

201 10-182

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

PRESTACION DE SERVICIOS, RESPONSABILIDAD
Y SECRETO PROFESIONAL

T E S I S
Q U E P R E S E N T A
RODOLFO MIGUEL SANTA MARIA Y ALBA
P A R A O B T E N E R E L T I T U L O D E
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O

MEXICO
1984



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PRESTACION DE SERVICIOS, RESPONSABILIDAD Y
SECRETO PROFESIONAL

CAPITULO I

Páginas:

La Prestación de Servicios en Roma	1 a 8
a) Análisis Doctrinal.	
b) Locatio Conductio. Rei	1 - 2
Operis	2
Operarum.	3
c) Su reglamentación y ubicación.	5 - 8

CAPITULO II

El Contrato de Prestación de Servicios en Derecho Positivo.	9 a 27
a) Su naturaleza Contractual.	9 - 10
b) Estudio de esta figura Jurídica.	13
c) Lugar que ocupa en la clasificación general de los contratos	23 - 27

CAPITULO III

La Responsabilidad Profesional.	28 a 65
a) Noción de Profesión. (Stricto Sensu Latu Sensu).	28 - 29
b) Diversos Aspectos Jurídicos de la Responsabilidad.	30 - 65

CAPITULO IV

Páginas:

Secreto Profesional. 65 a 121

a) Introducción.

1. El Secreto Profesional como deber. 66
2. El Secreto Profesional. 67
3. Estudio Doctrinal del Secreto Profesional del Abogado. 68 - 97
4. El Secreto Profesional del Abogado en nuestro Derecho. 97 - 121

BIBLIOGRAFIA FUNDAMENTAL.

- 1.- MESSINEO Francesco. Dotrina Generale del Contretto
Terza Edizione. Milano 1948.
- 2.- AGUILAR CARBAJAL Leopoldo "Contratos Civiles".
1a. Edición. México 1964.
- 3.- BORJA SORIANO Manuel "Teoría General de las Obligacio
nes". 1er.Tomo. Quinta Edición,
Porrúa. México 1960.
- 4.- LEDEZMA J. de J. "Contratos" Apuntes UNAM -1941
Biblioteca Particular Lic.M.B.M.
- 5.- LOZANO NORIEGA Francisco "Cuarto Curso de Derecho Civil".
Asociación Nacional del Nota--
riado. 1963.
- 6.- SOHM Rodolfo "Historia de las Instituciones de
Derecho Privado Romano".
Traducción de P. Dorado a la 7a.
Edición. Alemana.
- 7.- PEÑA GUZMAN Luis Alberto "Derecho Romano" (Tomo II)
y Edición 1962 Tipográfica y Edi
ARGUELLO Luis Rodolfo tora Argentina. Buenos Aires.
- 8.- VINNIO Arnaldo "Comentario a las Instituciones
Imperiales de Justiniano". Ano
tado por J.Gohlieb M. Traducción
al Castellano, Tomo II, 1847.
Barcelona, España.
- 9.- BONFANTE Pedro "Instituciones de Derecho Romano"
Traducción de 8a.Edición Italia
na por Luis Bacci y Andrés La--
rrosa, Editorial Reus, S. A.
Madrid España.

- 10.- FLORIS MARGADANT Guillermo "EL Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea".- Editorial Esfinge, S. A. México, 1960.
- 11.- ENCICLOPEDIA JURIDICA "OMEVA" Tomo XXII/XXIV. - Editorial Bibliográfica. Argentina 1967 Buenos Aires.
- 12.- SERRA ROJAS Andrés "Derecho Administrativo" 2a. Edición. Porrúa. México 1961.
- 13.- FRAGA Gabino "Derecho Administrativo" 10a. Edición. Editorial Porrúa. México 1963.
- 14.- TENA RAMIREZ Felipe "Derecho Constitucional Mexicano" 5a. Edición. Porrúa, Méx. 1961.
- 15.- LOPEZ ROSADO Felipe "El Regimen Constitucional Mexicano" 2a. Edición. Porrúa, Méx. 1964.
- 16.- MANTILLA MOLINA Roberto y Luis "Derecho Mercantil" Introducción y conceptos fundamentales Sociedades" 7a. Edición. Porrúa, Méx. 1964.
- 17.- MATOS ESCOBEDO Rafael "La Responsabilidad Penal de las Personas Morales". 1a. Edición. Botas, Méx. 1956.
- 18.- RIPERT Georges y BOULANGER Jean "Tratado de Derecho Civil" Según el tratado de Planiol, Tomo V, Obligaciones. 2a. Parte. Ediciones la Ley Buenos Aires, Traducción de Delia Garcia Direaux.

- 19.- BORJA SORIANO Manuel "Teoría General de las Obligaciones". II Tomo, 3a. Edición.
Porrúa, México 1960.
- 20.- PALLARES Eduardo "Diccionario de Derecho Procesal Civil". 5a. Edición.
Porrúa, Méx. 1966.
- 21.- ROJINA VILLEGAS Rafael "Compendio de Derecho Civil".
Teoría General de las Obligaciones. Tomo III. Robredo 1962.
- 22.- MESSINEO Francesco "Manuel de Derecho Civil y Comercial" Traducción de Santiago --
Senties Mellado. Tomo VI. Ediciones Jurídicas Europa y Cuenca
Buenos Aires 1955.
- 23.- AGUILAR GUTIERREZ Antonio "Panorama del Derecho Mexicano".
Síntesis del Derecho Civil.
U.N.A.M. 1966.
- 24.- FERNANDEZ SERRANO A. "Revista Internacional del Notariado" Año 4 N° 14, Abril-Junio 1952, Buenos Aires.
- 25.- ARROYO SOTO Augusto "El Secreto Profesional del Abogado y del Notario" Edición
U.N.A.M. México, 1980.

C A P I T U L O I

En el Derecho Romano; analizaremos con que criterio fué tratada la "prestación de un servicio" y que tipo de contrato, regulaba esa relación cuando intervenía, algún elemento ostentando la calidad de Profesionista.

En la Obra de Rodolfo Shom "Derecho Privado Romano" (1) encontramos que al referirse a los contratos consensuales y ocuparse de su clasificación, en el aparato correspondiente al arrendamiento nos dice :

"El arrendamiento podía serlo de cosas, de servicios y de obras. El arrendamiento de cosas (Locatio Conditio Rei). El arrendamiento de Obras (Locatio Conditio Operis) y el arrendamiento de servicios (Locatio Conditio Operarium)".

El arrendamiento de cosas..... Era el contrato relativo a la prestación retribuída del resultado de un trabajo..... No basta prestar una cierta cantidad de trabajo..... Era preciso que se ofreciera el resultado prometido.

El arrendamiento de servicios "sigue diciendo Shom" (1) Era el contrato relativo a la prestación re-

(1) Shom Rodolfo "Historia de las Instituciones de Derecho Privado Romano" traducción de P. Doradado a la 7a. Edic. Alemana Pág. 534

tribuída, de un quantum de trabajo v.g.r. el contrato celebrado con un criado doméstico, con el jornalero o con el camarero. El que recibía el trabajo, tenía la Accio Conducti; el que la prestaba la Actio Locati.

Solo podían ser objeto de arrendamiento los Operae Illiberaes, es decir los servicios de calidad inferior, humildes, por los que se pagaba un precio, el precio del arrendamiento; la prestación de los mismos implicaba una prestación de valor patrimonial. NO UNA PRESTACION INESTIMABLE-(COMO LOS SERVICIOS DEL MANDATARIO, DEL AMIGO, DEL MEDICO,- DEL MAESTRO, ETC.)".

El arrendamiento.- Continuando con la exposición de Shom; (2) era en todos los casos un Bonae Fidei Negatium. Ambas partes estaban obligadas a prestar Omnis Diligentia y en general todo cuanto exigiera la buena fé, según diversas circunstancias.

Por lo expuesto en el contenido, de donde hemos tomado las transcripciones que anteceden; el tratadista que nos ocupa al referirse del arrendamiento (de cosas, obras, y servicios) deja fuera del mismo, si no en forma estricta, si lo podemos deducir entre líneas, lo que propiamente constituye la concepción moderna de la prestación de un Servicio-Profesional; al considerar esta actividad como una "Prestación Inestimable" (como los servicios de un Mandatario, un-

(2) Opus Cit. Pág. 535 y sig.

Médico, etc.), lo que nos hace pensar que dichas actividades consideradas de mayor rango no tenían una reglamentación estricta, cuando menos en el capítulo de los contratos consensuales, que nos ha ocupado comentar en la Obra de Rodolfo -- Shom.

En la Obra "Derecho Romano" de Peña Guzmán y Argüello (3) encontramos lo siguiente : "En la concerniente a la locación de Servicios la misma habría aparecido más tarde, debido a las circunstancias de que los Romanos eran contrarios al trabajo servil de sus semejantes; el que solamente admitían -- cuando fuera ejecutado por esclavos.

El desenvolvimiento económico, también fué la causa principal que obligó a los Romanos a utilizar el servicio de personas mediante el pago de un salario de tal suerte que la locación de servicios, fué reconocida como una convención constitutiva de derechos y obligaciones para los celebrantes.

La Locatio Conditio Operarum nos relatan Peña Guzmán y Argüello..... Es la figura jurídica que en la actualidad ha adquirido suma importancia por ser fuente principal de relaciones reguladas por el Derecho Laboral; no alcanzó gran desarrollo en la Sociedad Romana, porque los ciudadanos dejaron la actividad manual reservada casi exclusivamente a personas de condición servil. Por imperio de estas ideas los

(3) Peña Guzmán Luis Alberto "Derecho Romano" Tomo II.
Argüello Luis Rodolfo Edición 1962 - Tipográfica. -
Editora Argentina, Buenos Aires.
Pág. 320

Romanos contrataban a otra persona por un pago en dinero y ello determinó que los servicios que prestaban quienes ejercían profesiones liberales (Operae Liberales) como los Abogados, Médicos, Agrimensores, etc., no se encuadran dentro del concepto de Locatio Operarum.

De aquí que durante mucho tiempo no se permitía a los profesionales exigir retribución alguna por sus trabajos, hasta la época de la Cognitio Extra Ordinem que les dió derecho de recurrir ante los magistrados, para reclamar una recompensa que se llamó Honoraria o Numera" (4).

Por lo expuesto en la Obra de Peña Guzmán y Argüello confirmamos lo dicho al comentar, la exposición del tratadista que ocupó los párrafos procedentes de esta última Obra que hemos comentado.

