto profesional no tuviera otro fundamento o razón de ser que la simple voluntad contractual y el interés privado de los contratantes, seguiría las mismas vicisitudes que la de los contratos en donde pudo nacer; cesarían sus efectos en caso de resolución, podría ser objeto de novación y de transacción; sería susceptible de rescisión y de anulación y, en todo caso, quedaría supeditada al interés público, ante el cual cedería siempre.

Los que sostienen que en el secreto profesional juegan factores de "interés social", sin olvidar los de carácter privado del confidente, atribuyéndole una doble naturaleza jurídica, titubean en sus conclusiones. Así: Florian dice que si se tratase de una materia perteneciente al Derecho Público no le sería permitido al confidente relevar al abogado de la obligación del secreto, lo que le parece excesivo; los que, como Savatier y Bielsa, tratan de armonizar ambos factores, concluyen diciendo que el secreto profesional es relativo y debe ceder ante el "interés social"; Appleton, apoyándose en la jurisprudencia y en las prácticas del foro francés, afirma que el secreto profesional sirve los intereses privados del cliente y aun los de terceros, pero por ser materia perteneciente al orden público mantiene el principio de la inviolabilidad, inspirado en la doctrina tradicional que se remonta a los antiguos criminalistas de la vecina República.¹

Contrariamente a las anteriores ideas, Perraud-Charmantier, que es uno de los sostenedores de la teoría contractualista, se expresa como sigue:

¿El secreto profesional es un contrato? El penitente, el inculpado, el enfermo que confían su secreto al confesor, al abogado o al médico, sea expresamente, sea tácitamente (si se admite la teoría de los hechos secretos por naturaleza, que veremos más adelante) no lo confían sino para alcanzar el fin que ellos persiguen; la salvaguardia de sus intereses espirituales o materiales, salud eterna, honor, fortuna, salud. . . El confidente que no está forzado de ningún modo a recibir este secreto, sea formal, sea tácito, de quien viene a él —salvo puede ser, el abogado de oficio— acepta acogerlo y guardarlo. Él acepta no recibirlo sino para el fin perseguido por quien se confía a él. Hay cambio de consentimientos, hay convención. Más bien, hay contrato. . .²

Y más adelante, cuando aborda el problema de determinar a qué es-

¹ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, núm. 14, abril-junio 1952, p. 121 y 122.

² *Le secret professionnel*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand Auzias, 1926, segunda parte, núm. I-II, p. 224.

pecie de contrato pertenece el que origina el secreto profesional, dice el mismo Perraud-Charmantier:

Un contrato está en la base de la noción del secreto profesional, pero, ¿cuál contrato? Ciertos autores estiman que se trata de un mandato o de un arrendamiento de servicios. Ellos no están en lo justo; pero ellos están de acuerdo en la preexistencia de un derecho en la persona del que se ha confiado. La doctrina admite generalmente esta concepción. Ella estima ordinariamente que hay un depósito; depósito "necesario, inviolable y sagrado" según los artículos 1927 y siguientes del Código Civil; este sería el *sacrum depositum* de Juvenal. Nos parece imposible, en derecho, no reconocer que esta teoría encierra una gran parte de verdad, y, en consecuencia, no tenerla en cuenta, en una cierta medida. La jurisprudencia, además, la ha admitido a veces (Sentencia Watelet). Ella ofrece un beneficio evidente: permite aclarar ciertos aspectos del problema y resolver muchas dificultades; la facultad de levantar el secreto reservada a quien se ha confiado, la ausencia de derecho en esta materia para toda otra persona, el derecho que está exclusivamente reservado al cliente de pedir un certificado médico, la validez de su autorización para la expedición de un certificado post mortem, la facultad que hay de renunciar a toda acción civil en el caso de revelación, la prohibición de revelar hecha al confidente necesario en ausencia de toda autorización. . .

Esto es muy exacto. Más aun, nos parece difícil en definitiva, rechazar completamente una teoría que da soluciones que la teoría adversa es impotente para suministrar. Pero no se podría admitirla en su integridad. Tal cual es, resulta insuficiente. No se podría asimilar el "depósito" del secreto al depósito civil, ni, en consecuencia, materializar el papel del depositario, del confidente. Se necesita recordar que el depósito civil no puede tener por objeto sino un resultado insuficiente. No se podría asimilar el "depósito" del secreto al depósito ser forzado a expedir un certificado al enfermo que se lo pidiese; pues ésta sería la restitución del depósito (artículo 1915 del Código Civil); el confidente citado como testigo debería ser obligado a hablar si el que confió retira su depósito, es decir, si él lo autoriza. Ahora bien, sabemos que todo esto no corresponde a la realidad de las cosas. Nuestro contrato no puede ser, pues, un depósito.³

Y, finalmente, el mismo autor concluye lo siguiente, en una nota puesta al pie de la página 228 de la obra que se viene citando:

Estas reglas generales (las de los contratos innominados) deben aplicarse al contrato de secreto profesional, que es un contrato *sui generis*. Aunque bastante aproximado al depósito, no es un depósito. No hay necesidad de querer a toda costa hacerlo entrar en el título de uno o de otro de los contratos nominados. . . el secreto profesional es un contrato innominado. Es un contrato puramente consensual. El secreto profesional tiene su base en un contrato constituido por el consentimiento del "depositante" y del confidente; es un contrato unilateral. Otro contrato de la misma naturaleza debe necesariamente intervenir para levantar el secreto. Este es distinto del primero e interviene entre las mismas partes, pero él no tiene la misma causa.

³ *Ibid.*, pp. 226-227.

Nos parece que se ha dado a este tema del origen del secreto profesional, o sea de la fuente de la obligación de reserva, una importancia mayor de la que en realidad le corresponde. Esto proviene de dos confusiones. La primera consiste en que simultáneamente se emplean los conceptos de derecho público y de orden público, como si fueran equivalentes, lo que no es exacto. El concepto de orden público —que no nos ocuparemos de determinar en este capítulo, porque lo haremos en el siguiente, al estudiar la regulación administrativa del secreto profesional— es aplicable también a algunas instituciones de derecho privado.

La segunda confusión, que es consecuencia de la anterior, consiste en oponer la materia contractual a la de orden público, como si ambas fueran incompatibles entre sí, lo que también es inexacto, ya que hay numerosas disposiciones imperativas que rigen los contratos, las cuales dan origen a derechos irrenunciables, sin que se pueda pactar en contrario respecto de ellas, por ser de orden público.

Que el secreto profesional tenga su origen en un contrato o que directamente provenga de la ley, por efecto de un acto-condición que la haga aplicable al caso, de ningún modo implica que no sea una institución de orden público y menos aún que deba sacrificarse para el cumplimiento de otras obligaciones de este mismo orden, tales como la de denunciar hechos delictuosos o la de deponer como testigo, cuando la administración de justicia lo pida.

El mismo Perraud-Charmantier, defensor asiduo del origen contractual del secreto, llega a reconocer que éste es de orden público secundario o relativo, a diferencia de los otros deberes que acabamos de indicar, los que estima como de orden público primario o absoluto.⁴ Tampoco esta distinción nos parece aceptable. En efecto. ¿Qué significa esa expresión de “orden público secundario o relativo”, opuesta a la de orden público primario o absoluto? ¿Acaso quiere decir el autor que ella indica que el deber de reserva tiene límites y no obliga siempre de una manera absoluta e incondicionada? Esto no puede ser, porque también el deber de denunciar y el de atestiguar, que considera como de orden público primario, tienen limitaciones que la propia ley establece al eximir de ellos a ciertas personas o en determinadas circunstancias. ¿Entonces quiere decir que el secreto profesional es un deber de categoría inferior a los otros y, por lo mismo, que debe ceder ante ellos cuando entran en conflicto? Esta debería ser la consecuencia lógica de semejante distinción, pero el mismo Perraud-Charmantier, que se ve atrapado en su propia red al llegar a este punto, tiene que dar marcha atrás expresando:

⁴ *Op. cit.*, p. 230.

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 testimoniar está formalmente establecida en favor de los confidentes necesarios. En principio, pues, ellos están obligados a hacerlo. El testimonio en justicia es un verdadero servicio público; la obligación que está impuesta 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.

Y acto seguido se ve obligado este autor a reconocer que no se puede llegar a tal conclusión, proponiendo

“que la dispensa de testimoniar debe ser acordada en los casos estrictamente indispensables, es decir, a los confidentes de las grandes profesiones (entre los que ha incluido antes a los abogados) pero que conviene rehusarla a otros”.⁵

Para nosotros el orden público no es más que uno. La pretendida distinción entre orden público primario y secundario no solamente resulta inaceptable sino que también es inútil para resolver los problemas del secreto profesional, como acaba de revelarlo la contradicción en que cae Perraud-Charmantier. Que el secreto profesional deba prevalecer o no sobre otros deberes, también de orden público, cuando entre en conflicto con ellos, es punto que será estudiado por nosotros en el capítulo sexto. Pero en todo caso, ninguna aportación da para resolver los problemas que con motivo de tales conflictos surgen, ese pretendido desdoblamiento de la noción de orden público, ni tampoco la determinación del origen del secreto. Pero como este último tema ha apasionado tanto a los juristas por considerarlo decisivo para determinar la naturaleza del secreto profesional, así como la magnitud o importancia de las obligaciones que crea para el profesionista, continuamos ocupándonos de él, si no con el propósito de agotar su estudio, por lo menos con el de esclarecerlo un poco, disipando la nube de confusiones que en torno a él se ha formado.

Las objeciones a la teoría del origen contractual han sido formuladas vigorosamente, entre otros autores, por los penalistas, que no se resignan a ver cómo un hecho delictuoso puede ser también el incumplimiento de una obligación contractual. Así Eusebio Gómez expresa su opinión en los siguientes párrafos:

La obligación de guardar el secreto profesional deriva —conforme a una de las teorías emitidas al respecto— de un contrato tácito entre el profesional y el cliente: el primero ofrece callar todo cuanto llegara a saber en el ejercicio de su ministerio; el segundo acepta la oferta.

No hay tal contrato —se dice en oposición a esta teoría— porque si bien es verdad que la oferta y la aceptación pueden ser tácitas, no lo es menos

⁵ *Op. cit.*, p. 276.

que, en el caso, no aparecen ni la una ni la otra. No se concibe la existencia de un contrato sin que los presuntos otorgantes del mismo sepan que van a contratar.

Por otra parte ¿a qué especie de los contratos pertenecería aquél del cual emana la obligación del silencio?

Se dice que él constituye un depósito. Pero es indefendible semejante opinión, porque, de acuerdo con la ley y con la doctrina, el contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa. En el supuesto contrato no hay cosa —mueble o inmueble— que sea su objeto, porque no puede atribuirse tal carácter al secreto confiado. Atribuirselo, importa un contrasentido, si la palabra cosa ha de conservar, como corresponde, su significado jurídico.

Además ¿cómo se opera la devolución del secreto? Y la devolución de la cosa que forma su objeto es de la esencia del contrato de depósito.

Frente a estas objeciones, por cierto irrefutables, los partidarios de la doctrina examinada, persistiendo en ella, sostienen que, de todas maneras, si la obligación del silencio impuesta a los profesionales no emana de un contrato de depósito, es innegable que proviene de un contrato innominado, pero no demuestran lo que es primordial, es decir que, en el caso en cuestión, las partes se hayan puesto de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Sin ese acuerdo no hay, no puede haber contrato.⁶

Por otra parte, Sebastián Soler, al estudiar cuándo existe violación punible de secreto, sostiene que es complejo el bien jurídico tutelado con él, ya que, juntamente con la libertad, se presenta conflicto entre dos bienes jurídicos, pronunciándose la ley en favor de la persona; y en una nota de pie de página expresa como consecuencia lo siguiente:

Son, por lo tanto, equivocadas las fundamentaciones del secreto profesional que buscan su base en una especie de convenio o pacto de reserva y en general, las que acuerdan un sentido privado a la infracción. Una cosa es que el delito sea de acción privada y otra que el interés tutelado en el particular sea también puramente privado.⁷

No nos parecen concluyentes los anteriores argumentos que exponen estos dos insignes penalistas, para demostrar que la obligación de reserva profesional no pueda tener su origen en un contrato. El hecho de que no conste de manera expresa el acuerdo de voluntades entre las partes para imponer esa obligación, no excluye el que dicho acuerdo se forme de manera tácita (artículo 1803 del Código Civil). Tampoco es exacto lo que dice Gómez al sostener que en el caso no puede haber contrato porque no

⁶ *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940, tomo III, cap. LXXIII, núm. 840, p. 431.

⁷ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, tomo IV, cap. 107, núm. VIII, p. 128.

constan las disposiciones establecidas por los otorgantes para reglar sus derechos, pues con esto se olvida que las obligaciones contractuales no son únicamente las que provienen de las estipulaciones concertadas por las partes en el contrato, sino también las impuestas por las normas legales que supletoria o imperativamente deben regirlo. Y nada se opone a que la violación de alguna de estas últimas constituya, además de un incumplimiento contractual, un hecho delictuoso.

Si se toma en cuenta que las normas imperativas —y consiguientemente las prohibitivas, que no son sino la forma negativa de aquéllas— constituyen por regla general disposiciones de orden público, se comprenderá mejor por qué la tutela penal de un bien jurídico contra hechos que lo lesionan, no es esencialmente indicativa de que tales hechos no sean también el incumplimiento de una obligación contractual. Perraud-Charmantier, a quien ya había sido formulada posiblemente la objeción por los anticontractualistas, la contesta diciendo:

No falta ejemplo que encontrar en la ley penal de sanciones que se refieren a simples contratos: el préstamo de uso, la fianza, el arrendamiento, el mandato, el depósito son de esta clase: el artículo 408 del Código Penal los sanciona bajo el nombre de abusos de confianza; el antiguo artículo 423 abrogado por la ley del 10. de agosto de 1905 era de la misma especie, y esta ley que lo ha reemplazado, sanciona ciertas ventas viciadas de fraude. ¿Sería audaz sostener que ocurre lo mismo en materia de secreto: contrato sancionado por la ley penal en razón de su carácter de institución de orden público secundario? De buen grado lo han afirmado generalmente, pretendiendo que se trata de un depósito. La jurisprudencia misma no ha estado lejos, sin embargo, de admitir esta idea. Nosotros pensamos estar en la verdad, sosteniendo que debe ser a fortiori lo mismo en lo que concierne al contrato “innominado” de secreto profesional. Hay un contrato en la base de las relaciones que se establecen entre el “depositante” y el confidente, pero la sociedad ha debido intervenir para protegerse en cierta medida contra un riesgo temible: el de ser lesionada por el atentado llevado a cabo mediante la revelación del secreto confiado a ciertas profesiones garantizadas por la ley.⁸

Esto es particularmente cierto en nuestro derecho, sobre todo en los tiempos más recientes. Recuérdese cómo constituyen delito algunos incumplimientos contractuales. Ejemplo de ello es el caso de los patrones que no pagan a sus trabajadores el salario mínimo general, hecho éste que en la actualidad configura un tipo delictuoso (artículo 1004 de la Ley Federal del Trabajo). Esta tendencia se nota precisamente más en la materia de servicios profesionales. El abandono de un enfermo en su tratamiento por el médico o el de un litigante en su defensa por el abogado, son delictuosos en determinadas circunstancias (artículos 229 y 232, fracción II del

⁸ *Op. cit.*, p. 233.