A efecto de confirmar este criterio, en relación a los estudios a que hemos hecho referencia sobre el particular, recurriremos al comentario de Arnaldo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano (5); y así consultando esta Obra encontramos lo siguiente :

"El trabajo del Agrimensor se considera un beneficio y lo que se da en recompensa no se llama Merced sino Remunera

(4) Opus Cit. Págs. 326 y sig.

(5) Arnaldo Vinnio "Comentarios" a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano anotado por J. Gottlieb Meineccio, traducción al Castellano, Tomo II, Año 1847. - (Barcelona) Pág. 247

ción u Honoraria; por lo que los antiguos creyeron que con semejante persona, no tenía lugar la locación y conducción..

Lo mismo debe decirse de los trabajos de los Abogados, Médicos y demás que nos ayudan con su ingenio, elocuencia, confianza y habilidad".

En este comentario, notamos que el aspecto relativo a la retribución en los contratos, excluye a la actividad profesional de la formula del arrendamiento, (de cosas, obras y servicios) al no retribuir esta actividad con una Merced, pues específicamente la denomina Remuneración u Honoraria; resultado este, de la propia actividad profesional que tiene características superiores y de mayor jerarquía; haciendo salir esta actividad de la locación.

En la Obra de Bonfante (6) encontramos que al referirse al arriendo de servicios nos relata que : "tiene por objeto solamente servicios honestos, proliberales, las Obras liberales como los servicios del Médico, del Abogado, del Preceptor de persona libre, no se consideraban entre los Romanos como objeto de arriendo, ni se podía pretender Jurídicamente la merced. La costumbre regulaba la compensación para estas obras con donativos, que los Romanos llamaban honoraria o numera.

(6) Bonfante Pedro "Instituciones de Derecho Romano"
Traducción a la 8a. Edición Italiana por Luis-Bacci y Andres Larrosa.- Editorial Rous, S.A.- Madrid. Págs. 485 y sig.

En el período Imperial semejantes relaciones empezaron a ser reguladas por el Derecho por la Vía de Extraordinaria Cognitio. Igualmente por razones sociales no se consideraban como arriendos, sino que recaían todas Ab Antiquo, bajo el ámbito de otras relaciones jurídicas : El contrato con la Nodriza (Mandato) con el Agrimensor (Actio Factum) con el Politor o Agronomo (Sociedad).

Para concluir este apartado, que ha tratado de esbozar algunos posibles antecedentes, del contrato de prestaciones de servicios profesionales en el Derecho Romano, citaremos la documentada Obra que sobre la Materia a escrito el Sr. Lic. Don Guillermo Floris Margodant (7) y que al referirse en su tratado a la Locatio Conditio Operarum expone :

"Observamos que los Romanos excluían del contrato de trabajo los servicios laborales, es decir servicios altamente calificados de carácter Científico o Artístico. También en Derecho Moderno solemos hacer esta ya que faltan los elementos de dependencia económica y sujeción a la dirección técnica de un patrón; que caracterizan el típico contrato de trabajo. Según veremos, el Derecho Romano incluía la prestación de tales servicios en el contrato de mandato, creando para ellos dentro de este, la categoría ligeramente anómala del mandato remunerado.

(7) Floris Margodant S. Guillermo "El Derecho Privado Romano".- la. Edición como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. Méx. 1960.
Págs. 402 y sig.

Todavía en el Derecho Moderno encontramos con frecuencia que la línea divisoria entre contrato de trabajo y el de mandato no es siempre clara, ante la Suprema Corte se ha legado en diversas ocasiones que, por ejemplo, los Gerentes de las Sociedades Anónimas no deben recibir la protección del Derecho Obrero, ya que no son más que mandatarios del Consejo de Administración. De este modo, el contrato de trabajo contaba, desde la Epoca Romana, con zonas de transición a los contratos de mandato y de obra".

El tratadista que nos ocupa apunta un aspecto muy interesante en su Obra al referirnos que la prestación de servicios; que podemos considerar en la actividad como profesionales, era regulada por el contrato de mandato y así al abocarse al estudio de tal figura Jurídica contractual, nos dice - (8) :

"Se trataba de un contrato liberal (se refiere al mandato) imperfecto o sea eventualmente bilateral, ya que el mandante tenía que indemnizar los eventuales gastos necesarios-erogados por el mandantario, pero éste no podía reclamar remuneración por su intervención, ya que el mandato Romano era esencialmente gratuito. Para el Jurista Romano, si un mandato no era gratuito, era en realidad una Locatio Conditio.

A pesar de esto, se introdujo la costumbre de considerar la relación entre Médicos o Abogados con sus clientes --

(8) Opus Cit. Pág. 464

como una relación de mandato por querer ser tratados estos - Profesionistas como locatores sobre la misma base que los -- simples obreros. De este modo surgió la anomalía del mandato remunerado, cuyos litigios fueron tramitados por el pretor - mediante un procedimiento de Extra Ordinem".

Por lo expuesto podemos adelantar la conclusión de afirmar, que si dentro de la locación (arrendamiento) no encontramos una verdadera reglamentación del contrato de prestación de servicio profesionales.- Porque los Romanos la excluyeron de este tipo de actividades (los profesionales)de la locación, por ser estos de otra categoría; inestimables como los llama Shom o altamente calificados como los denomina -- Floris Margodant, tampoco podemos encuadrar a esta figura jurdica, sustentación del tema de este trabajo; dentro del -- contrato de mandato, ya que como lo afirma el propio tratadista que acabamos de comentar los profesionistas, fué este contrato el más adecuado para sancionar con más o menos propiedad y adecuación dicha relación.

Visto el antecedente Romanista, de la prestación de Servicios Profesionales; apuntadas sus características fundamentales y determinada asimismo su, nula o casi nula reglamentación en capítulo aparte su ubicación en nuestro Derecho Positivo y su naturaleza contractual.

C A P I T U L O I I

Antes de dar un concepto de contrato, principiaremos por referirnos a la fundamentación doctrinal de este vocablo y así analizaremos con Messineo (9) lo que él llama "El significado Jurídico del Término Contrato"..... Un primer significado impropio es cuando "se habla de contrato normativo para indicar un contrato como el acuerdo que tiene la función de establecer normas jurídicas", el propio autor al comentar este primer concepto afirma, que este es el contrato en sentido técnico.

Aguilar Carbajal (10) al comentar en su Obra este primer concepto afirma "no es contrato sino un acuerdo mediante el cual las partes regulan los futuros contratos que van a celebrar".

Continuando el análisis en el orden que lo hace el propio Messineo, encontramos un segundo significado del término contrato como "el documento (o la escritura)". Desde luego esta acepción es el término corriente o usual que dan los legos del derecho al término contrato.

(9) Messineo Francesco "Doctrina General del Contratto" .
Tarza Edizione. - (1948) - Milano.- Pág.23

(10) Aguilar Carbajal Leopoldo "Contratos Civiles".- 1a.Edición
México 1964.- Pág.26

Por último el tratadista con el que hemos analizado del concepto que nos ocupa, nos refiere "el significado más saliente"..... Como un acto humano o sea un negocio jurídico considerando que en este aspecto, el contrato constituye la figura jurídica más importante del negocio jurídico bilateral". Lo que considera Aguilar Carbajal (11) (Autor que nos sirve para comentar el propio Messineo) "Como negocio jurídico especial de acto jurídico".

Creemos que ésta última acepción es la que revista una verdadera importancia ya que no simplemente atiende a situaciones que no son verdaderos contratos, como lo indica el primer apartado de la distinción que hemos hecho de este concepto (Acuerdos normativos como prefiere llamarlos la doctrina). Ni tampoco atiende a situaciones meramente materiales como lo son el papel o documento donde pueden contar un cúmulo de obligaciones o derechos, que a las partes convienen o han convenido; sino que va más al fondo esta tercera acepción apuntada, al revestir al contrato del rango jurídico que realmente tiene y que desde luego es el que más nos interesa; al darle la caracterización de acto jurídico.

Una vez de terminada la concepción que nos interesa desde el punto de vista de su contenido estrictamente jurídico, podemos recoger en la Obra del Dr. Borja Soriano (12) la defi-

(11) Opus Cit. Pág.26

(12) Borja Soriano Manuel "Teoría General de las Obligaciones". - 1er. Tomo. - Quinta Edición. - Editorial Porrúa. Pág.129

nición que de contrato hacen Colin et Capitan quienes afirman : "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho crear o transmitir un derecho Real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación jurídica preexistente sea en el fin extinguirla.

Continuando con el análisis de las proposiciones que nos permitan determinar las características del contrato, recurriremos nuevamente a la Obra de Borja Soriano (13) que en el apartado No.80, de su ya citada Obra, nos hace una valiosa síntesis legislativa de las diversas características definitorias que el contrato ha tenido a través de nuestros Códigos. Dicho apartado contiene lo siguiente "Contrato es un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen una obligación. Este Artículo procede del 641 del Código Portugués redactado así; Contrato es el acuerdo en cuya virtud dos o más personas transfieren entre si algún derecho o se sujetan a alguna obligación. Coincide en esencia, con el Artículo 1101 del Código Napoleón según el cual, contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Ni el Código Napoleón ni el Código de 1884 expresan lo que debe entenderse por convenio, pero como la definición de contrato del Código Napoleón es casi una repro

(13) Opus Cit. Pág. 130

ducción de la de Pothier, atendiendo a este veremos que un convenio, cuyo término sinónimo es pacto, es el consentimiento de dos o varias personas, habido, para formar entre ellas alguna obligación o para destruir una precedente o para modificarla.

Después de este breve estudio doctrinal y legislativo estamos ya en condiciones de dar la definición contenida en nuestro Código Civil vigente y que aparece encuadrado en los Artículos 1792 y 1793 que definen convenio y contrato y que poseen los caracteres doctrinales fundamentales ya enunciados con anterioridad; esta última afirmación, aún en contra de la opinión muy respetable del Maestro Aguilar Carbajal(14) quien en su Obra de referencia, opina, que la definición legal de contrato "difiere de la que generalmente elabora la doctrina".

Así pues los preceptos invocados dicen :

Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Como se verá claramente, de los preceptos apuntados se desprenden los elementos fundamentales y aún doctrinarios que

han venido caracterizando hasta ahora la figura jurídica que nos ocupa; (Acuerdo de voluntades y la producción cesación de las consecuencias de derecho).

Conviene apuntar dentro del contenido de este capítulo, aún cuando sea en forma incidental, los elementos de existencia y validez que integran legalmente al acto jurídico contractual y así referirnos a los Artículos 1794 y 1795 del Ordenamiento Civil en vigor, cuyo contenido es el siguiente :

Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere :

- a) Consentimiento.
- b) Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 1795.- El contrato puede ser inválido :

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.
(Capacidad).
- II. Por vicios del consentimiento. (Exento de vicios).
- III. Porque su objeto o su motivo o su fin sea ilícito.
(lícitud en el objeto).
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece (formalidad).