Código Penal). La simple inactividad de este último en la defensa, también puede serlo, igual que todo daño causado en el ejercicio de una profesión, arte o actividad técnica (artículos 230 y 232, fracción III del mismo Código).

Y aquí viene al caso recordar la distinción a que se refiere Gabriel Marty, catedrático de la Universidad de Toulouse, entre dos especies de contratos: los que obligan a procurar al acreedor "una ventaja precisa y efectiva" y los que obligan sólo "a cierta diligencia en vista de un resultado determinado". Respecto de ambas especies expresa este tratadista:

Primera hipótesis :El deudor se ha obligado a procurar al acreedor una ventaja precisa y efectiva.

Es éste el caso del vendedor que se obliga a transferir la propiedad. El del porteador que se obliga a transportar una cosa a su destino en cierto plazo.

Demogue designó estas obligaciones con un nombre que tuvo fortuna: obligaciones "de resultado"; H. Mazeaud habla de obligaciones determinadas. Mas si el nombre cambia, la idea es la misma.

Segunda hipótesis: El deudor está obligado a cierta diligencia. Es éste el caso previsto por el artículo 1137 para aquellos contratos cuyo objeto es la conservación de una cosa (obligación de medio, en la terminología de Demogue; obligación general de prudencia en la terminología de Mazeaud).⁹

Y párrafos más adelante añade Marty, refiriéndose ya en particular al servicio profesional:

Hay otros ejemplos que no se refieren a la conservación de una cosa: tal es el caso de la obligación del médico para su cliente; no se compromete a curar al enfermo, sino a cuidarlo según la reglas del arte. . .

En todos estos casos el deudor falta a su obligación no cuando no obtiene el resultado perseguido, pues no ha prometido éste; sino cuando no ha aportado en la persecución de este fin, la diligencia que ha prometido.¹⁰

Es en la segunda categoría de obligaciones que la anterior distinción señala, o sea en las obligaciones de prudencia o diligencia, en las que principalmente puede intervenir la represión penal para asegurar su cumplimiento. Esto obedece a que el control de ese cumplimiento resulta mucho más difícil que para las obligaciones de la primera categoría, pues siendo obligaciones más de actividad que de resultado, este último juega en el caso un papel secundario. Dicho cumplimiento consiste en poner los medios, no en alcanzar el fin. Y como esos medios son de diligencia, prudencia o actividad, protectoras de determinados bienes jurídicos, su omisión es difícil de evitar y su cumplimiento resulta generalmente imposible

⁹ *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, trad. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1952, título I, cap. III, núms. III-3, p. 201.

¹⁰ *Ibid.*, p. 202.

de obtener mediante ejecución forzada (a la inversa de lo que ocurre con las obligaciones de resultado) lo cual hace que el Estado recurra en ocasiones a la represión penal, para que, sin perjuicio de la responsabilidad civil, asegure la prestación de esa diligencia o cuidado, no solamente al acreedor sino también a la sociedad que generalmente resulta afectada por su falta. Recuérdese lo que del secreto profesional dijimos en el primer capítulo de esta obra, acerca de la imposibilidad de evitar su violación por medios que no fueren punitivos.

¿Podría plantearse en nuestro régimen jurídico el problema de la constitucionalidad de este empleo de la represión penal contra el incumplimiento de obligaciones originadas en un contrato? De acuerdo con el artículo 17 de la Constitución Federal: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil." Esta prohibición, que consigna una de las garantías individuales reconocidas y protegidas por la Constitución, es, en opinión de Ignacio Burgoa, una reafirmación de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal que establece el artículo 14 de la misma ley suprema. Así se expresa al respecto dicho autor, sobre la garantía del artículo 17.

La primera garantía de seguridad jurídica que encontramos en el artículo 17 constitucional está concebida en los siguientes términos: Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Esta garantía no viene a ser sino la corroboración o confirmación del principio jurídico de *nullum delictum, nulla poena sine lege*. En efecto, de acuerdo con él, solamente un hecho reputado por la ley como delito puede ser considerado como tal y, en consecuencia, ser susceptible de sancionarse penalmente. Por ende, una deuda proveniente de un acto o relación jurídicos civiles en sí mismos, esto es, no estimados por la ley como delictuosos, no puede engendrar una sanción penal (como es la privación de libertad), ya que ésta se reserva a los delitos, es decir, a los hechos reputados legalmente como tales. Bajo este aspecto, el artículo 17 constitucional viene a confirmar la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal, en el sentido de que sólo podrá aplicarse una pena prevista expresamente por la ley para un determinado delito, o sea, para un hecho calificado legalmente como tal.¹¹

No creemos, sin embargo, que la disposición del artículo 17 sea una mera reiteración de la que contiene el artículo 14. Esto haría redundante aquélla, cuyo sentido parece ser otro. La garantía del 17 consiste más bien en una prohibición que el constituyente dirige al legislador ordinario para que no configure tipos delictuosos con incumplimientos de carácter meramente civil. La sola conducta del deudor civil incumplido no puede ser tipificada entre los hechos delictuosos por el legislador común. La represión penal no debe ser empleada como medio para la satis-

¹¹ *Las garantías individuales*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1961, cap. viii, p. 457.

facción de intereses privados, susceptible de alcanzarse mediante ejecución forzada, sino que ha de reservarse para los hechos que directamente lesionan a la sociedad y limitarse a ellos su empleo.

Sin embargo, el problema que crea esta disposición constitucional es el determinar qué debe entenderse por “deudas de carácter puramente civil”.

El mismo Burgoa ha percibido este problema al decir:

El carácter civil de una deuda, es decir, del aspecto pasivo de una obligación, se debe fijar a posteriori en cada caso concreto de que se trata, atendiendo, sin embargo, al criterio general de que su origen o procedencia no se atribuyan a un hecho tipificado por la ley como delictivo.¹²

Evidentemente, la expresión “deudas de carácter puramente civil” que emplea el artículo 17 no debe entenderse como comprensiva de toda obligación civil. Ello haría inconstitucional la existencia de diversos tipos delictivos tradicionalmente admitidos, que castigan el incumplimiento de deberes nacidos de instituciones civiles. Ejemplos de esto pueden ser el adulterio o la bigamia, que reprimen faltas a las obligaciones nacidas del matrimonio (artículos 273 y 279 del Código Penal), la usurpación del estado civil correspondiente a otra persona, la ocultación o sustitución de un infante o la atribución falsa de la maternidad, etcétera (artículo 277 del mismo Código). También en el campo patrimonial hay diversos tipos delictivos de robo, fraude o despojo de inmuebles, que protegen la propiedad y otros derechos reales contra actos que los violen, aun cuando no se realicen con violencia o engaño. Es la peligrosidad social de tales hechos, motivada frecuentemente por la imposibilidad o extrema dificultad de reparar mediante ejecución forzada los derechos violados, o la amenaza que importan para el orden familiar o económico existentes, lo que los hace punibles, sin que ello infrinja la prohibición del artículo 17 constitucional. Dentro de esta línea se encuentra también la tutela penal del secreto que deben guardar los profesionistas. Aun cuando se castigue en estos casos el incumplimiento de obligaciones civiles, no son éstas “puramente civiles” a que dicho precepto se refiere. Hay aquí algo más que lo puramente civil, que justifica las penas privativas de libertad y hace que ellas no sean inconstitucionales. La determinación en cada caso de este contenido extra-civil del hecho para considerarlo como delito, ya no es tarea que concierna al jurista, sino asunto de política criminal.

Después de todo lo anterior, podemos llegar a la conclusión de que no hay inconveniente alguno para que la obligación de reserva profesional sea, en principio, de carácter civil y tenga su origen en un contrato también civil, pues esto ni rebaja la categoría de la obligación, impidiendo

¹² *Ibid.*, p. 458.

que sea de orden público, ni se opone a que su incumplimiento resulte punible. Sin embargo, algunas precisiones deben hacerse:

La primera de ellas consiste en que, al sostener que el secreto puede tener su origen en un contrato, no debe concluirse de allí que necesariamente lo tenga. Supone sí, en todo caso, la prestación de un servicio profesional, pero sin que ésta provenga siempre de un contrato. Gabriel Marty dice al respecto:

La responsabilidad de los profesionales, médicos u oficiales ministeriales, por ejemplo, provoca numerosas dificultades. . .

La primera consiste en determinar si se trata de una responsabilidad contractual o delictuosa. Frecuentemente habrá contrato entre el profesional y el beneficiario de sus servicios. La responsabilidad será contractual. Así ha resuelto la Sala Civil de la Corte de casación, para los médicos, . . .

Sin embargo, en algunos casos la intervención del profesional se realizará fuera de todo contrato: por ejemplo, un médico presta los cuidados de urgencia a un enfermo en la calle. La responsabilidad es entonces delictuosa.

Por otra parte, no existe entre los dos casos la diferencia que a primera vista podría suponerse. En efecto, el contrato solamente impone al profesional obligaciones de diligencia, que la jurisprudencia a veces considera de orden público. . . y estas obligaciones, cuyo incumplimiento constituirá la culpa contractual, se acercan, hasta confundirse con ellas, a las reglas de conducta admitidas en el dominio delictuoso.¹³

Por nuestra parte pensamos que tampoco hay contrato entre profesional y cliente en aquellos casos en que la prestación del servicio profesional se realiza bajo la forma de servicio público. Así ocurre cuando las personas, por falta de recursos económicos, acuden a defensores de oficio en busca del patrocinio gratuito de un abogado, lo mismo que cuando reciben atención médica en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, por ser empleados públicos. En ninguno de estos casos puede descubrirse la existencia de un contrato y, sin embargo, no es menor en ellos para el profesional la obligación de reserva, que la que tiene cuando presta sus servicios libremente contratado por el cliente.

La segunda precisión consiste en que ni aun en aquellos casos en que el secreto tenga un origen contractual, debe pensarse en la existencia de un contrato especialmente constitutivo del mismo, tal como parece deducirse de las expresiones de Eusebio Gómez que antes transcribimos, en las que sostiene este tratadista como inadmisibles, que sea “un contrato tácito entre el profesional y el cliente: “. . .el primero ofrece callar todo cuanto llegare a saber en el ejercicio de su ministerio; el segundo acepta la oferta”. Evidentemente que, presentado en esta forma el origen contractual del

¹³ *Op. cit.*, t. I, título II, cap. II, p. 311.

secreto, resultaría inaceptable y Gómez tendría razón al desecharlo como lo hace. No, el secreto del profesionista no puede tener su origen en un contrato especial, ya fuera éste de depósito, de mandato, de arrendamiento de servicios o innominado como pretenden los contractualistas, a cuyas opiniones nos hemos referido antes. No existe ningún contrato especialmente destinado a generar el secreto, la obligación de reserva profesional. Al decir que ésta puede tener un origen contractual, ya que no es contrario a su naturaleza o efectos, queremos significar solamente que puede surgir como consecuencia de una de las varias estipulaciones contenidas en un contrato que entre sí celebren el profesional y su cliente para la prestación de servicios por aquél a éste. En otros términos, el secreto puede ser una de las diversas obligaciones pactadas, que queden a cargo del profesionista cuyos servicios son contratados.

Pero, si el contrato es omiso en lo que toca a la reserva, ¿debemos no obstante considerar impuesta esa obligación? Seguramente que sí. Ya hemos dicho antes que por obligaciones contractuales deben entenderse no sólo las que expresamente conciertan las partes en su acuerdo de voluntades, sino también las que derivan de preceptos legales que supletoria o imperativamente son aplicables al contrato. Luis Muñoz se expresa así a este respecto:

Los efectos son voluntarios o queridos por las partes ,y también legales, llamados reflejos; los últimos emanan directamente de la norma jurídica, incluso cuando sustituye con otros los perseguidos por las partes, porque éstos no puedan realizarse. . . Los efectos voluntarios de los contratos típicos son los previstos y queridos por las partes, sin perjuicio de que, como dejamos dicho, puedan producirse otros dimanantes del ordenamiento jurídico.¹⁴

Esta opinión encuentra, por lo demás, apoyo en el artículo 1796 de nuestro Código Civil, el cual establece que los contratos “desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley”.

En otros términos, podemos distinguir tres clases de obligaciones contractuales: *a*) las que dimanen de una estipulación expresa del contrato, convenida por las partes; *b*) las que provienen de una disposición legal supletoria, aplicable al contrato cuando éste no contiene estipulación expresa sobre algún punto determinado y *c*) las que establece imperativamente la ley mediante una disposición que debe aplicarse necesariamente al contrato, aun cuando éste contenga estipulación expresa de las partes en contrario.

Procede entonces analizar los caracteres de estas tres especies de

¹⁴ *Derecho civil mexicano*, México, Ediciones Modelo, 1971, tomo III, cap. XIX, núm. 173, pp. 230-231.

obligaciones, diversas, pero unidas por la nota común de ser todas ellas contractuales. No cabe duda que lo son las de la primera categoría. En ellas surge el contrato en todo su esplendor. La fuente de estas obligaciones se ve claramente en el convenio, en la voluntad de las partes manifestada de modo expreso. Se puede decir de ellas, con la reserva que más adelante expondremos, lo que Planiol expresa acerca del contrato: "la voluntad de las partes forma la obligación: es ella la fuerza creadora y la que determina a la vez el objeto y la extensión".¹⁵ Y en

otro lugar de su obra, al expresar este autor su opinión en contra de alguna corriente que en la doctrina alemana sostiene que la voluntad de los particulares es impotente por sí sola para crear obligaciones, arguye al respecto:

Sin embargo no es dudoso que el contrato sea una fuente de obligaciones: esas obligaciones no existirían si las partes no hubieran contratado; el concurso de voluntades es pues la causa eficiente, la fuerza creadora de que la obligación depende.¹⁶

En realidad no es exacto que una obligación pueda surgir de la sola voluntad de las partes, por eficazmente manifestada que sea. Es necesario, como veremos más adelante, que en todo caso la ley concorra con ella, dando obligatoriedad al convenio. Por eso es que las tres clases de obligaciones contractuales que antes hemos distinguido, distan entre sí mucho menos de lo que a primera vista pudiera pensarse y debe sostenerse respecto de ellas su común carácter contractual. Sería inexacto querer reducir solamente a las de esta primera categoría, las obligaciones contractuales. Su importancia está ciertamente en que se manifiesta más en ellas que en las otras dos especies de obligaciones, la voluntad de los contratantes como reguladora de la relación jurídica; pero esto no quita su carácter contractual a las obligaciones que, imperativa o supletoriamente, la ley hace derivar como consecuencia del contrato, según vamos a ver en seguida.

La segunda categoría de obligaciones contractuales, señalada antes por nosotros, está constituida por las que supletoriamente dirige la ley al contrato. Ellas suponen, por tanto, una actitud de silencio guardada por las partes respecto a determinados efectos de él o a diversas modalidades, ya sea por imprevisión u olvido o porque intencionadamente hayan querido que se rijan en el caso el contrato por la disposi-

¹⁵ *Traité élémentaire de droit civil*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1912, tomo II, núm. 807, p. 255.

¹⁶ *Op. cit.*, núm. 944, p. 318.

ción legal supletoria, como si tácitamente quisieran incorporarla al mismo.

Dice Luis Muñoz refiriéndose a esta clase de disposiciones legales que:

En virtud del reconocimiento por el derecho positivo de la autonomía privada, las partes de un contrato pueden derogar ciertos preceptos legales utilizando las cláusulas contractuales. Tales cláusulas de contenido prescriptivo una vez conocidas y aceptadas o si media publicidad, pues en este caso se presumen conocidas, norman la futura relación de esferas de intereses jurídicamente protegidos.¹⁷

Por nuestra parte, pensamos que el mecanismo de las disposiciones supletorias opera en sentido diferente. No es que las partes puedan derogarlas en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pues tales disposiciones tienen obligatoriedad plena como toda disposición legal; tanto como la tienen las disposiciones imperativas de que en seguida vamos a ocuparnos. Lo único que ocurre es que, en tanto que estas últimas se aplican de manera incondicionada al contrato, las normas supletorias requieren como condición para su aplicabilidad, que las partes no hayan pactado nada diverso sobre el punto que ellas regulan. Cumplida esta condición, las normas supletorias son tan imperativas como las demás y su aplicación resulta inexorable.

Por último surge la tercera categoría de obligaciones. Son éstas las que provienen de preceptos legales imperativos —o prohibitivos, en su caso— cuya aplicación resulta ineludible. Ninguna estipulación contractual contraria a estas normas tiene validez. Los derechos que de ellas dimanar son irrenunciables. Las partes tienen únicamente libertad para celebrar o no el contrato, pero una vez otorgado éste, no pueden evitar, mediante acuerdo alguno, que se produzcan los efectos dispuestos por la norma. Las obligaciones que de ella surgen ¿son de carácter contractual o legal? Aquí es donde la respuesta se presenta más discutida. Pero antes que intentar darla, procede interrogarse para plantear correctamente el problema: ¿tiene algún sentido esta pregunta?

Planiol es uno de los autores que más ha sostenido esa separación entre el contrato y la ley, como dos fuentes diversas de las obligaciones, para él las únicas fuentes posibles. Respecto de la función del primero, ya hemos dicho antes cómo se expresa. En otro lugar de su obra dice más categóricamente:

A decir verdad, todas las obligaciones derivan de dos fuentes solamente: el contrato y la ley. En el contrato, la voluntad de las partes forma la obliga-

¹⁷ *Op. cit.*, cap. xi, núm. 112, p. 149.

ción... en ausencia de un contrato, el nacimiento de una obligación no puede tener otra causa que la ley...¹⁸

Y sobre esta dualidad de fuentes de obligación, irreductibles entre sí, reposa el sistema jurídico de Planiol.

Pero, ¿es correcta esta escisión tan profunda entre el contrato y la ley y, por consiguiente, entre las obligaciones creadas por ellos? Pensemos que no. En realidad no se trata de dos causas de obligaciones opuestas entre sí, sino de dos causas concurrentes. La obligación no surge del contrato solo ni de la ley sola. Es producida por la conjunción de ambos. Sobre este punto nos parece exacta la posición que Borja Sotriano ha tomado, siguiendo a Bonnecase, y que expresa en los siguientes términos:

La ley y el acto o el hecho jurídico juntamente producen los efectos de crear, transmitir, modificar y extinguir las obligaciones y los derechos. El artículo 1419, Código de 1884, establece la fuerza obligatoria de los contratos y, sin embargo, no basta con la existencia de ese texto legal para que nazca una obligación; este resultado concreto no se produce, sino cuando efectivamente se celebra un contrato. Pero el contrato por sí mismo no podría engendrar la obligación; ésta nace por aplicación de la ley, que atribuye fuerza creadora de obligaciones a los contratos.¹⁹

En posición similar se ha colocado Néstor de Buen Lozano al decir:

Creemos, con Marcadé, que la voluntad y la ley son incapaces, si actúan aisladamente, para producir los efectos de derecho respecto del acto jurídico.²⁰

Por su parte Gabriel Marty ha apuntado en la misma dirección. Al criticar la referida opinión dualista de Planiol, sostiene:

Indiscutiblemente Planiol tiene razón cuando indica que la ley es la que en realidad crea las obligaciones provenientes de los delitos y de los cuasidelitos. Pero comete el error de detenerse a medio camino. En efecto, conserva la categoría especial del contrato. Si se lleva su razonamiento hasta el fin, debe admitirse, además, que también las obligaciones contractuales son obligaciones legales. Si el contrato origina obligaciones se debe a que el legislador lo ha querido, y en particular, porque en el artículo 1134 establece que la convención constituye la ley de las partes. De esta manera todas las obligaciones se reducirían a una categoría única: la de las obligaciones legales.²¹

¹⁸ *Op. cit.*, t. II, núm. 807, pp. 254 y 255.

¹⁹ *Teoría general de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1953, tomo I, t. II, cap. IV, núm. 47, p. 103.

²⁰ *La decadencia del contrato*, México, Textos Universitarios, S. A. 1965, t. I, cap. I, núm. 47, p. 165.

²¹ *Op. cit.*, t. II, p. 236.

Es por estas razones que hemos preguntado antes si tiene sentido averiguar el origen legal o contractual de las obligaciones que establecen las normas imperativas aplicables al contrato. En realidad las obligaciones de las tres clases que antes hemos distinguido, son a la vez legales y contractuales. Nacen de la acción conjunta del contrato y de la ley, como causas concurrentes, sin que sea debido oponer ambas como dos fuentes de obligaciones, diversas e irreductibles entre sí.

Pero las obligaciones provenientes de esas normas legales imperativas que se aplican al contrato, tienen sin embargo una importancia y peculiaridad que requieren ser examinadas con mayor detenimiento.

Su aplicación no requiere, como antes hemos dicho, más condición que la celebración del contrato. Una vez producido éste, la norma jurídica correspondiente se aplicará y nacerán de modo inevitable las obligaciones que ella establece, sin que el convenio de las partes pueda impedirlo, pues la autonomía de la voluntad se reduce en estos casos tan sólo a la posibilidad de celebrar o no el contrato, pero una vez concertado éste, carecen las partes de libertad para estipular contra las normas imperativas. No pueden eximirse, ni aun por acuerdo de voluntades, de las obligaciones, positivas o negativas, que nacen de esas normas. Los ejemplos de esta clase de disposiciones, con aplicación forzosa, abundan en las leyes. Tal es el caso de la prohibición que del pacto del anatocismo se hace en el artículo 2397 del Código Civil, para el contrato del mutuo, lo mismo que la prohibición del pacto de retroventa que establece el artículo 2302 del mismo Código y también la que establece el artículo 2311 siguiente que prohíbe imponer al que compra en abonos, obligaciones más onerosas que las que dicho artículo consigna. Lo mismo puede decirse de la prohibición de donar todos los bienes de una persona, si ésta no se reserva lo necesario para vivir, de acuerdo con el artículo 2347 del mismo Código Civil.

La socialización del derecho, en beneficio de la parte contratante débil, ha multiplicado esas disposiciones imperativas contra las cuales nada pueden pactar válidamente las partes, como ocurre en los contratos de arrendamiento destinados a habitaciones, talleres o industrias, cuyas rentas no pueden ser aumentadas por efecto del decreto de 28 de diciembre de 1948, derogatorio de algunos preceptos del Código Civil. Pero donde más puede notarse este proceso es en la Ley Federal del Trabajo, que establece numerosas obligaciones a cargo del patrón, de las que no puede eximirse ni aun por acuerdo con el trabajador en cuyo beneficio se establecen, ya que, ante la ley, es éste impotente para relevar de ellas al patrón.

Lo anterior ha hecho decir atinadamente a Gabriel Marty:

En cuanto a la formación del contrato puede señalarse un triple intervencionismo. . . Legislativo, pues el legislador desconfiado respecto al contrato, se esfuerza por imponer al acuerdo de las partes, o por darle, autoritariamente, cierto contenido. . . lo que lo acerca cada vez más al concepto de acto-condición según la terminología de Duguit.²²

Por su parte Borja Soriano reconoce también el mismo fenómeno, al expresar:

Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva o conmutativa.²³

A este respecto expresa Mario de la Cueva conceptos similares, en los siguientes términos:

Sin la nota de imperatividad, que se manifiesta en las tres direcciones de las normas, no sería el derecho del trabajo parte de los derechos del hombre, ni llenaría su cometido, pues si los derechos del hombre, individuales o sociales, se refieren a aquellas normas cuya observancia es esencial para la realización de la justicia, no sería posible abandonar su cumplimiento al arbitrio de los particulares, precisamente porque ese abandono fue el principio rector del sistema individualista y liberal del Código Civil y sus deficiencias fueron la causa de la aparición del derecho del trabajo.²⁴

En resumen, puede decirse que las disposiciones legales imperativas que norman el contrato, revisten en la actualidad una triple importancia: primero, por la amplitud y el desarrollo que han alcanzado; segundo, por la prevalencia que tienen las obligaciones nacidas de ellas, respecto de las que forman las otras dos categorías —convencionales o supletorias— a que antes nos hemos referido y tercero, porque el contrato aproxima su función, respecto de las normas imperativas, a la de un mero acto-condición, como lo ha expresado Marty.

Esta última característica del contrato frente a tales normas imperativas lo equipara a todos los demás actos no contractuales, que condicionan la aplicación de ellas. El contrato desempeña así una doble función:

²² *Op. cit.*, t. I, cap. I, p. 32.

²³ *Op. cit.*, t. II, cap. II, núm. 112, p. 143.

²⁴ *Derecho mexicano del trabajo*, México, Editorial Porrúa, S. A., 9a. ed., 1966, tomo I, cap. VIII, número. IV, p. 254.

por una parte, configura obligaciones —ya que nunca las crea por sí solo, sino con la concurrencia de la ley, según hemos visto— al regular expresamente la situación jurídica de las partes o al permitir que la ley la regule supletoriamente. Tal es el caso de las obligaciones de las dos primeras categorías, que antes hemos señalado. Por otra parte, opera como simple acto condición que pone en movimiento reglas imperativas de derecho, actualizando en el caso concreto la obligación prevista de modo abstracto en la ley.

La primera de estas dos funciones es la más característica del contrato y la que lo diferencia de otros actos jurídicos. Es en ella donde tiene más cabida la autonomía de la voluntad. La segunda, por el contrario, es común a él y a los demás actos. La primera tiende a reducirse con la evolución de las ideas económicas y sociales, a consecuencia de nuevas condiciones de vida. La segunda se ha ido ampliando por esas mismas causas. ¿Está llamado a desaparecer lo típicamente contractual? ¿Se halla en crisis el contrato como institución jurídico-social? Así lo ha creído Néstor de Buen Lozano en su obra *La decadencia del contrato*.

No pensamos del mismo modo. Creemos que sólo se trata de un ciclo histórico, incapaz de adquirir definitividad. Es tan sólo una vaivén temporal en el reflujo de las instituciones. El contrato es una de las más arraigadas a la naturaleza humana para que pueda esperarse de él una transformación completa y, menos aún, una desaparición definitiva.

Pero, dentro del concepto actual del contrato y en vista del desarrollo que han adquirido las normas imperativas, creemos que las obligaciones nacidas de ellas deben reputarse contractuales. Ello desde luego, siempre que ese nacimiento haya sido condicionado por un contrato y no por otro acto jurídico diverso y también siempre que corresponda a la situación contractual, esto es, a la relación jurídica que se forma entre las partes contratantes y no a relaciones con terceros como las que surgen de las normas tributarias, por ejemplo, cuyas obligaciones, aunque nacidas con ocasión del contrato, de ningún modo pueden considerarse contractuales.

En el caso particular del secreto profesional, la norma imperativa que lo establece como obligación civil es el artículo 2590 de nuestro Código de 1928, el cual dice a la letra:

El procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal.

Aun cuando este precepto está incluido en el capítulo del mandato judicial, resulta evidente por su redacción que se aplica también al con-

trato de prestación de servicios profesionales, por lo menos en el caso de los abogados. No deja de ser criticable esta última limitación, pues el precepto, que debió haber quedado incluido en el capítulo que reglamenta este último contrato, habría de ser aplicable a todos los profesionistas y no solamente a los abogados. También resulta criticable la limitación impuesta para estos últimos, en la parte inicial del precepto, al exigir como requisito de la revelación, para que sea ilícita, que se haga a la "parte contraria", con lo cual parecen quedar exentas de ilicitud las revelaciones de secretos hechas a terceros y también las que se hicieren en asuntos no contenciosos.

Por fortuna las anteriores omisiones del precepto que comentamos puedan quedar suplidas con la disposición contenida en el artículo 2615 del mismo Código Civil, que en forma mucho más general ordena:

El que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.

Marcel Planiol, de acuerdo con sus ideas antes expuestas, al no reconocer más fuentes de obligaciones que el contrato y la ley, resuelve el problema del secreto profesional en el sentido de reconocer a esta última como fuente del mismo, expresándose en los siguientes términos:

Obligaciones consideradas como nacidas de la ley. Conforme a la tradición se atribuyen a esta causa todas las obligaciones que no entran en alguna de las otras categorías. El Código Civil (artículos 1370 a 1373) nos cita únicamente como ejemplos de obligaciones puramente legales: . . .

Se puede citar todavía la obligación del secreto, conocida bajo el nombre de secreto profesional, impuesta a un gran número de personas para las cosas que ellas han conocido en el ejercicio de su función o profesión. Esta obligación del secreto es particularmente interesante para los médicos a los que bastantes dificultades surgen en la práctica; respecto a ellos, el secreto tiende a ser cada vez más absoluto.²⁵

Por nuestra parte, pensamos que ha sido inexacto el planteamiento que muchos autores han dado al problema del secreto profesional al distinguir si es una obligación nacida del contrato o de la ley. Es que no hay oposición entre obligaciones legales y obligaciones contractuales. Todas las obligaciones jurídicas tienen que ser legales. Necesitan la presencia conjunta de una norma de derecho positivo que las establezca y de un acto que condicione la aplicación de ella.²⁶ En todo caso la opo-

²⁵ *Op. cit.*, t. II, núm. 828, p. 265.