Expresado ya el concepto de contrato, con la ayuda doctrinal y legislativa y expuesta su connotación distintiva por los elementos legales que lo integran; pasemos al estudio de la clasificación de los contratos a fin de ubicar debidamente el contrato de prestación de servicios.

Al ocuparnos en el apartado de este capítulo de la clasificación de los contratos; haremos especial referencia, en cuanto a bibliografía toca, a los apuntes de la Cátedra del 4º curso de Derecho Civil del Sr. Lic. José de Jesús Ledesma y a la Obra del Sr. Lic. Francisco Lozano Noriega.

Apunta el Sr. Lic. Ledesma y Labastida (15) que "por razón de método conviene precisar los conceptos de contrato nominado e innominado, la razón es ésta, el Código no reglamenta ni estudia todos los contratos que pueden celebrar los particulares sino los más usuales. Y de ahí deriva la necesidad de saber si las partes contratantes pueden celebrar otras convenciones..... A esta cuestión responde el citado Maestro (16) en la siguiente forma..... La relativa posibilidad de celebrar contratos no regulados por el Código Civil ya fué estudiada en el curso de Teoría General de las Obligaciones y sabemos que la cuestión se resuelve en sentido afirmativo en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Esto según Ledesma y Labastida es principio únicamente válido en las legislaciones de origen Francés; y la posibilidad de celebrar convenios o más propiamente contratos, no regulados por la legislación; en otros Derechos de tipo Germánico y Sajón encuentra su fundamentación en el equivalente del principio de la autonomía de la voluntad llamado (principio de la libre estructuración de los contratos de tal suerte afir

(15) "Contratos" Apuntes del Lic. José de Jesús Ledesma.- UNAM. - México 1941.

(16) Opus. Cit. Pág. 1

el propio Ledesma (17) que al amparo del principio de la autonomía de la voluntad en legislaciones de tipo Francés, es posible celebrar contratos no regulados y al amparo del principio de la libre estructuración del contenido de los contratos, es posible celebrar en las legislaciones de tipo Germánico -- Contratos Atípicos no regulados".

Establece el autor que nos sirve de guía, para la exposición de este tema que los conceptos de contratos nominados e innominados no tienen la misma connotación de Derecho Romano y Derecho Moderno, ya que en el primero los contratos innominados se denominaba a aquellas convenciones sinalagmáticas o bilaterales que se formaban "Re" mediante el cumplimiento a la realización de un hecho o la entrega de una cosa de una de las partes y que estaban sancionadas por la Actio Praes Criptis-Verbis, en virtud de no encajar esos contratos dentro de las formulas de "Re", formal o consensual al evolucionar el Derecho Romano nos refiere el comentado autor (18) se establecieron cuatro formas de contratación: (Contratos Nominados).

- I. Doy para que des,
- II. Doy para que hagas,
- III. Hago para que des y
- IV. Hago para que hagas.

Y entonces como contratos innominados se consideraron -- aquellos que no cabían dentro de alguna de estas cuatro formas,

(17) Opus Cit. Pág. 2

(18) Opus Cit. Pág. 8

pero en uno y otro caso lo característico, lo típico de los contratos innominados, era esto :

- I.- Eran contratos sinolgmáticos puesto que se obligaban ambas partes y,
- II.- Eran contratos "Re" en cuanto a que una de las partes había entregado una cosa o prestado un hecho.

Sin otros conceptos no podemos pensar en un contrato -- innominado de Derecho Romano".

Siguiendo el orden de exposición apuntado por Ledesma nos ocuparemos del concepto que en Derecho Francés Moderno tiene el contrato nominado y el innominado.

Para Planiol y Capitan (citados por el autor de referencia la clasificación no tiene razón de ser, no presenta en concepto de ellos utilidad particular alguna.

Para Josserand (también citado por Ledesma) (19) es indiferente clasificar a los contratos nominados e innominados. En cambio para Laurent es necesaria esta clasificación. Para los primeros no es necesaria la clasificación; porque basta con que la Ley reglamente algunos conceptos para que las no-reglamentadas por ella puedan existir regidos por las disposiciones del contrato que le sea más similar.

Para el último tratadista Francés citado, debe hacerse

(19) Opus Cit. Pág. 3 y sig.

la distinción y las distinciones fundamentales : Contrato Nominado es lisa y llanamente el que esta reglamentado por el Código Civil u otro Ordenamiento Legal y el Contrato Innominado es el que no esta reglamentado ni en el Código Civil ni en otras Leyes. Aquí se nos hace notar la diferencia clara que el concepto tenía en Derecho Romano; que atendía a los efectos del contrato o las acciones a intentar; del concepto Francés que atiende a su naturaleza jurídica.

"En el Derecho Alemán encontramos que tratadistas como Eneccerus y Kholer, señalan dos clases de contrato :

- I.- Contratos Típicos (los que tienen una reglamentación en la Ley).
- II.- Contratos Atípicos (son aquéllos que carecen de reglamentación legal).

En consecuencia los conceptos de Contratos Típicos y de Contrato Atípico corresponden a la idea de contrato nominado y de contrato innominado(20)".

Ahora bien nuestro Código Civil vigente, aún cuando no se refiere estrictamente a los Contratos Nominados e Innominados, mencionandolos como tales encontramos que en el apartado de disposiciones finales del capítulo primero, Libro 4º Título 1º (Fuentes de las obligaciones) Artículo 1858; que si no los distingue con los términos con los que hemos venido estudiando, tácitamente los reconoce; al tenor siguiente.

(20) Opus Cit. Pág. 4 y sig.

Artículo 1858.- Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se registrarán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y en lo que fueron omisas por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento. La transcripción de este Artículo concluye esta clasificación, para pasar a ocuparnos de otros con mayor brevedad.

Así siguiendo a Lozano Noriega (21), encontramos que este autor atiende dos puntos de vista para clasificar a los contratos; considerándolos en sí mismos o sea cada contrato en particular y considerándolos por las relaciones que puedan tener los contratos entre sí.

Al referirse al primer punto de vista Lozano afirma : "Los Contratos en sí mismo, podemos también clasificarlos desde puntos de vista diversos. Nos fijamos en ciertos efectos de los Contratos. Así por ejemplo tomamos los siguientes puntos de vista para emprender la clasificación consideramos que el contrato produzca o cree obligaciones para las partes o que no produzca este efecto esta consecuencia jurídica; sino que solamente engendre obligaciones a cargo de uno de los contratantes. Desde este punto de vista podemos clasificarlas en bilaterales o sinalagmáticas y unilaterales".

(21) Lozano Noriega Francisco.- 4º Curso de Derecho Civil. - Asociación Nacional del Notariado, 1963. Pág. 9

Siguiendo con la clasificación apuntada por Lozano Noriega (22) "podemos también tomar en cuenta que el contrato produzca consecuencias recíprocas para las partes en cuanto a ventajas y provechos y también en cuanto a gravámenes y cargos, o bien que el contrato no produzca estos efectos, sino que existan solo gravámenes y cargos para una de las partes y ventajas y provechos para la otra. Desde este punto de vista podemos clasificarlos en numerosas y gratuitas".

De la clasificación anterior desprende el propio autor - la siguiente; que se refiere a los Contratos Conmutativos y - Contratos Aleatorios.

En el Contrato Conmutativo, desde el momento en que el - Contrato se celebra, es posible determinar el carácter ganancioso o perdidoso de los Contratos; la cantidad, el monto de la ganancia o de la pérdida. El Aleatorio cuando se perfecciona no es posible determinar el monto de la ganancia o pérdida -- porque esto depende en términos generales de un acontecimiento incierto que puede ser una condición, plazo cierto o un hecho ya pasado que se supone desconocido para los contratantes.

En el apartado siguiente Lozano Noriega se ocupa de la - clasificación que por razón de método, según expusimos ya hemos estudiado o sea la de Contrato Nominado e Innominado.

Los contratos también pueden clasificarse en consensuales, formales solemnes y reales atendiendo como lo apunta el propio

Ledesma, a la forma mecanismo de su perfeccionamiento.

Respecto de esta clasificación Aguilar Carbajal (23) nos indica "El Contrato será consensual, cuando para su perfeccionamiento no se requiere ninguna forma especial, para hacer constar el consentimiento ya que será suficiente el consentimiento como acuerdo de voluntades..... En cambio el contrato será formal cuando para su perfeccionamiento la Ley exige que el consentimiento se manifieste a través de cierta formalidad generalmente por escrito o a veces en escritura pública.

Por lo que se refiere a Contratos Solemnes; Aguilar Carbajal (23) afirma "..... Que en nuestro derecho no existen contratos solemnes sino simplemente formales; caracterizando al contrato solemne en la siguiente forma : Se dice que un contrato es solemne cuando la técnica jurídica ha elevado la forma a requisito de existencia del contrato....."

La afirmación del Maestro Aguilar Carbajal (24), no es acorde con nuestro modo muy personal de pensamiento por lo que no existen en nuestro Derecho los llamados Contratos Solemnes; podemos afirmar que el Matrimonio lo es, para los que catalogamos dentro de los contratos al propio Matrimonio y lo consideramos como un verdadero Contrato, apoyada tal afirmación en nuestra legislación vigente ya que es esta la que le dá este-

(23) Opus Cit. Pág.39

(23) Opus Cit. Pág.39

(24) Opus Cit. Pág.40

trato al Matrimonio. Artículo 178 del Código Civil "EL CONTRATO de Matrimonio debe celebrarse"

No es lugar apropiado por la modesta naturaleza de nuestro trabajo para determinar los argumentos que nos asisten - al señalar al Matrimonio como un Contrato, ya que este sería Materia de una Tesis completa ya que el tema es objeto de -- constantes discusiones y desacuerdos por parte de los que lo consideran un verdadero contrato y por los que prefieren denominarlo "Institución" o en alguna otra forma; bastenos por el momento apartar el argumento exclusivamente legalista y - de Derecho Positivo, ya que nuestro Código Civil le dá esa - categoría contractual.

Por último el Contrato Real como lo apunta Lozano Noriega (25) "Es un contrato para cuyo perfeccionamiento exige un principio de ejecución. Este principio de ejecución es generalmente la entrega de la cosa".