²⁶ Esta concurrencia entre la ley y el acto condición, que es la que da nacimiento a las obligaciones y, por lo mismo, a los derechos subjetivos correspondientes a ellas, es un

sición que procede establecer es entre obligaciones contractuales y obligaciones extra-contractuales, según que el acto jurídico condicionante sea o no un contrato.

Sin embargo, ya hemos expuesto antes que se ha dado demasiada importancia a esta distinción, dado que no tiene las consecuencias que le atribuyen quienes la hacen. El hecho de que provenga de un contrato la obligación de reserva, no le quita su carácter de obligación de orden público ni la hace inferior en categoría a las obligaciones, también de orden público, que el profesionista tiene de declarar como testigo cuando es requerido para ello por la autoridad, o de denunciar delitos cometidos de que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión, o bien de colaborar en otra forma cualquiera con la administración de justicia. Por lo mismo, no lleva a la conclusión de que el secreto profesional deba ser sacrificado cuando entre en conflicto con alguna de esas otras obligaciones. Finalmente, es también inexacto deducir que, por el hecho de que provenga de un contrato la obligación de reserva, pueda el cliente relevar de ella al profesionista en todo caso, como veremos más adelante.

III. Por ahora resulta más importante que determinar la fuente contractual o extracontractual de la obligación de reserva —ya que puede provenir una o de otra indistintamente— el precisar su naturaleza. Un análisis de la misma, nos hará ver que se trata de una obligación más compleja de lo que a primera vista podría notarse. Tiene, en principio, un contenido negativo: no hacer, no revelar, no dar a conocer aquello que debe estar sujeto a reserva. Pero no se agota con esto el secreto profesional. También contiene deberes de contenido positivo, obligaciones de hacer. Desde el momento en que un profesionista recibe, con motivo del ejercicio de su profesión, documentos u objetos cuya

hecho general que aparece en todo el orden jurídico y muestra una curiosa alegoría del orden biológico. Los seres superiores, a partir de determinado nivel, nacen de la unión de lo masculino y lo femenino. Con las situaciones jurídicas concretas —expresión que emplea Bonnacase para designar el derecho actual distinguiéndolo del potencial— ocurre algo similar. La ley representa aquí el elemento femenino, receptivo, abstracto y destinado por vocación a dar a luz las situaciones jurídicas concretas, que constituyen lo que hay de más vivo y más real en el derecho. Pero para esto necesita la ley ser fecundada por el acto condición, que vendrá a desempeñar el papel del elemento masculino esperado por ella para producir. Será el polen que deberá caer sobre el pistilo de la flor para que nazca el fruto del derecho. El carácter finalista de éste no se opone a ello, como tampoco se opone dentro del proceso biológico en el que coexisten causalidad y finalidad como dos leyes esencialmente diversas pero que no se excluyen entre sí.

Por otra parte, la distinción entre situaciones abstractas y situaciones concretas de derecho es solamente relativa. La situación es abstracción con relación a otra más concreta que ella, a la cual da origen, pero resulta ser concreta con relación a otra más abstracta, de la que procede a su vez. Este modo de producción del derecho se asemeja aún más a la generación de los seres vivos por la dependencia causal y continuidad ininterrumpida que entre ellos presupone.

posesión o conocimiento por parte de un tercero permitiría a éste enterarse de algún hecho secreto, nace para el profesionalista una obligación de custodia de aquéllos. Hemos visto ya en el capítulo anterior cómo el delito de revelación de secretos puede cometerse tanto por acción como por omisión y tanto por dolo como por culpa. La omisión se da cuando se falta a obligaciones de hacer, cuando se deja de cumplir ese deber de custodia que exige al profesionalista la realización de una conducta positiva. Enneccerus dice refiriéndose a la responsabilidad civil contraída por omisiones, que:

La omisión de un acto cuya ejecución hubiera impedido, con seguridad o al menos con la máxima probabilidad un daño, se califica también en sentido jurídico como causa del daño. Pero sólo ha lugar a responsabilidad por ese motivo cuando existiera un deber jurídico precisamente de esa persona a la ejecución del acto; . . . El deber jurídico puede ser de naturaleza pública o privada y puede basarse inmediatamente en la ley o en un negocio jurídico.²⁷

A su vez, la culpa, cuyo concepto hemos examinado antes, generalmente existe en la revelación cuando ésta se realiza mediante omisiones, esto es, con el incumplimiento a obligaciones de hacer.

Por el deber de custodia de aquellos documentos u objetos, el profesionalista puede quedar en situación de depositario de ellos. Pero eso ocurre únicamente por lo que toca al objeto material en sí mismo, no al contenido intelectual de éste, que es el que aquí nos interesa, porque en él se halla el secreto susceptible de revelación. Por lo que hace a este último no puede hablarse de depósito en el sentido jurídico del término, como algunos han pretendido, ya que es esencial a este contrato la devolución del objeto depositado, a tal punto que viene a ser la principal obligación del depositario y esto resulta imposible tratándose de un objeto intelectual como es el secreto. Además, la obligación que impone éste al profesionalista se distingue también de la que le compete como depositario de los documentos u objetos, ya que puede cumplir esta última y faltar a la primera, como ocurre cuando sin entregar a un tercero la posesión de esos documentos u objetos, permite que éste se entere de su contenido. También la situación inversa es posible, pues el profesionalista puede faltar a su deber de depositario, permitiendo la destrucción de los documentos u objetos, sin cometer con ello revelación de secreto alguno.

En resumen, ambas obligaciones del profesionalista, la que tiene respecto de los objetos materiales y la que le compete para con el objeto intelectual sujeto a reserva, se distinguen bien entre sí. Sin embargo, el incumplimiento de la primera, puede traer a veces como consecuencia el

²⁷ *Derecho de obligaciones*, Barcelona, España, 1a. ed. castellana, Bosch, 1994, tomo II, vol. I, cap. II, núm. 7, p. 75.

de la segunda, ya que la omisión de los actos de vigilancia y custodia del documento u objeto que le ha sido entregado en el ejercicio de su profesión, para un asunto determinado, puede motivar el conocimiento del secreto por terceros sin derecho a ello.

Es debido a esto que la revelación puede cometerse también por omisiones, como antes hemos dicho, pues el profesionista tiene, en la guarda del secreto, tanto obligaciones de hacer como de no hacer. El deber de reserva es, entonces, un deber complejo.

IV. Veamos ahora cómo ha de efectuarse el cumplimiento de ambas clases de obligaciones por el profesionista. Las dos le son exigibles desde el momento en que tiene conocimiento del hecho sujeto a reserva, ya sea porque el cliente se lo dé a conocer o bien porque se entere de él al ejercer su actividad profesional. La obligación de hacer surge también para el profesionista cuando, sin haber conocido aun el hecho secreto, recibe la posesión de documentos u objetos que sabe que lo contienen y, por lo tanto, requieren custodia. Esta última obligación, la de hacer, es susceptible de extinguirse cuando el profesionista deja de poseer, ya sea porque devuelva los documentos u objetos a quien se los entregó o bien porque pierda la posesión de ellos por causas que no le sean imputables. Sin embargo, se requiere en ambos casos, para que cese la obligación de hacer, que no hayan quedado copias o traslados en poder del profesionista, pues en este último caso subsistirá respecto de ellos el deber de custodia.

Esta obligación implica para el profesionista no sólo el cuidado material de los documentos u objetos, sino también el deber de hacer valer todos los medios legales de que disponga para evitar que se le obligue a entregarlos o a exhibirlos. Tal ocurre cuando alguna autoridad le exige indebidamente esa exhibición o entrega. Es evidente que si el profesionista no se opone haciendo valer los recursos que la ley le da y con fundamento en los preceptos de la misma, que por razón del secreto profesional lo eximen de la obligación de entregar o exhibir (como ocurre con el artículo 288 del Código de Procedimientos Civiles), falta dicho profesionista a la obligación de hacer, por no evitar que el secreto se revele. Esta última obligación es aun más cierta en el caso de abogados o notarios, que, por razón de su profesión, deben conocer mejor el derecho, pero sin que por ello deje de existir para otros profesionales.

V. En cuanto al aspecto negativo del deber de reserva, o sea el que implica obligaciones de no hacer, consistentes en no revelar, no dar a conocer los hechos secretos a quienes carecen de derecho para saberlos, hemos dicho que también nace para el profesionista desde el momento en que los conoce. Por lo que toca al tiempo que debe durar esta obligación de

abstención, surgen algunos problemas. Se ha dicho que tal obligación debe ser perpetua. En otros términos, que el profesionista queda obligado para siempre a no hacer, aún después de haber concluido el negocio con motivo del cual conoció el secreto y aún después de haber dejado de ejercer la profesión, toda vez que el daño, efecto del hecho de revelar, puede todavía producirse. Por eso dice Fernández Serrano que el abogado debe guardar el secreto hasta la tumba.²⁸

Sin embargo, pensamos que se deben hacer algunas distinciones al respecto. Para ello es necesario, ante todo, tomar en cuenta la finalidad para la que el secreto profesional se instituye en cada caso. Es decir, deben reconocerse los bienes jurídicos que con ese secreto se quiere proteger. No debe olvidarse que, en el caso del abogado, el secreto profesional está instituido, sin perjuicio de otros fines, para servir al derecho de defensa que tiene el cliente. Con toda razón se expresa el mismo Fernández Serrano en los siguientes términos:

Porque, como ya hemos dicho, este secreto no se ha instituido en interés particular del cliente, sino en interés general, público. Por eso la violación del secreto no sólo heriría al cliente, sino a la sociedad entera; no sólo porque quitaría a los profesionales la confianza, que es esencial a su ministerio, sino porque aniquilaría el derecho de defensa, del cual el secreto es la piedra angular.²⁹

Cuando el secreto profesional existe para servir al derecho de defensa, debemos reconocer que el mismo tiene ante todo un valor estratégico, o sea que pretende impedir a la parte contraria el conocimiento de los medios legales que el abogado va a emplear en la defensa de su cliente. En este aspecto el secreto profesional del abogado presenta alguna semejanza con el secreto militar. Su guarda, como medio eficaz para la protección de los procedimientos ofensivos y defensivos que van a emplearse en la contienda, debe ser estricta. Pero, precisamente por esa razón, debe también ser temporal, pues el secreto, por su misma finalidad, está destinado a dejar de serlo cuando los procedimientos planeados se lleven a efecto y, por tanto, se vuelvan conocidos, pudiendo inclusive llegar a ser del dominio público. Al momento en que esto acontece, el secreto pierde ya su razón de existir.

En otras ocasiones el uso del secreto se vuelve necesario como medio para la defensa misma del cliente. Sobre ellas dice Fernández Serrano:

²⁸ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, abril-junio, 1952, núm. 14, p. 131.

²⁹ *Ibid.*, p. 133.

Las revelaciones del secreto necesarias a la defensa o que sean beneficiosas al defendido, o las simplemente inocuas, no constituyen atentado al deber del secreto.³⁰

Refiriéndose a este último caso, dice por su parte Perraud-Charman-tier:

Las revelaciones hechas en interés del cliente no son punibles, aun cuando ellas hubieran sido hechas sin autorización; el abogado podrá, sin temor, revelar en litigio lo que crea ser favorable a la causa de su cliente. Ningún confidente podrá ser perseguido en el caso de que la revelación sea favorable, o no sea perjudicial al que se ha confiado.³¹

Es evidente que en todos estos casos el secreto no puede ser perpetuo. Su duración queda determinada por la finalidad que con el mismo se persigue. Pero ello no impide que los secretos del abogado puedan servir en otros casos a bienes jurídicos diversos, como la vida o el honor, y entonces su guarda puede llegar a hacerse necesaria en todo tiempo, con la perpetuidad que Fernández Serrano reclama para ella. En cuanto al secreto que corresponde a los notarios, señalaremos en el capítulo correspondiente cómo también puede tener en algunos casos carácter temporal y, por lo mismo, estar destinado a desaparecer en un momento dado.

Es nota peculiar de la obligación de reserva —en sus dos aspectos positivo y negativo— que no la extingue el hecho de su cumplimiento, como ocurre con otras obligaciones.³² La de reserva es continua y persiste a

través del tiempo. No se cumple con una prestación instantánea, sino con una conducta sostenida y continuada en forma permanente. Los casos en que esta obligación se extingue, a que antes nos hemos referido, no son efecto del cumplimiento de ella, sino de otras causas diferentes que ya mostramos, debidas más bien al logro de la finalidad que el secreto persigue en cada caso.

³⁰ *Ibid.*, p. 138.

³¹ *Op. cit.*, núm. III-III, p. 282.

³² Por lo mismo, el derecho subjetivo correspondiente a esa obligación, tampoco se extingue. No queda satisfecho por la sola circunstancia de que la reserva se guarde en un momento dado. Es un derecho insaciable. Necesita ser respetado permanentemente con la guarda del secreto y en algunos casos en forma perpetua. El derecho a la intimidad constituye seguramente uno de los derechos fundamentales de la persona humana, semejante a la libertad de conciencia que Del Vecchio señala entre los principales derechos naturales del hombre (*Filosofía del derecho*, sec. 3a., p. 519). No obsta a lo anterior el hecho de que el secreto profesional se contraiga algunas veces —no necesariamente como lo hacemos ver en este capítulo— contractualmente, pues esto no afecta la esencia misma del secreto en sí, o sea del secreto natural que obliga a toda persona.

VI. El incumplimiento de la obligación, tanto cuando reviste la forma de hacer como la de no hacer, se traduce en el pago de los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del mismo (artículo 2110 del Código Civil). Se aplican aquí las reglas generales comunes a obligaciones de hacer y de no hacer y, particularmente, la disposición del artículo 2590 del mismo Código, a que antes nos hemos referido, específica del secreto profesional del abogado.

Tales reglas generales son las que establece el artículo 2104 del Código Civil, que dice a la letra:

El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.

Sin embargo, consideramos también aplicable al incumplimiento de la obligación de reserva, lo dispuesto en el artículo 2028 del mismo Código Civil, que establece:

El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.

Comentando similar disposición del Código Civil Francés, dice Marcel Planiol:

Obligaciones de no hacer. Para éstas la ley establece el mismo principio que para las obligaciones de hacer: cuando el deudor falta a su obligación, esta contravención no da lugar sino a una indemnización en dinero. Para él, como para el que está obligado a hacer alguna cosa y no la ha hecho, la obligación se resuelve en daños y perjuicios; el artículo 1142 es común a las dos especies de obligaciones.