Una vez estudiados en forma general los efectos del Contrato en si mismo pasemos a la clasificación que surge por - el estudio de los Contratos en relación con otros y así. "Podemos.- Afirma Lozano Noriega (26) clasificar los Contratos en Mixtos o Complejos y Simples. Hablando de los primeros, vamos ha encontrar prestaciones que corresponden a diversos tipos de contratos; hay verdaderamente una serie de contratos fundidos en uno solo porque así ha sido la voluntad de las -

(25) Opus Cit. Pág.40

(26) Opus Cit. Pág.40

partes o porque exista una reglamentación legal de esta naturaleza". Cita el comentado autor como ejemplo, el contrato de hospedaje donde existen prestaciones del contrato de arrendamiento, del contrato de Compra-Venta y del Contrato de Prestación de servicios; del primero por la obligación del hosteleiro de transmitir el uso y goce de una casa(habitación) del segundo por el suministro de alimentación, un verdadero contrato de venta y del último por los servicios de limpieza, cuidado de la habitación, etc., que encuadran en la naturaleza del contrato de prestación de servicios.

La explicación que de Contratos Mixtos hemos dado se opone a la de Contratos Simples ya que estos revisten las características que le son propias a un Contrato en particular sin participar ya sea por sus elementos constitutivos o por sus consecuencias jurídicas de caracteres que son de otro tipo de Contratos.

Podemos por último, clasificar a los contratos en principales y accesorios. "Los principales.- Apunta el Maestro Lozano Noriega (27) existen en si mismos no dependen de otro contrato ni de una obligación preexistente sino que tienen autonomía jurídica propia.

El Contrato Accesorio supone o presume mejor dicho la existencia de otro Contrato o una obligación principal a la que sirve de garantía (fianza, prenda, hipoteca).

También podemos estudiar.- Continúa diciendo el propio Lozano Noriega, los Contratos desde otro punto de vista. Hay Contratos.- Los definitivos que como su nombre lo indica ahí terminan ya que se han cumplido las prestaciones y la finalidad que persiguen los contratos. Pero en cambio hay otros los Preparatorios, que sirven valga la redundancia de preparación para otros Contratos".

Con estos lineamientos generales que del contrato y sus diversas clasificaciones hemos apuntado pasemos ahora a ubicar el CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES dentro del catálogo técnico jurídico que nos expone el Derecho Positivo.

Para ubicar el Contrato de Servicios Profesionales recurriremos a las menciones generales que agrupan a un número de terminado de contratos y que se desprende de nuestro Ordenamiento Civil vigente; así encontramos: a los Contratos Preparatorios; grupo en el que se contienen toda la diversa gama de promesas de contrato se pueden elaborar; siguiendo desde luego el catálogo preestablecido de los Contratos Nominados o Típicos, así pueden existir Contratos (Preliminares Ante Contratos ó Pre-Contratos como los llama la doctrina) por cuantos Contratos esten reglamentados en nuestra legislación vigente.

Bajo el rubro de contratos definitivos encontramos encuadrados al Contrato de Compra-Venta y sus diversas modalidades a la permuta, a la donación y al mutuo.

Una tercera clasificación denominada de Contratos Traslativos de uso; en ella encontramos al Contrato de Arrendamiento, al Contrato de Sub-Arrendamiento, al Contrato Decomodato y al Contrato de Depósito.

Podemos también incluir, en los Contratos Corporativos; al Contrato de Sociedad, al Contrato de Asociación y a la Aparciería.

Los llamados Contratos Aleatorios; agrupan al Contrato de Juego y Apuesta, al Contrato de Renta Vitalicia, al Contrato de Compra de Esperanza y al Contrato de Compra de Cosa Esperada.

Dentro de los Contratos de Garantía; al Contrato de Fianza, al Contrato de Prenda y al Contrato de Hipoteca. Y en reglón aparte, e individualmente considerados; al Contrato de Mandato y a la Transacción.

Dentro de la clasificación Técnica, que de los contratos existe; atendiendo a nuestra Legislación positiva encontramos que en el título Décimo, parte Segunda, Libro IV, de nuestro Código Civil Vigente, y bajo el rubro de "Del Contrato de Prestación de Servicios" que regulan los Artículos del 2,605 al 2,669 aparece reglamentado el Contrato de Prestación de Servicios -- Profesionales. En el Capítulo Segundo, del Título citado (Artículos 2,606 al 2,615) se encuentran señalados dentro de este apartado, las generalidades del Contrato a que nos hemos referido.

Bastenos para concluir el presente capítulo en apuntar un concepto del Contrato de Prestaciones de Servicios Profesionales y connotarlo en forma general.

El Maestro Lozano Noriega (28), elabora una definición del repetido Contrato, que por considerarla muy completa la transcribimos en seguida. "Es un Contrato por virtud del cual, una de las partes llamado Profesionista mediante una remuneración que toma el nombre de honorario, se obliga a desempeñar en beneficio de otra a la que podríamos llamar Cliente, ciertos trabajos que requieren una preparación técnica y en ocasiones un Título Profesional para su ejercicio", concepto que como lo explica el citado autor no los proporciona el Código pero que se desprende de los Artículos que hablan, de los honorarios que debe cobrar el profesionista, (Artículo 2,607) y en relación al Artículo 2,608 que habla de la capacidad.

Clasificación del Contrato motivo de nuestro estudio "Es bilateral el Contrato o Sinalagmático, porque se producen obligaciones recíprocas para las partes: para el Profesionista, la obligación de prestar los servicios, de desempeñar los trabajos encomendados; para el Cliente la obligación de pagar por esos servicios una remuneración, que toma el nombre de honorarios" (29).

(28) Opus Cit. Pág.302

(29) Opus Cit. Pág.302

El Contrato es oneroso "porque del Contrato derivan provechosos y gravámenes recíprocos: para el Profesionista el provecho es la remuneración que cobra y el gravamen, es el trabajo que esta obligado a prestar, para el Cliente el provecho es la utilidad que le presta el Profesionista con su trabajo y el gravamen es el pago que debe hacer por los servicios prestados" (30).

El Contrato es Consensual "Lo es, porque la Ley no exige ninguna formalidad especial; el Contrato vale, se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades y ni siquiera como requisito de validez, nuestro Código Civil establece alguna formalidad. Naturalmente que el Contrato, por regla general se otorga en forma escrita pero esto unicamente como un medio de prueba esto no trasciende, no tiene eficacia alguna respecto de la validez o respecto del perfeccionamiento del Contrato" (30).

También es principal" "Lo es, porque tiene una vida independiente; no requiere de ninguna obligación, de ningún Contrato preexistente para que pueda existir; es un Contrato que tiene propia fisonomía jurídica" (30).

Es en razón del concepto enunciado al principio de este apartado, un Contrato Intuitu Personae, lo es porque desempeña un papel importantísimo la identidad misma de las partes que celebran el Contrato, principalmente la del Pro

fesionista; por los conocimientos, por su capacitación Técnica, por su solvencia, su actividad, etc. Estas son las cualidades que se han tomado en cuenta para encomendar la ejecución de determinados trabajos o servicios dentro de su especialidad, dentro de su profesión.

Con las notas y conceptos apuntados, concluimos este Capítulo, estudiando en el posterior, la profesión misma, la responsabilidad profesional, y el deber profesional del Abogado.

C A P I T U L O I I I

Estudiados los antecedentes Romanistas, de la prestación de servicios y ubicado en nuestro derecho positivo al Contrato de Prestación de Servicios Profesionales; intentaremos ahora ensayar un concepto de profesión "Latu Sensu" y con tal criterio podemos afirmar, que profesión es: la acción y efecto de profesar y mejor entendida como el género de trabajo habitual de una persona, el Oficio, Arte, la carrera u ocupación; podemos deducir en este sentido gramatical a la profesión como la actividad de obrar, con más o menos diligencia, eficacia y prontitud; o sea la tarea propia de una entidad o de una personal.

Determinado con más o menos precisión, lo que por este vocablo se entiende en el sentido apuntado tratemos de establecer ahora, el sentido más estricto de este término: que significa la realización más o menos continua de una actividad o una tarea, que requiere cierto grado de preparación o conocimientos sobre la misma. Ahora bien dicha actividad, puede o no estar subordinada y de no ser así, podemos hablar de profesión liberal; o sea que el criterio de subordinación es el que en este caso establece, la distinción entre profesión derivada de un Contrato de Trabajo regulada por el derecho laboral y profesión Liberal o sea la que se realiza con Independencia.

Sirvanos los conceptos anteriores, para que ligados al de profesión desde su punto de vista estricto, nos den pauta para analizar el aspecto responsabilidad de la profesión, entendida desde el ángulo que nos preocupa, o sea el concepto estricto del término.

Debemos en principio dar un concepto general de responsabilidad y así encontramos, que el término responsabilidad encuentre su origen en la voz latina "Respondere" que significa estar obligado, esta concepción puede agrupar cualquier tipo de responsabilidad; pero nuestro interés que debe ser fundamentalmente jurídico, nos hace recurrir al examen de la responsabilidad precisamente en este aspecto; no sin antes, fijar doctrinalmente su sentido, afirmando que responsabilidad es, el tramo obligacional que nace con el incumplimiento de la obligación, fundamentalmente pues, el término responsabilidad va íntimamente ligado con el de incumplimiento de una obligación, lo que sobreentiende es el enfrentamiento de dos o más entidades y el surgimiento de un conflicto que nace precisamente por una acción u omisión que trae aparejado un incumplimiento que hace surgir la responsabilidad.

Comunmente se hace aparecer el concepto que nos ocupa, como la conducta estricta de cumplimiento o de obrar con estricto apego a normas o a principios; esta idea no es acorde o no coincide con el verdadero sentido de este tér-

mino, aún cuando usualmente así se emplea; no obstante, y sin pretender desvirtuar esta idea generalizada, que además es bastante objetiva y clara; en el mundo de lo jurídico la responsabilidad nace de la idea de obligación y su incumplimiento.

Analizaremos ahora, los diversos ángulos jurídicos (solamente algunos de ellos) desde donde puede ser considerada la responsabilidad.

Sería quizá inagotable, el señalar todos aquellos aspectos donde la responsabilidad interviene; trataremos brevemente algunos tipos de responsabilidad, para dar en este Capítulo una idea más resaltada de este concepto. Así podemos hablar de la responsabilidad administrativa, como aquella que nace de violaciones a normas o reglas que tiene este carácter. O como prefiere definirla, Serra Rojas (31) "Aquella que esta relacionada con las faltas cometidas por el empleado en ejercicio de sus funciones".