No obstante, la ejecución efectiva y forzada puede a veces ser obtenida, y puede ser que más frecuentemente que para las obligaciones de hacer. Ejemplos: si es un trabajo que ha sido hecho en contravención a una obligación de no construir, el acreedor podrá obtener su demolición a expensas del deudor, esto es lo que dice el artículo 1143. Igualmente si es un comercio, que ha sido iniciado a pesar de una promesa en contrario (compromiso que se toma frecuentemente en las ventas de establecimientos de comercio para garantizar al adquirente contra la concurrencia del vendedor), los tribunales podrán ordenar el cierre del almacén.³³

³³ *Op. cit.*, tomo II, cap. I, núm. 173, p. 62.

Podemos entonces distinguir dos situaciones diferentes en las obligaciones de no hacer: la primera es aquélla en la que no se quiere la realización de una conducta determinada; la segunda se presenta cuando lo que no se quiere es el resultado. En la primera de esas situaciones, no existe modo de destruir el incumplimiento; sólo se puede compensar con el pago de daños y perjuicios, pues es imposible que una conducta ya realizada deje de existir. En la segunda situación, en cambio, puede darse el caso de que, además del pago de los daños y perjuicios, proceda deshacer lo hecho indebidamente.

Tratándose de la revelación de un secreto por parte del profesionista, es evidente que no puede ya deshacerse la conducta reveladora, en sí misma, toda vez que ella quita el carácter secreto, por lo menos parcialmente, al hecho que lo tiene. Y una vez perdido ese carácter, no puede restituirse. Pero si se toma en cuenta que el secreto es —en último término— solamente un medio para proteger determinados bienes jurídicos, como antes lo hemos hecho ver, la lesión causada a algunos de esos bienes por efecto de la revelación, ¿podrá ser en algunos casos destruida o subsanada, restituyendo el bien al estado que guardaba antes de ser dañado? Lo consideramos difícil, pero acaso no del todo imposible, el que la reparación pudiera ser hecha en naturaleza.

Es preciso distinguir, como lo hace Planiol, entre el hecho ilícito en sí mismo y el daño que éste produce. Dice el referido autor.

Sin embargo no debe hacerse entrar la idea de daño en la definición de la falta, pues el daño no es sino una consecuencia posible, pero de ningún modo necesaria: si un acto constituye falta, no es porque sea dañoso, sino porque es contrario al derecho. El daño es solamente la condición para que la falta sea reprimida por el derecho.³⁴

Por nuestra parte, hemos expresado con anterioridad que lo típico de la revelación de secretos no está en los bienes que resultan dañados con ella, sino en el medio o procedimiento que se emplea para lesionarlos. Los bienes dañados, en este caso, son los mismos que protege el derecho contra todos los hechos ilícitos. El procedimiento, en cambio, por ser de carácter intelectual, es lo que resulta distintivo de la revelación.

VII. Otro tema de interés en esta materia, es el de determinar si la obligación de reserva que tiene el profesionista pasa o no a sus herederos en caso de muerte de aquél. Es curioso y significativo a la vez que quienes se hayan preocupado por este problema sean los penalistas. Eusebio Gómez lo plantea en los siguientes términos:

³⁴ *Op. cit.*, cap. II, núm. 867, p. 279.

Se ha suscitado la duda acerca de si el heredero del profesional, que por cualquier circunstancia, llega a tener noticia del secreto de que aquél era poseedor, puede, en caso de revelación hecha después de la muerte del profesional, ser sujeto activo de este delito. Carrara, que plantea la cuestión desde un punto de vista puramente especulativo, encuentra en el hecho, después de un razonamiento lógico, los elementos necesarios para una incriminación que las leyes vigentes no han establecido, conservando para el delito de violación de secretos el carácter de delito propio.³⁵

Los pasajes de Carrara a que alude Gómez son los siguientes, que transcribimos íntegros por el interés que presentan:

Es indudable que la revelación de secretos es un delito propio, en el sentido estricto de la palabra, y en su sitio señalaremos los efectos de este carácter especial, en cuanto a la complicidad; pero, en la práctica se presentan cuestiones delicadísimas y a veces de gran interés, cuando el secreto o los papeles confiados fiduciariamente a un profesional, son divulgados, después de su muerte, por alguno de los herederos.

1° ¿Podrá perseguirse como criminoso, en el heredero no profesional, la revelación del secreto confiado o de los papeles confiados fiduciariamente a su causante que sí era profesional?

2° ¿Podrá perseguirse criminalmente la revelación hecha por un heredero profesional, cuando ella recae sobre un secreto que no se le ha confiado a él, sino a su causante profesional?

3° Si el heredero no es perseguible criminalmente por las revelaciones imprudentes que ha hecho, ¿será perseguible civilmente por los daños a intereses derivados de su acto?

Estas cuestiones, que he visto en la práctica, pero que no he encontrado en los autores, hay que resolverlas mediante los principios generales. En los delitos propios, la obligación de no violar la ley respectiva no pasa, para fines penales, al heredero de la persona que era la única ligada por esa ley; por lo tanto, no puede hablarse de pena. Pero como sustrato de la obligación penal existe siempre una obligación civil; las obligaciones civiles del causante pasan a su heredero cuando se desarrollan en una materialidad real, no meramente personal; el heredero del ladrón que vende las cosas robadas, podrá quedar inmune de la pena del robo, pero no queda inmune de la obligación de indemnizar; y la entrega de un secreto origina (fuera de la obligación moral) una obligación civil, a la que puede seguirse una obligación penal; los profesionales, al hacerse depositarios de un secreto, se hacen pasibles de estas dos obligaciones, pues la obligación de no revelar tiene por correlativas la acción civil de la persona particular y la acción penal de la sociedad; y la muerte del profesional hace imposible la acción penal; pero la obligación civil de no revelar, pasa, como cualquier otro deber semejante, a su heredero; por lo tanto, este es pasible de los daños que resulten, tanto de las revelaciones hechas por su causante, como de las hechas por él mismo.

Creo, sin embargo, que la obligación de que estamos tratando no puede enumerarse entre las que los prácticos llamaron obligaciones personalísimas, como son los deberes conyugales, el servicio militar y otras como éstas; podrá

³⁵ *Op. cit.*, t. III, núm. 854, p. 455.

discutirse si el heredero del depositario que vende a sabiendas el depósito, es pasible de acción de estafa, más no puede dudarse que por ese hecho sea pasible de la acción de interés (*quid interest*); tal es mi opinión, que queda sometida a mejor parecer, y que sostuve en un caso forense todavía no fallado de modo definitivo.³⁶

No podemos decir, pues ello entrañaría petulancia, que nuestro parecer sea mejor que el del gran penalista italiano, maestro de la escuela clásica, pero lo que sí podemos afirmar es que nuestra opinión sobre este tema difiere de la suya. Para tratar el mismo es preciso distinguir antes, a fin de evitar las confusiones en que creemos que ha incurrido Carrara al plantear el problema. En primer lugar debe distinguirse el caso que se presenta cuando ya se cometió el hecho ilícito de la revelación y ha nacido, por consiguiente, una responsabilidad civil a cargo del revelador, del caso en que todavía no se comete y en que, por lo tanto, solamente existe para el profesionista el deber del secreto.

Cuando la revelación ha sido ya hecha, causándose daño con ella al cliente mismo o a un tercero, es evidente que la obligación surgida a cargo del profesionista para el pago de daños y perjuicios a la víctima, sí es una obligación que debe pasar a los herederos de aquél, atentas las disposiciones contenidas en los artículos 1281 y 1760 del Código Civil. El primero de ellos, define la herencia diciendo que “es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”. En cuanto al segundo, que está en el capítulo de liquidación de la herencia, en el que se señala el orden en que deben ser pagadas las deudas de ella (mortuorias, gastos de conservación y administración, créditos alimenticios, etcétera) indicando que al final se pagarán las deudas hereditarias, define éstas como “las contraídas por el autor de la herencia independientemente de su última disposición y de las que es responsable con sus bienes”.

De todo ello puede deducirse que la responsabilidad civil, por no ser una deuda de carácter personalísimo, no queda extinguida con la muerte del responsable. Y la ley no hace distinción alguna para ella en los anteriores preceptos, por lo que el intérprete no puede distinguirla, excluyéndola de las deudas heredadas. Los artículos 603 y 1733 del mismo Código Civil, que disponen, el primero para los tutores y el segundo para los albaceas, que la obligación que tienen ellos de rendir cuentas pasa a sus herederos, carecerían de razón de ser si la responsabilidad civil en que hubieren incurrido y que se descubriese mediante la rendición de cuentas, no pasara también a dichos herederos.

Cuando la responsabilidad civil proviene de un hecho delictuoso, hay

³⁶ *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Editorial Thémis, 1958, parte especial, vol. II, tomo IV, cap. VII, núm. 1641, p. 448.

precepto más terminante y expreso como es el artículo 91 del Código Penal que dispone textualmente:

La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él.

En otros términos, la muerte del delincuente, extintiva de la acción penal, no tiene eficacia para extinguir la obligación de reparar el daño causado con el delito o sea la responsabilidad civil del delincuente. Y Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, comentando esta parte de la disposición legal que nos ocupa, dicen: "...la reparación del daño, por constituir una deuda hereditaria, grava el haber del de cujus al pasar a sus sucesores".³⁷

Por su parte la doctrina francesa también se ha pronunciado terminantemente en el mismo sentido acerca de la responsabilidad civil. Planiol, al estudiar qué obligaciones pasan al heredero, expresa: "El principio es absoluto y se extiende a todas las deudas del difunto, aún aquellas que tienen un origen delictuoso..."³⁸

Más explícito ha sido Savatier al decir que "para la acción en reparación de un daño pecuniario, la transmisión pasiva de la deuda de reparación a los herederos del responsable no podría ser puesta en duda, teniendo esta deuda, desde su nacimiento, un carácter patrimonial".³⁹

Y después de expresar las dudas que han surgido acerca de la transmisión hereditaria de la obligación de reparar el daño moral, se resuelve este mismo autor por la afirmativa, expresando:

Desde el punto de vista pasivo, se admite que la reparación del daño moral puede ser perseguida contra los herederos del responsable. Esto es preferir la idea de satisfacción compensatoria a la de pena privada.⁴⁰

Podemos entonces llegar a la conclusión de que la responsabilidad civil contraída por el profesionista al revelar un secreto, pasa a sus herederos, como obligación transmisible por herencia. Pero cuando se trata, ya no de esa responsabilidad civil, sino de la obligación de reserva en sí misma, esto es, del deber que tiene el profesionista de no revelar secretos conocidos en su ejercicio profesional, ¿se produce la misma consecuencia? ¿Pasa también esta obligación a los herederos legítimos o testamentarios del pro-

³⁷ *Código penal anotado*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1972, comentario al artículo 91, nota 245, p. 208.

³⁸ *Op. cit.*, tomo III, cap. II, núm. 2063, p. 451.

³⁹ *Traité de la responsabilité civile en droit français*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, tomo II, sec. II, cap. II, núm. 632, p. 218.

⁴⁰ *Op. cit.*, t. II, cap. I, núm. 529, p. 104.

fesionista? Cabe hacer notar que semejante problema sólo puede presentarse con los secretos contenidos en documentos u objetos que tenga en su poder el profesionista al morir, pues tratándose de secretos conocidos sólo intelectualmente por él, es imposible que pasen a sus herederos. No puede existir en tal caso el problema de la transmisión hereditaria de la obligación de reserva.

Si el profesionista tuviere en su poder al morir documentos u objetos que sean continentes de algún secreto profesional y pasan ellos a poder de sus herederos, procede hacer una nueva distinción. Respecto de los documentos u otros objetos materiales, el profesionista no es más que un depositario, según hemos hecho ver antes. Por consiguiente, las obligaciones que le corresponden como tal, especialmente la de devolver el depósito, pasan íntegramente a sus herederos, como cualquier obligación contractual patrimonial. Pero si se trata del secreto profesional que el heredero llegó a conocer por haber poseído los documentos u objetos que lo contenían, ¿contrajo dicho heredero, por efecto de la sucesión, la obligación civil de guardarlo?

Nuestra respuesta es negativa. El heredero no es profesionista y aun en el caso de que lo fuere, no conoció el secreto en ejercicio de su profesión, sino por efecto de la herencia. No le alcanza la obligación del secreto profesional como tal. Pero ello no quiere decir que ese heredero tenga derecho a revelar los secretos que lleguen a su conocimiento.

Hemos sostenido antes que el secreto profesional, propiamente dicho, puede tener origen en un contrato, pues nada hay en su naturaleza que se oponga a ello. Pero también sostuvimos que no necesita forzosamente de ese contrato para existir. Puede darse sin que haya convenio alguno. Y es que en la base de todo secreto profesional, existe un deber general de reserva, un secreto simple que existe para todos y que se funda en el deber general que tienen de no dañar a los demás, de no lesionar los bienes que están jurídicamente protegidos.⁴¹ El secreto profesional no hace sino agravar esta obligación, como podrá observarse cuando estudiemos su fundamento ético en el capítulo correspondiente. Y el incumplimiento de tal obligación de secreto simple, que recae sobre toda persona, engendra responsabilidad civil a su cargo por el daño que cause. El heredero que revela un secreto sin carácter profesional para él, pero que tuvo ese carácter para el autor de la sucesión, comete un hecho ilícito si daña con esa revelación, ya que se coloca en el supuesto previsto por el artículo 1910 del Código Civil por causar daño a otro, obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres.

En suma, la obligación de no revelar, que incumbe al heredero, no proviene para él de una supuesta transmisión hereditaria, sino de la obliga-

⁴¹ Este tema lo trataremos en el último capítulo al hablar del secreto natural.

ción general que tiene de no dañar a los demás. El secreto —profesional o no— es una obligación civil que no se trasmite por herencia, pues no es de carácter patrimonial sino social. Compete a todo el que vive en sociedad, y por ese solo hecho, aun cuando su exigencia sea mayor en el caso del profesionista, en atención a la importancia de las funciones que realiza o del convenio concertado por él con su cliente.

Una última situación puede presentarse con relación al tema que aquí examinamos. Se da cuando el profesionista ocasiona que pasen a sus herederos los documentos u objetos en que se encuentra el secreto, por no haberlos devuelto en vida oportunamente y sin razón alguna a la persona a quien debió hacerlo. Esta negligencia del profesionista puede haberlo hecho incurrir en responsabilidad civil, que será transmisible a sus herederos por constituir una obligación hereditaria, de acuerdo con lo que expusimos al comenzar a tratar este tema.

VIII. Procede ahora examinar cómo es que si el secreto en general constituye una obligación civil de carácter social, por el deber general que se tiene de no dañar a los demás, puede no obstante tener su origen en un contrato el secreto del profesionista.