Nos sigue diciendo el aludido autor, que: "No debe confundirse el poder disciplinario con el derecho Penal Administrativo aunque los dos tengan como carácter el de procedimientos de represión para fines sociales. El Derecho Penal se aplica a todos, el poder disciplinario solo a los funcionarios y empleados. Las sanciones del primero son más graves-

(31) Serra Rojas Andrés "Derecho Administrativo" 2a. Edición. - Porrúa. México 1961. Pág.57 y Sigs.

que la del segundo. Las sanciones Penales deben estar precedidas de formulismos constitucionales, Artículo 19 y 20 de la Constitución, en cambio el poder disciplinario implica procedimientos más atenuados.

Al estudiar las consecuencias de la Autonomía del Poder disciplinario el tratadista Waline, citado por el maestro Serra Rojas, formula estas reflexiones generales que exponemos en resumen :

- a). El derecho disciplinario ignora la regla Nullum -- Crimen Sine Lege;
- b). El principio de la Retroactividad de las Leyes penales no se aplica en Derecho Disciplinario, aunque las medidas disciplinarias no se retrotraigan.
- c). La regla non, bis, in, idem, en virtud de la cual un individuo no puede ser perseguido y castigado - dos veces en razón del mismo hecho, no juega en las relaciones de la represión disciplinaria y la represión penal, mientras que ella actúe en la represión disciplinaria.

La distinción que apunta el maestro Serra Rojas, nos hace apreciar con toda claridad que aún cuando, la responsabilidad administrativa, son distintos los principios que rigen el poder disciplinario en la responsabilidad Administrativa; toda vez que, el carácter de funcionario o empleado público del infractor, la función pública que desarrolla y la representación que ostenta, son los caracteres que regulan esta distinción.

Desde luego la responsabilidad Administrativa de los funcionarios, puede verse ligada a situaciones en que exista responsabilidad civil del funcionario, o menos cabo del patrimonio del Estado, que generalmente se subsana, con el pago de daños o perjuicios por lo general el propio Estado se garantiza con las cauciones que mejor estime, el manejo de los fondos públicos; cosa que visto el estado de cosas del regimen Administrativo en que vivimos, nos percata desgraciadamente, que el sistema de sanciones instaurado para este tipo de infracciones no funciona y no tiene aplicación efectiva.

Haremos comentarios en este mismo capítulo y en distinto apartado, de la Ley respectiva y abundaremos en mayores conceptos y puntos de vista de lo aquí apenas esbozado.

Veamos ahora la responsabilidad, en el aspecto penal ligado a la función Administrativa, ocurriendo nuevamente al maestro Serra Rojas (32) para encontrarnos que: "El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales señala diversas categorías delictivas, bajo el rubro de delitos cometidos por funcionarios público, entre los que podemos señalar:

El ejercicio indebido o abandono de funciones públicas (Artículo 212 de dicho Código).

El abuso de Autoridad (Artículos 217 y 218).

El Peculado y la Concusión (Artículo 219 y 224).

(32) Opus. Cit. Pág.274 y sig.

La responsabilidad se agrava por la calidad del funcionario en el caso de los artículos 129 y 211 en los delitos: revelación de secretos y el espionaje.

La Ley de Responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación, a que alude el Artículo 111 Constitucional, hace una enumeración de los delitos y faltas oficiales, precisando delitos, su penalidad y el procedimiento penal adecuado".

De este último ordenamiento anotado, haremos estudio por separado con posterioridad.

Por lo expuesto en las líneas que anteceden, vislumbremos claramente los aspectos de responsabilidad que tiene la función pública o la responsabilidad Administrativa (Poder disciplinario, Penal y Civil), lo que nos permite abundar sobre el tema citado ahora al maestro Fraga (33) que en su obra alude a este tópico en la forma que transcribimos a continuación: "La responsabilidad puede contraerse respecto de terceros o respecto de la Administración de la que forma parte. La responsabilidad Civil tiene lugar en los casos en que la falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas al titular del cargo produce un menoscabo en el patrimonio del Estado.

La fuente de esta responsabilidad esta en la Ley puesto

(33) Fraga Gabino "Derecho Administrativo" 10a. Edición.
Editorial Porrúa. México 1963.

que la relación de servicio constituye como hemos repetido una situación legal.

La responsabilidad Civil tiene, de acuerdo con nuestra Legislación como principal dominio en que se aplica, el de las faltas cometidas por empleados con manejo de fondos. Es para estos empleados un requisito previo al principio del desempeño de sus funciones, el otorgamiento de fianzas que garanticen su manejo. Cuando surge la responsabilidad Civil una vez que ella se constituye por resolución Administrativa, se procede hacer efectiva la indemnización correspondiente, directamente sobre los bienes del responsable o sobre la fianza que garantice su manejo.

Fuera de estos casos de responsabilidad Civil tiene una aplicación restringida, pues aparte de que, por razones mismas de la organización Administrativa la intervención de varios funcionarios o empleados en un acto perjudicial, hace difícil la imputación de dicha responsabilidad; con mas frecuencia se emplea el poder disciplinario para sancionar las faltas de los servidores públicos.

La responsabilidad penal de los funcionarios o empleados tiene lugar por delitos que solo con esa calidad se pueden cometer, o bien por actos en que se considera como una agravante la circunstancia de que su autor desempeño una función pública.

Por último la Constitución en el Artículo 111, prevee la expedición por el Congreso Federal de una Ley sobre responsabilidad de todos los funcionarios, y empleados de la Federación, estableciendo que se determinaran como faltas oficiales. Todos los actos u omisiones que puedan resultar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, aunque hasta la fecha de la Constitución no hayan tenido carácter delictuoso. Estos delitos, dice el precepto, serán siempre juzgados por un jurado popular en los términos que para los delitos de imprenta establece el artículo Segundo.

La Responsabilidad Administrativa tiene con motivo de cualquier falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones, pudiendo ser concomitante con la responsabilidad Civil y la Penal de que antes hemos hablado.

Esa responsabilidad puede en unos casos traer como consecuencia la terminación de los efectos de nombramiento. En otros casos dicha responsabilidad no trasciende fuera de la Administración; la falta que la origina se denomina falta disciplinaria, la sanción que amerita es también una pena disciplinaria y la autoridad que la impone es la jerárquica superior al empleado que a cometido la falta".

Los autores que hemos citado (Serra Rojas y Gabino Fraga) coinciden en esencia en las características de los diversos tipos de responsabilidad estudiadas en el aspecto, Admi-

nistrativo, y sus reflexiones nos hacen detenernos un poco en este tipo de responsabilidad.

Atendiendo a otro autor y gran estudioso del Derecho Constitucional el maestro Felipe Tena Ramírez (34), y para examinar la responsabilidad de los funcionarios públicos; el referido tratadista sostiene: "En Tesis general, la Constitución - considera responsables de toda clase de delitos y faltas a los funcionarios públicos, incluyendolos así en el principio de la igualdad ante la Ley. No obstante, la Constitución a querido que durante el tiempo que desempeñan sus funciones, algunos de esos funcionarios no pueden ser perseguidos por los actos punibles que cometieren, a menos de que previamente lo autorice la correspondiente Cámara de la Unión. De este modo el sistema que nos proponemos estudiar no erige la impunidad de los funcionarios, sino solo su inmunidad, recibe el nombre de Fuero, invocando así aquellos antiguos privilegios que tenían las personas para hacer juzgados por Tribunales de su clase y no por la justicia común. Esta fué la acepción con la que la Institución de los fueros, penetró en nuestro Derecho Patrio- como herencia de la Legislación Colonial y que se externo en la jurisdicción de los Tribunales especiales por razón del Fuero.

..... El Fuero Constitucional no tiene por objeto instituir un privilegio en favor del funcionario, lo que sería contrario a la igualdad del Régimen Democrático, sino proteger a la función de los amagos del poder o de la fuerza".

(34) Tena Ramírez Felipe. "Derecho Constitucional Mexicano".- Editorial Porrúa. 5a. Edición. Méx. 1961.

La afirmación; esta última, del maestro Tena Ramírez es doctrinalmente justificada, pero el sentido interpretativo general y la práctica cotidiana hacen patente la existencia de un verdadero privilegio de clase (Altos funcionarios de la Federación) que escudándose en la garantía del Fuero hacen de este un repetido privilegio el que usan inclusive, para la comisión de actos arbitrarios o el goce de ciertas canonjías que se otorgan, pensando precisamente en el Fuero, como un mero privilegio que esta aunado a la calidad de funcionario que detentan y no a la función misma.

Pero realmente nuestro estudio, pretende tener carácter de ser y no de deber ser por lo que debemos apegarnos al criterio legalista y no a consideraciones idealistas o de corrección de errores de hecho, dentro de lo que repetimos es un trabajo de Derecho.

"La privación del Fuero, nos sigue diciendo Tena, a fin de que reaflore sin cortapisas la responsabilidad del funcionario es lo que constituye el Desafuero. Nada más que respecto al órgano que lo pronuncia, al procedimiento para llevarlo a cabo y las consecuencias que entraña el Desafuero se produce de modo diverso según se trate de delitos comunes o de delitos oficiales.

El Desafuero en caso de delitos comunes, trata el artículo 109 Constitucional, es competente para ello la Cámara de

Diputados, erigida en gran jurado, denominación impropia esta última, como lo ha observado Herrera Lasso, pues según veremos la Cámara no juzga.

La decisión consiste en declarar (por mayoría absoluta de votos del número total de miembros que la forman). Si ha o no lugar a proceder contra el acusado. La mayoría absoluta se justifica por tratarse de una disyuntiva; pero el Cómputo sobre el número total de integrantes de la Cámara y no solamente sobre el número de los presentes es una innovación inadmisibles e inexplicable de la Constitución de 1917..... que produce en este caso la siguiente consecuencia: La suerte de los funcionarios no se decide por la voluntad real de la Cámara expresada por el voto de los presentes sino por la voluntad presunta de la misma completada con los votos de los ausentes..

Si la resolución de la Cámara es en sentido negativo, el funcionario conserva el fuero y con él, mientras no expire la vigencia de la función, la prerrogativa de no ser enjuiciado. Si la resolución es en el sentido de que ha lugar a proceder, el funcionario queda separado de su encargo (lo que trae consigo la suspensión del fuero, que es acompañante de la función) y sujeto a la jurisdicción de los tribunales comunes....."Concluimos el apartado y cuestión que nos ha venido ocupando con el contenido del Artículo 112 Constitucional que dispone lo siguiente : "La responsabilidad por delitos o faltas oficiales solo podrá exigirse durante el período en

que un funcionario ejerza su encargo y dentro de un año después".