Ya hemos dicho que este último se diferencia del primero por su mayor exigencia, o sea por la estrictez con que debe ser tratado. Ello se debe en primer lugar, como ya expresamos, a la importancia de las funciones que realiza el profesionista y a la necesidad que hay de proteger a la sociedad contra todo abuso o falta en ellas cometida. Igualmente se debe al hecho de que, si existe convenio —expreso o tácito— entre el profesionista y el cliente sobre la guarda del secreto, su incumplimiento por parte del primero constituirá una forma de deslealtad o traición que le da una nota de mayor gravedad que la que presenta el incumplimiento de otras obligaciones especiales nacidas de un contrato o el de obligaciones generales de carácter social, cuyo incumplimiento configura el hecho ilícito. Enneccerus ha visto muy bien esto como lo revela el siguiente párrafo suyo:

Es muy discutida la cuestión de si en tales casos se aplican juntamente y hasta qué punto las normas de los delitos y las de los contratos. Algunos, aisladamente, entienden que las disposiciones relativas a los delitos son desplazadas por las disposiciones especiales del derecho de obligaciones. Otros muchos creen que de semejante supuesto de hecho sólo surge una pretensión, cuyo contenido se determinará conforme a los principios de ambos órdenes jurídicos, siempre que una de las normas, en concepto de *lex specialis*, no excluya de antemano la aplicación de la otra (la llamada teoría de la concurrencia de las leyes). En definitiva, se ha impuesto, apoyándose en la sentencia fundamental del Tribunal del Reich de 13 de octubre de 1916, la opinión de que, en principio, se aplican juntamente las normas de los contratos y de los delitos,

naciendo en consecuencia dos pretensiones concurrentes (teoría de la concurrencia de pretensiones). El deber jurídico general, cuyo quebrantamiento constituye el acto ilícito, no puede ser eliminado por la circunstancia de que un contrato fuera lo que primero haya dado la posibilidad de la intervención contraria a derecho en la esfera jurídica de los bienes de otro. El contrato robustece el deber jurídico general, pero no lo suprime.⁴²

Por lo tanto, el convenio puede agravar la obligación de reserva que ya existe de antemano. No la suprime, tan solo la modifica creando una obligación mayor y por ello se explica que en caso de revelación de secreto profesional la responsabilidad sea mayor que cuando se trata del secreto general ordinario.

En cuanto a al posición adoptada por los tribunales de nuestro país, es interesante el criterio que la Suprema Corte de Justicia expresa en la siguiente ejecutoria:

Tratándose de responsabilidad derivada de algún acto ilícito, de dolo o de culpa grave, no puede decirse que tal responsabilidad tenga como base el incumplimiento del contrato, porque esos actos trascienden al contenido y alcance de la convención. Quien intencionalmente causa un daño a otro es responsable de esos actos, independientemente de que exista entre él y la víctima un vínculo contractual. El que incurre en falta grave y causa con ello daños que van más allá del incumplimiento del contrato, como sería la muerte de los pasajeros en el transporte, incurre en responsabilidad extracontractual. Los actos que dan origen a este tipo de responsabilidades, colocan al causante en la condición de un tercero extraño.

Añade la misma ejecutoria:

En consecuencia, la responsabilidad extracontractual, sea por acto ilícito o por el uso de instrumentos peligrosos, es independiente de que haya o no contrato. Una empresa de transporte es responsable del daño que cause con los vehículos con que presta el servicio, tanto respecto de los pasajeros como de los simples transeuntes. Sería contrario a la equidad que dicha responsabilidad estuviera sujeta a normas distintas, sólo por el hecho de que en un caso haya contrato y en otro no. . . Hay casos en que concurren dos tipos de responsabilidades, la derivada del simple incumplimiento del contrato y la proveniente del uso de instrumentos peligrosos, entonces pueden ejercitarse a la vez dos acciones. . .⁴³

Este intrincado tema de la acumulación de responsabilidades, contractual y extracontractual, ha sido ampliamente estudiado por Savatier, quien plantea el problema en los siguientes términos:

⁴² *Op. cit.*, t. xxv, cap. 226, núm. II, p. 618.

⁴³ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. LIX, 4ª parte, amparo directo 1443/61. Autobuses de Occidente, S. A., p. 211. Similar tesis está sostenida en los amparos directos 1445/61, 1447/61, 1449/62 y 1451/62.

Una misma persona, a propósito de un hecho único, ¿puede invocar, a la vez, una responsabilidad contractual y una responsabilidad delictual, contra un mismo transgresor? Se trata, en realidad, más de una opción que de una acumulación, pues es cierto que el mismo perjuicio no podría ser dos veces reparado...⁴⁴

En realidad el problema consiste en determinar si el daño causado por el incumplimiento contractual puede distinguirse siempre del daño causado por el hecho ilícito, cuando los dos coexisten juntos, o si, por el contrario, se identifican ambos daños, porque el hecho que los causa es uno solo y constituye a la vez que un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato. En el primer supuesto podrán ejercitarse a la vez las dos acciones por el dañado, como dice la ejecutoria antes transcrita, mientras que en el segundo tendrá que elegir una sola de las dos, para evitar la reparación doble, como ha hecho notar acertadamente Savatier.

Sin embargo, a pesar de que este autor llega al término de sus razonamientos a una conclusión correcta, a nuestro modo de ver, no deja de hacer en aquéllos un plantamiento defectuoso del problema que lo lleva a consideraciones a veces contradictorias sobre el mismo, como puede verse en los siguientes párrafos:

La violación de compromisos contractuales engendra exclusivamente una responsabilidad contractual. Para que una acumulación de responsabilidades sea concebible, se requiere que una falta dañosa diversa se añada a esta violación. Y esto supone a la vez, dos cosas: de una parte que el hecho incriminado haya sido la violación de un deber independiente del contrato, por ejemplo, de una obligación legal exterior, o de un deber moral distinto, tal como el de no mentir; de otra parte, que el daño causado por este acto exista independientemente del contrato, en otros términos, que el acto incriminado haya atentado contra un bien patrimonial o moral perteneciente a la víctima fuera del mismo contrato.

Y más adelante continúa diciendo el referido autor:

En virtud de la segunda idea, ninguna acumulación de responsabilidad se concibe si el daño sufrido por la víctima consiste solamente en la pérdida de las ventajas que le hubiera procurado la ejecución del contrato. Cuando un arrendatario se queja solamente de no gozar de la cosa arrendada, su queja, cualquiera que sea la falta cometida, no tiene otro fundamento que el contrato, y la responsabilidad que invoca no puede ser sino contractual; pero si, a consecuencia de una falta distinta del arrendador, ha sufrido un accidente personal, o si los muebles que tenía en la casa han sido deteriorados, entonces, este perjuicio particular puede ser invocado en una acción delictuosa.⁴⁵

⁴⁴ *Op. cit.*, tomo 1, cap. iv, sección iv, núm. 142, p. 192.

⁴⁵ *Op. cit.*, t. 1, cap. iv, sec. iv, núm. 152, pp. 199 y 200.

Ahora bien, en las anteriores situaciones que presenta Savatier, no puede decirse que exista en realidad acumulación de responsabilidades, pues si los daños pueden distinguirse claramente entre sí, lo mismo que las causas que los producen —incumplimiento contractual y hecho ilícito— la consecuencia forzosa es que son separables tanto aquéllos como éstas, lo cual impide que haya verdadera acumulación. Esta última sólo surge cuando el mismo acto constituye a la vez que un hecho ilícito, una violación al contrato, unificándose en tal caso las consecuencias lesivas de aquél. Así como en materia penal existe la posibilidad del llamado concurso formal, consistente en que una misma conducta puede a la vez constituir dos o más delitos diversos, porque coincide con los tipos que de cada uno de ellos presenta la ley, de igual modo en la materia de responsabilidad civil puede ocurrir que una misma conducta —hecho u u omisión— contravenga a la vez una estipulación del contrato y una norma legal imperativa y extracontractual.

El mismo Savatier reconoce esto último en párrafos posteriores a los que ya transcribimos, al decir:

Cuando dos faltas, la una contractual, la otra delictual, coexisten, se necesita todavía que la utilización concurrente de la una o de la otra sea conciliable. Ahora bien, el contrato puede hacer obstáculo a la utilización de la falta delictual. Poco importa que, conforme a una jurisprudencia por otra parte absoluta, las cláusulas de no responsabilidad estén prohibidas en materia delictual, no es menos verdadero que el contrato puede ser construido de tal manera que no deje concebir, en ciertos apartados, el uso de una responsabilidad delictual, porque él la absorbería en la responsabilidad contractual.

Y en principio, creemos que, de un modo general, el simple deber de no dañar a otro, aunque él pueda, en ausencia de todo contrato, fundar una responsabilidad delictual, es recubierto y absorbido por el contrato, siempre que la causa del daño reside exclusivamente en la inejecución de un compromiso contractual. Aun si la inejecución por el arrendador de sus obligaciones, deteriora los muebles del arrendatario, pensamos que la falta cometida es contractual, porque el deber general de no dañar a otro está aquí absorbido, para el arrendador, con respecto al arrendatario, por sus obligaciones contractuales. Pero sería de otro modo, como lo hemos dicho, si el arrendador hubiera violado, además del contrato, determinados deberes impuestos a él por la ley y la moral.⁴⁶

En cuanto a la expresión final del último párrafo, debió haber precisado Savatier. Si la conducta del arrendador que viola “además del contrato, determinados deberes impuestos a él por la ley y la moral”, es una sola, habrá acumulación verdadera; si son diversas las conductas violatorias no existirá esa acumulación. Y es que en realidad el contrato puede redactarse, como lo acaba de decir este autor, poniendo el dedo en la

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 200-201.

llaga del problema, de modo que en sus cláusulas no haga sino reiterar obligaciones o prohibiciones ya consignadas en la ley,⁴⁷ en cuyo caso toda violación a ellas motivará a la vez responsabilidad civil contractual y extracontractual.

La conclusión a que después de todo lo anterior llega Savatier, nos parece correcta si se aplica a los casos de acumulación verdadera, ya que sostiene el derecho del dañado para elegir la acción que ha de ejercitar. Expresa esta conclusión en los siguientes términos:

Quando las condiciones que preceden son cumuladas, la víctima del daño tiene la elección de ejercer la acción contractual o la acción delictual.⁴⁸

De modo que si hay auténtica acumulación, la víctima tiene dos derechos para exigir la reparación del daño y puede optar por cualquiera de ellos, mientras que la ley no le restrinja de modo expreso esa posibilidad. Pero, cuando no hay acumulación verdadera sino simple concurrencia de responsabilidades, sí podrá el afectado exigir la reparación por ambas, ya que son independientes los daños, ejercitando las acciones que corresponden a las dos.

Tal es, a nuestro modo de ver, la solución correcta que en principio debe darse a este problema. La cuestión, sin embargo, permanece discutida como lo revela la opinión contraria de Gabriel Marty, para quien la responsabilidad contractual debe hacerse valer con preferencia a la delictuosa, teniendo esta última sólo una función subsidiaria. Esta idea la expresa como sigue dicho autor:

Queda una cuestión delicada. Entre contratantes, y cuando el contrato reglamenta ya la responsabilidad, ¿puede aplicarse también la responsabilidad delictuosa, si se reúnen sus condiciones? ¿Debe darse al acreedor la elección entre ambas responsabilidades? Este problema es el de la acumulación de las dos responsabilidades y de la opción entre ellas. . .

Y después de examinar las diferencias que a su juicio hay entre ambas responsabilidades, añade lo siguiente:

Una vez dicho lo anterior, ¿qué debe decidirse? ¿Puede acumularse, entre contratantes, la responsabilidad delictuosa con la contractual?

Tal parece que debe contestarse negativamente. En efecto, si se introduce la responsabilidad delictuosa en el contrato, se corre el riesgo de modificar totalmente su equilibrio. . .

⁴⁷ Estas obligaciones o prohibiciones tendrán que ser de aquellas cuya violación constituye un hecho ilícito extracontractual, no de las que son aplicables supletoria o imperativamente a los contratos, pues en este caso su incumplimiento sólo producirá responsabilidad contractual.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 202.

Por último, dice Marty:

Puede expresarse lo anterior en otra forma: la acción de responsabilidad delictuosa, como la de enriquecimiento sin causa, sólo tiene carácter subsidiario. No debe ella modificar el equilibrio de las instituciones jurídicas y, principalmente, de los contratos. De lo contrario, como se ha dicho, la responsabilidad civil absorbería las reglas del derecho (H. Mazeaud, D. H., 1935, Chr., p. 5).

La jurisprudencia ha estado muy dividida sobre el problema de la acumulación de las responsabilidades. Pero falla en el sentido indicado, cada vez con más frecuencia (negando la acumulación. . .).

Puede considerarse definida en este sentido, por lo menos siempre que haya interés en escoger y que se haya planteado claramente la cuestión. . .

Si esta opinión es exacta, puede concluirse que la responsabilidad delictuosa se aplica siempre que no se trate de un daño derivado de una situación contractual y regida por el contrato.⁴⁹

¿Será debido dar preferencia a la responsabilidad contractual frente a la delictuosa, como sostiene Marty, asignando a esta última solamente una función subsidiaria respecto de aquélla? La razón que invoca este autor es que "si se introduce la responsabilidad delictuosa en el contrato" se corre el riesgo de modificar totalmente su equilibrio. Pero quizá con el mismo derecho se podría dar razón en contrario, argumentando que si se introduce la responsabilidad contractual en la delictuosa, transformando en obligaciones contractuales las que establece la ley con carácter general, fuera de todo convenio, se corre también el riesgo de romper su equilibrio a la responsabilidad civil por hecho ilícitos, responsabilidad esta última que generalmente se funda en razones de orden público.

En realidad sería más fácil resolver el problema, en el caso del secreto profesional, negando a éste la posibilidad de un origen contractual, como lo hacen en su mayor parte los autores modernos, porque así se suprime la acumulación de responsabilidades dejando solamente subsistente la de carácter extracontractual. Pero ello no va de acuerdo con las ideas nuestras que antes hemos expuesto. Buscar la solución fácil resulta cómodo y permite alcanzar ésta con mayor rapidez, pero ello no conduce necesariamente a la verdad, que es el fin a que debe tenderse en toda investigación. Prescindir de la búsqueda de la verdad no es resolver el problema, sino tan sólo eludirlo. Y ello no se justifica por motivos de facilidad para el investigador.

IX. Otro tema de gran interés que se ha suscitado, sobre todo en los últimos tiempos, en torno al secreto profesional y siempre en relación

⁴⁹ *Op. cit.*, vol. 1, t. II, cap. II, núm. 2, pp. 271 y ss.

con el aspecto civil de la obligación es el alcance que ella tiene para los auxiliares del profesionista. La vida moderna ha hecho bastante más complejo que antaño el ejercicio de las profesiones. En el caso particular de los notarios resulta más ostensible esta evolución. ¿Quién puede en la actualidad ejercer profesionalmente sin ser ayudado por auxiliares no profesionales, que por la necesidad de su intervención acaban siendo sabedores de muchos de los secretos confiados al profesionista o percibidos por él, Seguramente son pocos y de escasa importancia los casos que escapan hoy en día a esta necesidad, pues la mayoría de los profesionales requieren un número variable de auxiliares. como secretarios, practicantes, pasantes, escribientes, etcétera. Los empleados de oficina del abogado o del notario comparten en gran medida con su patrón los secretos profesionales de éste. ¿Hasta dónde llega en esta materia la responsabilidad de esos empleados? ¿Hasta dónde la de sus patrones por los actos de ellos?

La inquietud por contestar a estas preguntas se ha revelado en algunos de los trabajos presentados al Quinto Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en 1958 en la Ciudad de Roma. Así, Eduardo Bautista Pondé expresó en aquella ocasión:

El desenvolvimiento de una notaría no está restringido a la función personal y directa del escribano. Cooperan con él, en intenso grado de intimidad, un conjunto de colaboradores partícipes activos de la concreción del acto notarial definitivo a quienes es menester interiorizar de algunos aspectos en ocasiones lindantes con la esencia de lo más reservadamente confiado al escribano. Las más de las veces, aún cuando el notario no exteriorice ni de parcial manera lo tratado en la intimidad de la consulta, la experiencia de años de labor, la repetición de situaciones similares y la agudeza que suele ser corriente en el empleado de escribanía, la compenetra, o le hace intuir con la firmeza de la certidumbre, la faz sustantiva creadora del negocio jurídico. En mayor o menor grado, directa o indirectamente, la verdad es que son depositarios de hechos cuya divulgación puede perturbar socialmente en la medida y dentro de los lineamientos que el secreto profesional es estimado de orden público.

Y más adelante añade:

Es norma que debe entenderse inamovible que todo aquello que esté prohibido revelar al escribano, debe estarle también vedado al empleado de la notaría. Negar este principio sería corroer el basamento del secreto profesional desde que, indirectamente se produciría la develación, burlándose así su contenido de orden público.⁵⁰

Roque V. Pondal, por su parte, matizó en aquella ocasión la importancia del problema, al decir:

⁵⁰ "El secreto en el ejercicio del notariado", en *Revista Internacional del Notariado*, enero-marzo de 1958, núm. 37, p. 94.

Implícitamente, el deber de guardar el secreto profesional para los clientes del notario, se relaciona con las calidades del mismo en el sentido de saber elegir a sus auxiliares de más confianza y sólo depositar en ellos la reserva a la cual están personalmente comprometidos.⁵¹

A Eliseo J. Guardiola preocupó, como consecuencia de lo anterior, la formación moral y técnica de los auxiliares del notario, según lo dejó expresado en estos párrafos:

Aunque los preceptos de la legislación de fondo comprenden a los empleados en términos genéricos y por consiguiente en forma singular a los de escribanía, resulta necesario en primer término, que se organicen sistemas de estudio, de acuerdo con las necesidades y modalidad de cada límite jurisdiccional, con el objeto de que los empleados de escribanía, adquieran títulos idóneos, que los capaciten técnica, profesional y jurídicamente, para el mejor desempeño de sus funciones.

No corresponde en esta oportunidad, nada más que enunciar la conveniencia de que se implanten tales centros de enseñanza profesional, de modo que tanto los programas de estudio y demás detalles de su organización, se emiten en esta ocasión, pero sin desaprovechar la oportunidad, que los mismos, además de la enseñanza teórica práctica, deben contener una materia que trate expresamente sobre el problema ético, del secreto profesional.⁵²

Como consecuencia de estas ponencias y de otras no menos interesantes, el Congreso Internacional del Notariado Latino tomó en aquella ocasión entre sus acuerdos el siguiente: "IV. Los colaboradores del notario están obligados a guardar el mismo secreto".

Al empleado del profesionista lo obliga en nuestro derecho la guarda del secreto. La Ley Federal del Trabajo señala entre las obligaciones del trabajador:

XII Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directamente o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación puede causar perjuicios a la empresa...

y entre los motivos que justifican el despido del mismo trabajador, sin responsabilidad para el patrón se encuentra:

IX. Revelar el trabajador los secretos de fabricación o de dar a conocer asuntos de carácter reservado con perjuicio de la empresa" (artículos 134 y 47, respectivamente).

⁵¹ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, núm. 37, p. 112.

⁵² "El secreto profesional del notario y de sus empleados" en *Revista Internacional del Notariado*, octubre-diciembre de 1957, núm. 36, p. 548.

La responsabilidad penal en que incurre el empleado revelador, no profesionalista, es la que sanciona el artículo 210 del Código Penal, estudiado ya en el anterior capítulo, que se refiere de manera expresa a los secretos conocidos con motivo del "empleo, cargo o puesto". Finalmente, la responsabilidad civil también lo alcanza, como veremos más adelante al estudiar algunos preceptos de nuestro Código Civil.

Hasta aquí estamos en presencia de responsabilidades directas, de carácter personal, respecto de las cuales difícilmente puede haber duda. Pero donde surgen los problemas es al tratar de la responsabilidad que el profesionalista tiene por las faltas de sus empleados. En nuestro derecho ésta se minimiza, pues la responsabilidad penal del empleado no puede afectar al patrón, tanto por la prohibición constitucional del artículo 22, como por la disposición del artículo 10 del Código Penal que establece: "La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley."⁵³ En cuanto a la responsabilidad civil, prácticamente la elimina el artículo 71 de la Ley Reglamentaria del Ejercicio Profesional, que expresa:

Los profesionistas serán civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de trabajos profesionales, los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección, siempre que no hubieran dado las instrucciones adecuadas o sus instrucciones hubieren sido la causa del daño.

Disposición criticable ésta, no sólo por el error técnico consistente en hacer que un ordenamiento administrativo salga de su propio ámbito al regular la responsabilidad civil que le es ajena, sino, sobre todo, porque reduce la responsabilidad del profesionalista a la culpa propia, eximiéndolo por completo cuando la culpa es del empleado. Esto parece ir en contra de diversos principios doctrinales y éticos de general aceptación y de racional fundamento que en este delicado problema entran en juego, como veremos en seguida.

Por una parte, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual —o sea la que proviene de los hechos ilícitos— se halla expresamente admitida, en algunos casos, la responsabilidad por hechos ajenos, aunque de manera limitada y restringida casi siempre, ya que tales casos constituyen otras tantas excepciones al principio de la responsabilidad personal, o sea a la regla de que solamente somos responsables

⁵³ Según los doctores Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas sería inconstitucional cualquier ley que estableciera excepción alguna al principio de la responsabilidad personal, como lo permite, en su parte última, el artículo 10 del Código Penal, pues la prohibición del artículo 22 constitucional es absoluta.

de la conducta propia, por el dolo o culpa propios, y no de la que observan los demás, puesto que la voluntad de ellos no puede ser controlada por nosotros, en términos generales. Sin embargo, cuando puede existir un principio de ese control, por la influencia que ejercemos sobre los demás o por la dependencia en que se encuentran ellos a nuestro respecto, llega a imputársenos, para efectos civiles, su conducta, haciéndonos responsables de la misma si es ilícita. Tal ocurre a los que ejercen la patria potestad, por los hechos de quienes están sujetos a ella, siempre que estos últimos estén bajo su poder y habiten con los primeros (artículo 1919 del Código Civil). Lo mismo acontece a los directores de colegios o talleres y a los tutores que tienen a menores de edad e incapacitados bajo su vigilancia o cuidado y sometidos a su autoridad (artículos 1920 y 1921 del mismo Código). Por último, la relación de trabajo responsabiliza también, en algunos casos, a los patronos por los hechos de sus empleados o trabajadores, como acontece en los supuestos que prevén los artículos 1923, 1924 y 1925 del Código Civil, que se refieren a los maestros artesanos respecto de sus operarios, a los patronos y dueños de establecimientos mercantiles, respecto de sus obreros y dependientes y a los jefes de casa o dueños de hoteles o casas de hospedaje, respecto de sus sirvientes. También el Código Penal, en su artículo 32, al regular la obligación de reparar el daño causado por delitos, cuando ella es exigible a personas diversas del autor, reconoce en términos casi iguales a los anteriores la responsabilidad civil por conductas ajenas. En cambio, respecto de los profesionistas, ninguno de los dos Códigos contiene disposición expresa alguna, existiendo solamente como única aplicable a ellos, la del transcrito artículo 71 de la ley que reglamenta las profesiones, precepto éste que, como vimos, reduce la responsabilidad del profesionista por faltas de sus empleados, sólo a dos casos: 1º cuando esa falta se debe a omisión del profesionista en las órdenes que debió haber dado y no dio, para que la conducta de su empleado fuera correcta y 2º cuando la falta de este último se debe a la obediencia que prestó a una orden incorrecta del patrón que fue así, por tanto, quien mandó cometer el hecho dañoso.

Si examinamos los diversos casos que acabamos de señalar, en que los Códigos Civil y Penal, responsabilizan —sólo civilmente— por conductas ajenas, podemos hacer algunas observaciones. La primera es que en casi todos esos casos existe una aceptación previa de la obligación, por parte del sujeto responsabilizado, pues con excepción de la patria potestad, cuando es ejercida ella por los abuelos y no por los padres (artículos 412 y 418 del Código Civil), puede decirse que en todos los demás casos, es la voluntad de dicho sujeto, de colocarse en la situación responsabilizante prevista por la ley, la que lo hace quedar obligado. Aun en el caso de excepción que acabamos de señalar, o sea el de los abuelos, podría

sostenerse que no deja de tener intervención la voluntad de ellos como acto condición para dejarlos obligados, ya que, por una parte, quien acepta la paternidad por el hecho voluntario de la generación, acepta con ella las obligaciones inherentes a la patria potestad, no sólo respecto de los hijos, sino también, eventualmente, de los nietos y, por otra parte, debe notarse que los abuelos pueden quedar fácilmente colocados en alguno de los casos en que hay excusa para ejercer la patria potestad, señalados por el artículo 448 del Código Civil.

La segunda observación que procede hacer respecto de los casos de responsabilidad civil por conductas ilícitas ajenas, nos pone en la necesidad de dividir esos casos en dos grupos. El primero lo forman las situaciones de responsabilidad por conductas de menores o incapacitados, debido al ejercicio de la patria potestad, tutela y actividades auxiliares de éstas, como son las que ejercen los directores de colegios y talleres, actividades que la ley no señala en forma limitativa, ya que la palabra "etcétera" contenida en el artículo 1920 del Código Civil, permite extender sus efectos a otras situaciones similares no mencionadas en la ley expresamente, que impliquen vigilancia de menores o incapacitados, tales como las de orfanatos, hospitales psiquiátricos y demás. El segundo grupo lo forman los restantes casos o sea aquéllos en que existe relación de trabajo y el patrón es responsable —sólo en los supuestos limitativamente enumerados en la ley— por los hechos ilícitos del trabajador.

Existe una diferencia importante entre ambos grupos, en cuanto a la determinación del responsable último de daño; en el primer grupo ese responsable es el encargado del menor o incapaz y éste solamente lo es cuando no existe tal encargado o no puede responsabilizarse, atento a lo dispuesto por el artículo 1911 del Código Civil; en el segundo grupo el responsable último es el trabajador, que fue quien realmente causó el daño, ya que el patrón que paga por él, tiene derecho a repetir en su contra, conforme al artículo 1927 del mismo Código. Además, no puede negarse al dañado el derecho de exigir reparación directamente del trabajador, si así le conviniere, atento a lo dispuesto por el artículo 1926 de este Código.

Es indudable que en el segundo grupo es más notoria la intervención de la voluntad. Hay un contrato entre patrón y trabajador y también, por regla general, hay un contrato entre el patrón como empresario con el tercero que sufre el daño, por ser su cliente o consumidor. Es a través de esta doble relación contractual que opera la responsabilidad civil del patrón por los hechos ilícitos de su trabajador. El primero presta una especie de caución por el último, que no queda exento de responsabilidad. El legislador ha considerado esto necesario como una garantía para el tercero, atenta la escasa solvencia en que, por regla general, se

halla el trabajador. Pero esta caución se limita —por eso mismo— a los daños que el trabajador cause en el desempeño de su cargo, no en tareas o actividades ajenas a él, de acuerdo con lo dispuesto por los citados artículos 1923, 1924 y 1925 del Código Civil.

Marty ha hecho ver las dificultades que se presentan algunas veces para determinar si el daño ha sido causado o no en el desempeño del trabajo. Se expresa como sigue este autor:

Es necesario que el empleado haya causado el daño por su culpa en las funciones que el comitente le ha confiado (véase artículo 1834).

¿Cuándo puede decirse que el hecho perjudicial se ha cometido en el ejercicio de las funciones ordenadas por el comitente?

Ninguna dificultad hay si el empleado causó el daño por un acto perteneciente a su función, sea por orden del comitente, sea por su propia iniciativa. Ciertamente resulta comprometida la responsabilidad del comitente.

Tampoco hay dificultad alguna si, a la inversa, el empleado causó el daño por un acto que no tenga ninguna relación con su función.

Ejemplo: después de haber salido del trabajo, un empleado mata a su rival. . .

Pero es mayor la dificultad cuando el empleado causa un daño mediante actos que no constituyen ejercicio de su función, pero con motivo de ésta se le presenta la ocasión o se le brinda el instrumento para cometerlos. Agrúpanse estas hipótesis bajo el título "abuso de función".⁵⁴

Pensamos que, en realidad, todo daño causado por el trabajador, en el desempeño de su cargo, tiene que constituir siempre un abuso de función. De lo contrario tendríamos que reconocer la ilicitud intrínseca de ésta. Pero si tal función es legítima, sólo extralimitándose en el ejercicio de ella se puede causar daño sin derecho.

Es pues de esta extralimitación de la que el patrón queda responsable, ya que normalmente —no siempre— está en posibilidad de evitarla mediante la selección cuidadosa de sus trabajadores y mediante la vigilancia del desempeño que hacen ellos de las actividades que realizan bajo sus órdenes.