Será interesante desde luego cuando menos un breve comentario respecto de la "Ley de Responsabilidad de funcionarios y empleados de la Federación del Distrito y Territorios Federales y de los altos funcionarios de los Estados"(35). Para finalizar el análisis de la responsabilidad Administrativa; desde luego este comentario no tiende hacer un estudio exhaustivo del mencionado ordenamiento, expedido durante el período Cardenista; sino la finalidad es otra. En nuestro concepto la referida Ley se encuentra debidamente estructurada, y su formulación; como lo expresa la Exposición de Motivos tiene como finalidad principal : Proveer los medios necesarios, para evitar la actuación criminal de los malos funcionarios.

Al analizar su contenido, vemos por ejemplo que el Artículo 18 hace una enumeración exhaustiva de los delitos oficiales, que los determina en 72 fracciones, es decir que lo que inspiró al Ejecutivo a expedir la Ley, fue el de realizar un catálogo pormenorizado de faltas oficiales, para que la conducta del funcionario tenga la rectitud y la honestidad deseada pero cual inútil fué el esfuerzo del C. Presidente de la República de la época, el estructurar la Ley que prevee hasta el exceso las faltas y delitos oficiales, a más de

(35) Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados de la Federación.

su Capítulo Procedimental y de Sanciones; Si los preceptos de la repetida Ley se violan todos los días y a todas horas y su aplicación es inoperante, es una Ley en fin practicamente y de Hecho fuera de vigencia y sin positividad.

Nos preguntamos que será la causa de esta inoperabilidad de la Ley : ¿Será quizá obsoleta? ¿Quizá nunca se violó? ¿O tal vez no conviene su aplicación?, esto último es en -- nuestra opinión la razón fundamental, de que no tenga actualidad en nuestra vida Social; ya que su estricta observancia y consecuente aplicación, hecharía por tierra la principal ambición de muchos funcionarios al ocupar el poder, que es la de enriquecerse y su actualización como norma vigente de conducta, haría perder atractivo a la función pública. No aplicarla es protegerse de que no se la aplique a quien debió hacerlo.

Es frecuente, que por los diversos medios de opinión pública se solicite su aplicación, y sería importante escucharlos, de lo contrario sucedería lo que la misma Ley prevee en su exposición de Motivos "PUEDE CONDUCIR AL PUEBLO A LA REBELDIA COMO UNICO MEDIO PARA LIBERARSE DE ELLOS (de los malos funcionarios) O BIEN PUEDE LLEVARLO A LA ABYECCION COMO RESULTADO DE UN SOMETIMIENTO IMPOTENTE SIGNO INDUDABLE DE DECADENCIA". Que lejos estamos de este último camino nos preguntamos con tristeza.

Apuntada brevemente la Responsabilidad en la esfera del Derecho Administrativo, podremos encontrar en otras ramas del Derecho, otro aspecto de la responsabilidad. Así por ejemplo en materia mercantil podemos estar en presencia de la responsabilidad de los accionistas en una Sociedad, Asociación o Corporación. A este aspecto el maestro Mantilla Molina (36), en su obra y en el apartado 513-B nos dice "La norma que establece que las personas que controlen de hecho el funcionamiento de una Sociedad, sean o no socios responderán, frente a terceros, subsidiaría, solidaría e ilimitadamente por los actos dolosos realizados a nombre de ella. "Es decir que la responsabilidad en esta materia y en este caso es imputable a todos aquéllos que tengan o no derechos corporativos, y es lógico pensar que el establecimiento de esta disposición tiene como finalidad la protección de aquellos que convienen o contratan con la Sociedad o Empresa y el provocar una Administración justa, digna y equitativa inclusive frente al estado, para que las obligaciones de orden fiscal de las Empresas este solidamente respaldada por las individualidades que la integran, y que de alguna manera participan en el manejo de -- una persona moral.

Intencionalmente y con objeto de vertir un comentario personal al respecto hemos tocado la Responsabilidad de las personas morales, queriendo referirme a la Responsabilidad Económica de las corporaciones en relación a nuestra Economía Nacional.

(36) Mantilla Molina Roberto Luis.- "Derecho Mercantil" Introducción y Conceptos fundamentales, Sociedades. 7a. Edición. Porrúa, Méx. 1964.

A tocado a nuestro tiempo y con cariz si se quiere político, hablar de la Responsabilidad que para la Economía Nacional significa la figura del inversionista, ya corporativa o individualmente considerado.

Se ha proclamado por una parte que estos sujetos de la actividad Económica, actúan en tal forma ambiciosa que frenan el desarrollo Nacional, toda vez que canalizan en provecho exclusivamente personal los dividendos, resultados, utilidades o ganancias que producen sus negocios o sus Empresas.

Se ha dicho también que la afluencia de capitales del exterior, no tiene otro propósito: que el de Lucro, sin otras miras o metas que este solo aspecto sin derrame de ningún beneficio al juego Económico Nacional.

La autoridad, atendiendo a esas consideraciones y puntos de vista, a puesto en juego la maquinaria legislativa para que por dichos medios frenar estos aspectos negativos apuntados. Aún más, los conceptos de los miembros de la Administración sean hecho oír en el sentido de terminar o cuando menos de detener esos vicios que dañan y perjudican los intereses Socio-Economicos de nuestra comunidad.

Desgraciadamente las medidas tomadas y los conceptos vertidos, en lugar de propiciar una verdadera responsabilidad en ese terreno, han creado desconfianza y temor de quienes tienen en sus manos los elementos de la producción.

Veamos nuestra realidad; el medio donde se desenvuelven estos elementos es el siguiente: una Nación subdesarrollada, un país con un elevado índice de Alfabetismo, una miseria ancestral en el campo, un medio político corrompido y una ambición del poderoso sin medida y sin conciencia.

En un país con las carencias apuntadas; no es permisible ni atinado el ahuyentar el Capital, ni frenar el desenvolvimiento de nuestra iniciativa privada, pero tampoco es de justicia que estos factores de la Economía ataquen a esta; libre arbitrariamente, sin conciencia, sin beneficio a su comunidad y con tendencias de atesoramiento personal de riqueza.

Retrotraigamos la vista en el panorama Histórico Nacional y veamos si la actuación del particular propio o extraño, a sido positiva o no en el nacimiento y desenvolvimiento del México Moderno. Indudablemente, que al mirarlo detenidamente analizarlo y juzgarlo, nos daremos cuenta que la libre Empresa, el libre juego de los factores de la Producción han sido más positivos que negativos y han estructurado y formado, muchas vertebrae de nuestro Proceso y desarrollo Económico.

Lo que ha sucedido, en nuestra modesta y respetuosa opinión es que en lugar de haber creado conciencia de seguir realizándose más en lo positivo que en lo negativo, se ha amenazado veladamente y esto ha dado por resultado, el enfrentamiento de intereses y como consecuencia funesta el deterioro Económico.

Desde luego, somos partidarios de las sanciones y medidas represivas, a quien no cumple con su responsabilidad en forma justa y equitativa, pero no sería mejor y a mayor abudamiento más efectivo, despertar incentivos responsables para crear una mayor riqueza Nacional, interrogamos.

Pero dejemos estos conceptos, que no son más que de naturaleza especulativa y un tanto alejados del aspecto jurídico, que debe ser medular en este trabajo.

Consideremos ahora, el aspecto Penal de la Responsabilidad sean desligado del ámbito corporativo y para el efecto - consultemos la documentada obra, que sobre el particular, público el maestro Rafael Matos Escobedo (37), quien citando a Jiménez Huerta y quien a su vez se apoya en el maestro Jiménez de Asúa a dicho "La publicación en la Revista Jurídica - Veracruzana (Tomo IV, número 6) de la versión taquigráfica de una conferencia sobre la "Conducta Humana" sustentada por el distinguido doctor Mariano Jiménez Huerta, como parte de un curso de Teoría General del Delito, removi6, en nuestro medio, el ya viejo problema de la responsabilidad penal de las personas colectivas, sociales o corporativas, a las que también se llama, con alguna impropiedad, morales o jurídicas.

El doctor Jiménez Huerta, con la advertencia de coincidir en opinión con su maestro el insigne penalista español -

(37) Matos Escobedo Rafael "La Responsabilidad Penal de las Personas Morales".- 1a. Edición.- Editorial Botas. - México 1956. Págs.63 y Sigs.

don Luis Jiménez de Asúa, rechaza la tesis de la responsabilidad penal de las personas sociales y la considera inadmisibile en el Derecho penal moderno, en el que, dice, tan inusitada importancia se presta al problema de la culpabilidad. Asegura Jiménez Huerta que "este movimiento científico y legislativo en pro de la responsabilidad social cayó estrepitosamente por su base, y hoy es indefensible en el campo del moderno derecho penal, construído, como ya antes dije, sobre el elemento de la culpabilidad. Y así lo reconoce de manera uniforme la interpretación judicial de todos los países".

A su vez, el doctor Jiménez de Asúa, en un Comentario al Proyecto de Código de Defensa Social del Estado de Veracruz, después de reconocer "haber tenido algunas veleidades en favor de la responsabilidad de las asociaciones", rectifica su posición original y le parece imposible hacer a éstas responsables en el orden penal. Para ello necesita eludir algunas cuestiones que, por desgracia, no carecen de interés. "Prescindiendo dice el maestro de discutir su índole (la de las asociaciones), y no quiero entablar polémica sobre si son ficciones o sobre si poseen una voluntad real, como defendió Gierke. Igualmente renuncio a emplear el fácil argumento de que no pueden ser sometidas a prisión. Mi criterio se apoya en otras bases.

La enfática afirmación de que la doctrina sobre la doctrina sobre la responsabilidad penal social ha caído estrepitosamente por su base y que esto lo reconoce la interpretación

judicial de todos los países, no está de acuerdo con la marcha de los acontecimientos en el mundo. Aún prescindiendo de las ideas sustentadas en el Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Bucarest en octubre de 1929, según la documentada y magistral información que aporta el profesor don Jaime-Masaveu, de la Universidad de Madrid y de las realizaciones legislativas llevadas a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica, desde hace tiempo, en México, y últimamente en Cuba, cuyo vigente Código de Defensa Social, redactado por el doctor José Agustín Martínez, acepta abiertamente esa responsabilidad, no se puede ignorar que en el proceso más célebre que registra la Historia y que todavía se está desarrollando en Nuremberg (Alemania), la competencia del Tribunal Internacional que juzga a los caudillos supervivientes del régimen nacional-socialista y la acusación misma se apoyan indiscutiblemente, en la teoría de la responsabilidad colectiva.

A través de los veinte procesados presentes en Nuremberg se está juzgando a la nación alemana, al régimen y a todas las corporaciones nazistas. "Estos prisioneros declaró en su requisitoria el brillante fiscal norteamericano Robert Jackson -- constituye un influencia siniestra que perdurará en el mundo -- aún mucho después de que sus cuerpos se hayan convertido en -- polvo. Son símbolos vivientes de odio raciales, de terrorismo y de violencia y del despotismo y la crueldad del poder mal empleado".