Esa responsabilidad debe —en principio— existir para el profesionista, cuando es él quien contrata libremente a sus colaboradores y cuando está en posibilidad de vigilar su actuación. Por eso nos parece criticable la disposición contenida en el artículo 71 de la Ley reglamentaria de las profesiones, a que antes nos hemos referido. No se puede eximir de responsabilidad civil al profesionista por la conducta ilícita de sus colaboradores, tan sólo porque compruebe haberles dado las órdenes requeridas por el trabajo y que ellas fueron atinadas. También debe estar obli-

⁵⁴ *Op. cit.*, t. II, cap. II, núm. III, p. 346.

gado a vigilar el cumplimiento de tales órdenes y a impedir su desobediencia, por los medios que estén a su alcance. No exigirle esto último sería colocar legalmente al profesionista en situación más ventajosa que a los otros patrones a quienes responsabiliza la ley (hoteleros, comerciantes, etcétera), siendo que precisamente el profesionista, por su mayor preparación cultural y técnica y por la importancia de los servicios que presta, debe ser más responsable socialmente que éstos.

Sin embargo, el caso del secreto profesional debe ser considerado separadamente. Si el trabajador o ayudante revelan ¿debe hacerse civilmente responsable al profesionista por los daños que con esa revelación se causen?

En principio creemos que no, pues ya hemos visto lo difícil que es controlar la conducta de una persona en lo tocante a la reserva, sobre todo si se tiene en consideración que el secreto puede ser revelado ilícitamente por el auxiliar, fuera de las horas de trabajo y aun después de haber dejado el empleo o cargo, casos en los cuales ya no está trabajando bajo las órdenes ni vigilancia del profesionista. Sólo recaerá sobre éste responsabilidad civil, en caso de que se le compruebe haber hecho una elección notoriamente desacertada de su colaborador, dados los antecedentes personales del mismo (culpa lata), o bien que la revelación se produjo por falta de custodia de parte del empleado de documentos u objetos, falta que el patrón pudo evitar, y también, con mayor razón, en caso de haber dolo de su parte; pero no en otros supuestos diferentes.

Hasta aquí hemos visto a la responsabilidad del profesionista por hechos ilícitos de sus auxiliares como un caso de responsabilidad civil extracontractual, que es como la ley la contempla, lo mismo que para algunos otros patrones, en los diversos preceptos citados. Pero no debemos olvidar la intervención, que —en diversos grados— puede tener el elemento contractual en esos casos. ¿Volveremos a encontrar también aquí el problema de acumulación de las responsabilidades?

Ya hicimos notar más arriba la presencia de la voluntad del responsable por conductas ajenas, en los diversos casos que la ley enumera, especialmente en los que forman el segundo grupo, o sea aquellos en que, por existir un contrato de trabajo, el patrón queda responsable de los hechos ilícitos de sus empleados. También expresamos antes que en los casos del segundo grupo, la responsabilidad del patrón generalmente surge a través de una doble relación contractual, relación que se da: primero, entre él y su trabajador o empleado y, segundo, entre el mismo patrón —como empresario— y el tercero con quien contrata, como cliente o consumidor suyo, que es normalmente la persona que sufre el daño causado por el trabajador.

A esto último se debe la exigencia de que ese daño, según decíamos,

sea causado en relación con el servicio que el trabajador está obligado a prestar y no en situaciones ajenas a él; servicio del que es beneficiario último el cliente o consumidor del patrón. De otro modo, no podría hacerse responsable a éste de la conducta de los auxiliares que están bajo sus órdenes. Si el hecho lesivo del trabajador no tiene relación alguna con la empresa para la que presta sus servicios, será de responsabilidad suya exclusivamente. De ningún modo podrá alcanzar esa responsabilidad al patrón, pues éste no tiene potestad de mando sobre el trabajador en esas situaciones, ya que su contrato con él no las comprende, ni tampoco tiene —en tal caso— dicho patrón relación contractual alguna con la víctima del hecho ilícito, que lo obligue para con ella.⁵⁵

Podría pensarse en una doble fuente contractual de la responsabilidad del patrón, que existe en todos los casos enumerados por los artículos 1923, 1924 y 1925 del Código Civil (con la sola excepción de los jefes de casa que menciona este último precepto, pues en tal situación, por no haber empresa, no hay relación alguna con el damnificado) y que existe también en el caso del profesionista, que venimos tratando. Parece surgir en todos estos supuestos, como fundamento último de la responsabilidad por la conducta ajena, otra figura jurídica, la promesa por tercero, que la doctrina francesa llama promesa de porte-fort. Borja Soriano la ha explicado diciendo:

Un contratante puede obligarse para con el otro a hacer lo necesario para lograr que un tercero le dé una cosa o ejecute algún hecho a su favor: es lo que los franceses llaman promesa de porte-fort. . . En tal caso, el primero contrae una obligación de hacer, de ejecutar un hecho propio, sin que pretendan los contratantes que nazca una obligación a cargo del tercero y por lo mismo el contrato es válido.⁵⁶

De lo anterior se desprende que, para dicho autor, es eficaz en nuestro derecho esta promesa y a pesar de no haber precepto alguno que de manera expresa la establezca, hace notar el mismo tratadista, en otra parte de su obra, que el segundo párrafo del artículo 1841 del Código Civil se refiere a ella al regular la validez de la cláusula penal.⁵⁷

Esta promesa por tercero o promesa de porte-fort, que aparentemente constituye una excepción al principio de la responsabilidad personal, no

⁵⁵ No constituye excepción a esta regla la disposición del artículo 1933, según la cual "los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeran de la misma, pues consideramos que este caso ya es de franca responsabilidad objetiva, hasta por el lugar en que se encuentra colocado el precepto.

⁵⁶ *Op. cit.*, tomo I, t. XII, cap. I, núm. 514, p. 333.

⁵⁷ *Op. cit.*, tomo II, t. II, cap. I, núm. 963, p. 104.

es tal en opinión de Planiol, quien formula dicho principio en los siguientes términos:

El hecho que es objeto de la obligación debe ser personal del deudor. ¿Por qué es así? Esto es el efecto de un estado natural, que la ley se limita a reconocer: la independencia respectiva de unos particulares respecto a los otros. Se trata de hacer nacer una obligación a cargo de una persona por efecto de un consentimiento dado en una convención: es muy natural que este consentimiento sea, como lo dice el artículo 1108, el de la parte que se obliga. Nadie puede quedar obligado por contrato, sin haberlo querido, salvo los dementes, los menores cuyo consentimiento es suplido por el de su representante legal. He aquí porque la persona que promete alguna cosa no puede prometer sino su hecho personal; ella debe como decían los romanos, prometer de sí.⁵⁸

Más adelante expone Planiol por qué la promesa de porte-fort no es una excepción a la regla antes expuesta, diciendo que la expresión de la ley

sin embargo, se puede prometer por un tercero prometiendo el hecho de éste. . . , es inexacta y añade este autor: “el que promete por otro de ningún modo promete el hecho de otro; él promete su propio hecho y se compromete personalmente sin comprometer a otro; aquí hay una aplicación pura y simple de la regla y no una excepción”.

Y más arriba ha explicado ya el mismo autor por qué es así:

El que promete se obliga a hacer todo lo que se necesita para obtener la firma prometida; su obligación tiene pues un objeto que le es personal: son los esfuerzos, los trámites, los sacrificios de dinero que él deberá hacer para determinar a la persona indicada a dar su consentimiento. Él está pues vinculado por una obligación de hacer; si tiene éxito en obtener el consentimiento del otro, él es liberado si no tiene ese éxito, él falta a su obligación y debe pagar los daños y perjuicios.⁵⁹

Esta solución que da Planiol al problema de la promesa de porte-fort nos parece inexacta. En efecto, no es del todo cierto que quien promete a otro la prestación de un tercero, se obliga solamente a realizar un hecho personal suyo, consistente en desplegar toda la actividad necesaria para que el tercero haga esa prestación. Si así fuera, existirían dos consecuencias, extrañas a la promesa de porte-fort: a) Si el que prometió la prestación del tercero realiza todas las gestiones que están a su alcance y a pesar de eso no obtiene esa prestación, habrá quedado liberado, comprobando que la falta de éxito se debió a causas ajenas a su voluntad

⁵⁸ *Op. cit.*, tomo II, tercera parte, cap. III, núm. 1017, p. 340.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 341.

y b) Si el tercero cuya prestación ha sido prometida, la realiza espontáneamente, aunque no haya quedado obligado él en lo personal, sin haber mediado actividad o gestión alguna del que hizo la promesa, este último, por su negligencia, no habrá cumplido con su obligación y sin embargo habrá quedado liberado.

Parece ser contrario todo esto a la promesa de porte-fort, cuya esencia consiste en que el tercero no obligado a realizar una conducta determinada, libera, realizándola, al obligado, sin representación suya e independientemente de las gestiones que este último realice o no para obtener esa prestación del tercero. La falta de esta prestación sólo puede producir una obligación de indemnizar en todo caso, a cargo del que hizo la promesa.

Resulta sugestiva la idea de explicar los casos a que antes nos hemos referido, en que el patrón queda obligado por la conducta —positiva o negativa— de sus trabajadores o empleados, mediante una promesa de porte-fort hecha por él, al cliente o consumidor suyo con quien contrata. ¿No puede decirse que el patrón ha prometido en tales casos una prestación de quienes están a su servicio, y que cuando éstos no la cumplen queda obligado él a pagar daños y perjuicios a quien se la prometió? Nos inclinamos, sin embargo, a considerar que no es así, por lo menos en el estado actual de nuestro derecho, si se toman en cuenta las siguientes circunstancias.

En primer lugar, los casos en que el patrón queda obligado por hechos lesivos de sus trabajadores, auxiliares o empleados, están comprendidos en nuestro Código Civil dentro del capítulo de responsabilidad extracontractual, no de responsabilidad contractual. Tienen su origen en hechos ilícitos.

En segundo lugar debe hacerse notar que la doble contratación, a que antes nos hemos referido como explicación posible de la responsabilidad del patrón, no existe en todos los casos en que surge esta última, pues, como ya lo hicimos notar, ella falta cuando menos en uno de los supuestos previstos en la ley, que es el de los jefes de casa, responsables por los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, de acuerdo con el artículo 1925 del Código Civil. Aquí la persona que los sufre no está vinculada por ningún contrato con el patrón que deviene responsable. ¿En dónde situar aquí la promesa de porte-fort?

En tercer lugar, cuando se da esta promesa no tiene el beneficiario de ella acción alguna contra el tercero cuya prestación le fue prometida. Este último no queda obligado mientras no acepte. En cambio, en los casos de responsabilidad civil del patrón por hechos ilícitos de quienes están a su servicio, sí tiene la víctima acción directa contra estos últi-

mos, independientemente de toda aceptación de ellos, de acuerdo con el artículo 1926 del Código Civil.

¿Podría decirse que en tales casos la aceptación fue dada de antemano por el tercero, o sea el trabajador, mediante el contrato que tiene celebrado con su patrón, por haberse obligado en dicho contrato a no causar el daño o perjuicio? Pensamos que esto desnaturalizaría la promesa de porte-fort, pues es característica de ella el prometer una prestación ajena, cuya aceptación por el tercero es incierta al momento de hacerse la promesa.

Finalmente, también puede señalarse como otra diferencia más, que la responsabilidad civil puesta por la ley a cargo del patrón por hechos ilícitos de sus empleados, da derecho al primero a repetir contra éstos lo que haya tenido que pagar por concepto de indemnización, de acuerdo con el artículo 1927 del Código Civil, en tanto que en la promesa de porte-fort ningún derecho tiene el que la hace, para repetir lo que tuviere que pagar por daños y perjuicios, contra el tercero cuya prestación prometió, toda vez que este último no pudo quedar obligado, al no aceptar ni cumplir dicha promesa.

Sin embargo, no puede negarse la notoria semejanza que existe entre ambas situaciones: la promesa de porte-fort y la responsabilidad civil del patrón por los hechos ilícitos que cometen quien están a su servicio, en el desempeño de éste. Además, la primera puede intervenir en estos últimos casos para regular convencionalmente esa responsabilidad civil, modificando en cierto modo el alcance que la ley le da. Pero esa modificación creemos que sólo puede ser en el sentido de aumentar la responsabilidad del patrón; nunca para disminuirla, bajando de la establecida por la ley. Y la razón es que la responsabilidad por hechos ilícitos es siempre de orden público y, por lo mismo, no puede, en principio, ser eliminada por convenio.

Savatier ha sostenido a este respecto algunas distinciones que en nuestro derecho nos parecen inaceptables. En primer lugar, afirma que desde que la responsabilidad delictual "es objeto de una cláusula de no responsabilidad, deviene ella, en una cierta medida, contractual"; tesis ésta inadmisibles, ya que entraña una evidente petición de principio; equivale a sostener que cualquier responsabilidad delictual puede hacerse contractual, cuando ya lo es por haber sido objeto de convenio.

En cuanto a la distinción que hace este mismo autor, párrafos más adelante, al decir que

"si la falta viola un deber legal determinado o un deber moral definido, la víctima no puede de antemano renunciar válidamente a la reparación", en tanto que "si la falta viola simplemente el deber general de no dañar a otro,

la víctima puede, en general, renunciar de antemano a una reparación, puesto que ella habría podido también de antemano consentir en el acto dañoso y en el daño".⁶⁰

La estimamos también incorrecta, ya que violar el deber general de no dañar a otro —cuando se carece de derecho para hacerlo— es tan ilícito como violar un deber legal determinado o un deber moral definido.

El derecho para disponer de los bienes propios no faculta para consentir de antemano en su lesión, cuando ella reviste carácter ilícito, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2950, Fracciones I y II, de nuestro Código Civil. Esta disposición se refiere a delito, dolo o culpa futuros, declarando nula toda transacción sobre ellos. La víctima puede válidamente renunciar a su derecho para ser indemnizada de los daños que se le hubieren causado por hechos ilícitos ya consumados, pero nunca al que pudiere llegar a tener por hechos futuros. Esto último equivaldría a legitimar la ilicitud mediante un convenio, lo que es notoriamente contrario al orden público y a la moral.

En conclusión, podemos terminar este capítulo sosteniendo que el profesionista no contrae responsabilidad civil por los hechos ilícitos de sus empleados u otros colaboradores que causaren daño al cliente, particularmente por la revelación de secretos, que es el tema que aquí nos ocupa. El artículo 71 de la Ley Reglamentaria del Ejercicio Profesional, únicamente pone a su cargo las faltas de los empleados o auxiliares debidas a omisión de órdenes del profesionista o a órdenes erróneas que causaren el daño, con lo cual queda éste responsable propiamente de hechos suyos y no de sus colaboradores. Pero en cambio, podrá responsabilizarse civilmente por hechos u omisiones de estos últimos, mediante una promesa de porte-fort hecha al cliente prometiéndole la discreción de aquéllos respecto de los secretos conocidos o confiados, la cual será válida. Pero ella tendrá que ser expresa; no podrá ser tácita ni quedar sobreentendida, si se quiere que tenga eficacia para responsabilizar al profesionista por conductas ajenas, de las que las leyes no le hacen responsable.

⁶⁰ *Op. cit.*, tomo II, cap. III, sec. III, núm. 664, pp. 243 y 244.