Dos responsabilidades claramente definidas destaca la justicia impuesta por la historia de las Naciones Unidas: la colectiva y la individual. Ambas están íntima e indisolublemente vinculadas. La primera no sería exigible, si a pesar de existir programas políticos totalitarios de patente ilícitud, no hubieran concurrido personas físicas a ejecutarlos por medio de actividades criminales. La segunda tampoco justificaría una competencia internacional, si hubiera obedecido solamente a impulsos personales. Ningún derecho tendrá el Tribunal integrado por norteamericanos, rusos, franceses e ingleses para juzgar y castigar delitos de homicidio, de torturas, de robo, cometidos por alemanes en territorio norteamericano o inglés, a menos de que, como en efecto aconteció, los criminales hubieran obedecido a un programa general de agresión a la comunidad internacional.

En la ejecución criminal de ese programa criminal, bien debe decirse que el pecado de todos es el pecado de uno y el pecado de uno es el de todos. "El número de prisioneros comenta un periódico estadounidense, no es muy grande; pero esta causa es para el mundo una acusación al pueblo alemán en general, por haber tolerado el ascenso de los nazis al poder y por haber apoyado al nazismo a pesar de la naturaleza malvada que mostraron sus exponentes desde el principio".

Habrá de convenir, pues, el doctor Jiménez Huerta, en que hechos históricos de universal trascendencia se alzan frente a los opositores de la doctrina de la responsabilidad

penal corporativa, cuyas argumentaciones formalistas en defensa del viejo proloquio *universitas non delinquunt* son ineficaces para detener la marcha de una justicia que va a castigar y exterminar lo mismo a las grandes comunidades de derecho público o de derecho privado que participaron en los crímenes de guerra, que a los individuos que personalmente actuaron en nombre de aquéllas.

Sin pretender alternar en ninguna polémica, tan desigual, con Jiménez de Asúa, es menester, sin embargo defender un principio que, evidentemente, ha sido adoptado en diversos Códigos mexicanos: en el Penal del Distrito y Territorios Federales (Art.11), en el Código de Defensa Social de Yucatán (Arts. 11,24 Fracc.IX y 48 a 56), en el de Puebla (Arts. 11,24 Frac. IX y 49 a 57), y finalmente en el del Estado de Veracruz que, aprobado por la Legislatura de esa Entidad, falta solamente que sea puesto en vigor.

La configuración de la responsabilidad penal corporativa en estos Códigos, que va desde la enunciación abstracta del Código del Distrito y Territorios Federales hasta las fórmulas pormenorizadas y pragmáticas de los Códigos de Defensa Social de Yucatán y de Puebla, no fué un simple alarde de novedad, sino un resultado lógico de nuestras propias necesidades sociales y de nuestros antecedentes legislativos, ya que, como veremos un poco más adelante, tiene una raíz y una motivación histórica en el Artículo 28 de la Constitución Mexicana de 1917; sin que esto quiera decir, claro está, que no tuvie-

ra en cuenta las valiosas doctrinas de Otto Von Gierke, von Listz, Aquiles Mestre, Quintiliano Saldaña y tantos otros magníficos expositores, entre los cuales no podemos eludir a Luis Jiménez Asúa y José Antón Onceca, cuyas son estas palabras de viva significación: "La defensa social puede y debe efectuarse frente a los delitos de las personas jurídicas. Estas revelan a veces en sus actos un peligro social contra el cual deben acordarse medidas asegurativas. La importancia creciente de las asociaciones en la vida moderna y la experiencia constante de ser utilizados sus medios para la comisión de delitos, aconsejan poner en manos de los Tribunales sanciones de carácter defensivo, que con mayor o menor largueza han manejado anteriormente los gobiernos para suspender o disolver las personas sociales".

Es imposible, en efecto, desentenderse del auge e importancia que han venido adquiriendo las asociaciones que invaden todos los campos de la vida social. El agrupamiento de ideas, iniciativas, esfuerzos y elementos económicos individuales en entidades colectivas, ha venido creando un poder que adquiere límites insospechados. Cuanto de bueno, útil y noble, o de perverso y perjudicial puede ejecutar el individuo, asume proporciones gigantescas en manos de las asociaciones.

No sólo no es dable asegurar que el sistema corporativo habrá de realizar siempre los fines lícitos que autorizan su erección, sino que la experiencia demuestra como lo hacen no-

tar Jiménez de Asúa y Oneca, cuan frecuente es su corruptora y nociva influencia en las costumbres y en la economía social.

Puede afirmarse que las grandes conspiraciones contra la economía pública no son obra de individuos aislados, sino de vastas y complejas organizaciones corporativas que se consideran obligadas a no someterse a más normas éticas que aquellas que las conducen a acrecentar sus capitales y los dividendos entre sus asociados, quienes creyéndose libres de remordimiento inmediato y del temor a un castigo legal, cobran pingues ganancias, a cambio de prestar sus nombres o su cooperación económica expresa o anónima, en una empresa de expoliación en mascarada de la riqueza pública.

Los grandes trusts, los monopolios, muchas sociedades anónimas manejadas impunemente desde la sombra por grupos de desconocidos acaparadores de acciones, muchos sindicatos obreros o patronales, muchas sociedades que se denominan culturales o cívicas, muchas instituciones que se dicen consagradas a adquirir terrenos y construir y vender casas baratas para la gente pobre, son otros tantos instrumentos de actividad plural que lo mismo pueden emplear sus elementos para el bien y el servicio de la sociedad, que para la ominosa explotación de la fe humana.

La Constitución Mexicana, en su Art.28, determina que: -
"La Ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán-

con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o en pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación de cualquiera manera que se haga de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de algún otro servicio para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social".

Ahora bien, el acaparamiento en gran escala de los artículos de primera necesidad y todas esas combinaciones y esos acuerdos tendientes a obligar al público a pagar mayores precios de los debidos en cualquiera rama del comercio o de los servicios públicos no serían reprimidos eficazmente, si se atendiera sólo a los individuos y se respetara y dejara en pie a las organizaciones.

Con estos antecedentes y estas consideraciones, los instrumentos jurídicos mexicanos de defensa social no debían ignorar y no ignoraron la responsabilidad penal de las personas colectivas que, creadas y autorizadas para fines útiles y lícitos, son capaces, sin embargo, de emplear, y de hecho em-

plean, los elementos recolectados entre sus asociados para realizar actos que, no por ampararse bajo una razón social, son menos perjudiciales ni delictuosos que los que efectuara un individuo aislado".

Podemos concluir total y definitivamente con el autor precitado que la Responsabilidad de las Asociaciones, corporaciones o personas morales, es desde luego un tipo de Responsabilidad dentro de lo Penal, que efectivamente existe y debe ser reglamentada, prevenida y sancionada.

Pero dejemos el aspecto penal para dedicarnos al estudio de la Responsabilidad en su aspecto Civil, desde luego tratada como hasta aquí lo hemos venido haciendo, en mera forma ejemplificativa y explicativa del principal concepto que es el que nos ocupa o sea el de Responsabilidad y para ahondar fundamentalmente en el aspecto Responsabilidad Profesional.

Expuesto este criterio, principiaremos hablar de Responsabilidad Civil como lo empiezan haciendo en forma general Ripert y Boulanger (38), y así; al referirse al numeral correspondiente del Código Civil Frances (Art. 1,382), nos dicen : "Todo hecho del hombre que causa daño a otro obliga a aquél por cuya culpa se ha producido a repararlo" y viene en seguida su explicación "La obligación de reparación es una obligación legal que nace de la falta cometida. La responsabilidad

(38) Ripert Georges y "Tratado de Derecho Civil" según el Tratado de Planiol, Tomo V.- Obligaciones.-2a. Parte.- Ediciones la Ley. Buenos Aires, Argentina.- Traducción Delia García.- Día Reaux
Págs.11 y Sigs.

del autor de la falta se llama civil por oposición a la responsabilidad penal y porque el derecho civil no la considera sino desde el punto de vista de Reparación. La disposición legal que impone la reparación del daño implica la existencia de una regla general que prescribe a todo hombre no cometer falta. En la imposibilidad que se encuentra el legislador de determinar el carácter regular de la actividad o de enumerar las faltas, ha adoptado el partido de dejar que el Juez compruebe la falta y ordene su reparación".

Esta sencilla explicación y el estudio de las consecuencias que en el campo del derecho producen para la responsabilidad Civil, se comprende clara y perfectamente su contenido, que desde luego forma el antecedente de nuestro Derecho positivo; legislación, la nuestra que inspirada en esos principios generales es la misma y a la que más adelante nos habremos de referir.

La vieja diferencia entre la Responsabilidad subjetiva y Objetiva es tratada por estos actores en la forma siguiente.

Planteo del problema.- Para establecer una regla general de responsabilidad civil es necesario tomar partido sobre el fundamento de la obligación de reparación. No podría imponerse a una persona la obligación de reparar todos los daños que puedan resultar para los demás de los actos que ella realiza. Aunque no fuese sino por su gran talento o la mayor habilidad en el ejercicio de las actividades más correc-

tas, una persona resulta causante de un perjuicio para quienes están en competencia con ella. El legislador se encuentra, pues, en la necesidad de establecer una discriminación entre los actos. Si la hace tomando en consideración el valor moral y social del acto realizado, la responsabilidad es llamada subjetiva. El juez debe, en efecto, para determinar la, analizar la conducta del autor del acto: el que incurra en culpa será condenado a la reparación. Si, por lo contrario, el juez busca solamente la persona capaz de asegurar la reparación y la condena por el solo hecho de que el daño ha sobrevenido bajo ciertas condiciones, sin que haya lugar a apreciar su conducta la responsabilidad es llamada objetiva; se condenará al que ha creado el riesgo.

Estas expresiones no son muy claras : la de la responsabilidad objetiva ha sido creada por oposición a la de la responsabilidad subjetiva y no es afortunada; pero han sido consagradas por el uso. Se opone la teoría de la culpa a la teoría del riesgo y, frecuentemente también se fuerza la oposición, cuando una opinión más matizada permitiría atenuarla (Ver E. Gaudement, Op. cit., Rev. trimestrielle, 1927, p.893).

Es interesante para esta breve referencia bibliográfica, el analizar lo que se estudió por los tratadistas apuntados, con el Título de fundamento Moral de la Responsabilidad (39).

"La aplicación del Art. 1,382 supone un cierto concepto de la conducta de la vida. La regla jurídica se encuentra dominada por la regla moral que prohíbe hacer daño a los demás (neminem loedere) y da sanción al precepto (G. Ripert, La regle morale, núm.112). La cosa es evidente cuando se trata de un daño causado voluntariamente: la intención de perjudicar es culpable. Eso es también cierto cuando una persona obra ilegalmente, pues la inobservancia de la Ley es siempre un acto culpable. Pero hay transgresión de una regla moral, aún cuando el acto sólo constituyó una torpeza o una negligencia; nadie tiene derecho a obrar con imprudencia o ligereza, sin preocuparse por las consecuencias de sus actos. El acto torpe constituye una falta lo mismo que el acto ilícito. Lo que puede decirse es que no se deben, en ese caso, exagerar las cualidades de habilidad y de previsión exigidas a los hombres, para discernir faltas que no existen.

Debe observarse, sin embargo, que la regla moral no es sancionada por la Ley civil más que en el interés social. El derecho sólo interviene cuando el orden es alterado por el acto culpable. El derecho civil no se ocupa de las culpas cuando causan daños, y en la medida que los causan (Comp. Savatier, Des effets et de la sanction du devoir moral, tesis, Poitiers, 1916. Ver sobre la responsabilidad moral; Fauconnet, La responsabilité, tesis de letras, París, 1920).

No existe por lo tanto una diferencia de naturaleza entre la culpa civil y la culpa penal, sino solamente diferencias de orden técnico. Eso explica que muy frecuentemente un mismo hecho constituya a la vez que un delito penal un delito civil (núm 896). Pero, en la represión de las faltas la Ley Civil y la Ley Penal tienen finalidades diferentes. El derecho penal, que se propone el castigo del culpable y la prevención del delito, tiende a la individualización de la pena; la mide por la culpabilidad. El derecho civil, que se propone la reparación del daño, mide la extensión de la reparación no por la gravedad de la falta, sino por la extensión del perjuicio. Esta última solución no es muy lógica y se podría sostener que la reparación debe depender del grado de culpabilidad. Si esta idea no ha triunfado, se debe a que es relativamente reciente en derecho penal. Esta oposición entre la represión de la falta penal y la falta civil, se traduce en la dualidad de acciones, acción pública y acción civil, que son susceptibles de nacer del mismo hecho culpable.

Con objeto de centrar perfectamente este estudio en su tema principal por lo que a prestación de servicios se refiere, (contrato) analizemos La Responsabilidad contractual contemplada con el criterio y pensamiento de Riperty Boulanger (40).

Prueba de la Culpa.- La opinión corriente establece desde el punto de vista de la prueba, una distinción entre-

(40) Opus. Cit.

la culpa contractual y la culpa delictual y, para la mayoría de los autores, esa diferencia constituye el punto esencial de la teoría. En materia de contratos, la culpa sería presumida; el acreedor no tiene que probar nada, fuera del contrato del cual ha nacido su crédito; una vez presentada esa prueba se presume la culpa del deudor, por el solo hecho de que la obligación no ha sido cumplida o lo ha sido de una manera insuficiente. En materia de delitos o de cuasidelitos, la culpa no se presume; la persona que ha sufrido un daño por culpa de otro no obtendrá la reparación más que a condición de suministrar la prueba de la culpa.

No hay en realidad razón alguna para tratar de una manera tan diferente a dos deudores que se pueden suponer sujetos a obligaciones similares por su objeto, uno en virtud de la Ley y el otro en virtud en un convenio. La diferencia resiede enteramente en la naturaleza del objeto de las obligaciones. Cuando el deudor está sujeto a una obligación positiva de dar o de hacer, el acreedor tiene derecho a obtener su cumplimiento desde que prueba la existencia de su crédito; hecha esa prueba, el deudor debe ser condenado, a menos que acredite la existencia de un hecho liberatorio por aplicación de la máxima : "Reus in excipiendo fit actor". Tenemos ahí el juego normal de las reglas de la prueba, y no hay en ello ninguna presunción de culpa (núm. 788, t. IV).

Cuando el deudor está sujeto a una obligación negativa, el acreedor no tiene nada que reclamarle, mientras no quede establecido el hecho de la contravención de la obligación. Por eso la carga de la prueba pesa ahora sobre el acreedor : la prueba del acto de contravención es la condición necesaria de toda condena en contra del deudor. La diferencia que se señala entre esas dos categorías de obligaciones existe por lo tanto realmente; pero es un error establecerla según la naturaleza contractual o legal de las obligaciones: obedece a la naturaleza positiva o negativa de su objeto.

Resta señalar que en la responsabilidad contractual la situación del demandante es singularmente más favorable todas las veces que basta establecer el incumplimiento del deudor de una obligación precisa. La prueba de la culpa es facilitada en gran parte por el carácter de la obligación que ha sido violada".

Analizemos ahora, el criterio que expone Rojina Villegas (41), para analizar la responsabilidad Objetiva y a este respecto nos podremos detener a examinar en su obra, el concepto de responsabilidad Objetiva y los elementos de la misma; que son los siguientes :

"La responsabilidad Objetiva o teoría del riesgo creado, es una fuente de obligaciones reconocida en algunos códigos-

(41) Rojina Villegas Rafael "Compendio de Derecho Civil". Teoría General de las Obligaciones. Tomo III Editorial Robredo, 1962.

de este siglo, por virtud de la cual, aquel que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aún cuando haya procedido lícitamente. Este principio que existe en el Código ruso y que ha inspirado a nuestro Artículo 1913 del Código Civil, encierra una fuente de obligaciones distinta de la responsabilidad por culpa o dolo. En el caso de la responsabilidad objetiva, se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar un daño, obligan al que se sirve de ellas, que puede ser el propietario, el usufructuario, el arrendatario, o el usuario en general, a reparar el daño causado.

Los elementos que podemos precisar en esta nueva fuente, producto principalmente del maquinismo y de la industria moderna, son los siguientes :

- 1.- El uso de cosas peligrosas,
- 2.- La existencia de un daño de carácter patrimonial,
- 3.- La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

Tomando en cuenta que exclusivamente se parte de esta relación causal entre el hecho, o sea el uso de cosas peligrosas, y el daño producido, se le ha llamado teoría de la responsabilidad objetiva, para distinguirla de la responsabilidad subjetiva, en la cual se parte de un elemento estrictamente -

personal, o sea, la negligencia, la culpa o el dolo. En cambio, en la teoría de la responsabilidad objetiva, se prescinde de este elemento interno o subjetivo, para tomar en cuenta sólo un conjunto de datos de carácter objetivo, consistentes en el uso de cosas peligrosas, en el hecho de que causan un daño de carácter patrimonial y en la relación de causa efecto entre el hecho y el daño. Analizaremos los tres elementos mencionados para precisar su alcance.

"A la teoría de la responsabilidad objetiva se le ha dado el nombre de teoría de la responsabilidad por el riesgo - creado (que fué propuesto con éxito por Ripert), cuando reviste la modalidad de que el daño se origine por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas que han hecho nacer un riesgo para los demás. Conforme a esta teoría toda actividad que crea un riesgo para los demás hace responsable al agente de los daños que cause, sin necesidad de que se investigue si hubo o no culpa de su parte. El hombre que por su actividad puede procurarse algún provecho, es justo que repare el daño que ocasione esa actividad. Ubi emolumentum ibi onus, decían los Romanos. A los provechos deben corresponder las pérdidas. La responsabilidad por el riesgo creado es la contrapartida del provecho que produce el empleo de cosas peligrosas. El empleo de estas cosas por sí mismo, no puede constituir una culpa, nada hay de reprochable en él; pero siempre crea un riesgo que, cuan-

do origina daños sirve de fundamente a la responsabilidad.

La responsabilidad por el riesgo creado tiene un doble fundamento : el económico, conforme al principio que las ganancias y las pérdidas deben corresponderse; el social, por aplicación del principio de solidaridad en el reparto de las pérdidas.

En la teoría del riesgo creado se exige para que nazca la responsabilidad : 1º el uso de una cosa peligrosa o el ejercicio de actividades reputadas por la Ley como peligrosas. 2º La realización de un daño. 3º Una relación de causa a efecto entre la cosa o actividad peligrosas y el daño causado. No se toma en cuenta en esta teoría el elemento subjetivo de la culpa imputable al agente". (Francisco H. Ruíz, Revista citada, págs. 456 - 466)".

Después de esta oportuna referencia bibliográfica recurriremos, para determinar con toda exactitud el concepto que nos ha venido ocupando; al referirnos también a la obra de -- Borja Soriano (42), que en su multicitada obra nos da los diversos tipos de responsabilidad y el dominio de aplicación del tantas veces aludido concepto, en materia civil.

"Noción de la responsabilidad.- La responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de indem-

(42) Borja Soriano Manuel "Teoría General de las Obligaciones". - 1er.Tomo.- 5a.Edición, Porrúa, Méx.

do origina daños sirve de fundamento a la responsabilidad.

La responsabilidad por el riesgo creado tiene un doble fundamento : el económico, conforme al principio que las ganancias y las pérdidas deben corresponderse; el social, por aplicación del principio de solidaridad en el reparto de las pérdidas.

En la teoría del riesgo creado se exige para que nazca la responsabilidad : 1º el uso de una cosa peligrosa o el ejercicio de actividades reputadas por la Ley como peligrosas. 2º La realización de un daño. 3º Una relación de causa a efecto entre la cosa o actividad peligrosas y el daño causado. No se toma en cuenta en esta teoría el elemento subjetivo de la culpa imputable al agente". (Francisco H. Ruíz, Revista citada, págs. 456 - 466)".

Después de esta oportuna referencia bibliográfica recurriremos, para determinar con toda exactitud el concepto que nos ha venido ocupando; al referirnos también a la obra de -- Borja Soriano (42), que en su multicitada obra nos da los diversos tipos de responsabilidad y el dominio de aplicación del tantas veces aludido concepto, en materia civil.

"Noción de la responsabilidad.- La responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de indem-

(42) Borja Soriano Manuel "Teoría General de las Obligaciones". - 1er.Tomo.- 5a.Edición, Porrúa, Méx.

nizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado (véase Colín y Capitant, t.11, núm.175; H. y L. Mazeaud, Op.cit., t.Im núm. 3; Arts. 1458, 1459 y 1463 del Código de 1884 y 1910 y 2104 del Código de 1928).

La responsabilidad extra-contractual.- En el tomo primero de este libro, segunda parte, títulos segundo a sexto, hemos visto que, los hechos jurídicos de que tratan esos títulos (a saber: el enriquecimiento ilegítimo, comprendiéndose en éste el pago de lo indebido, la gestión de negocios, los hechos ilícitos y el riesgo creado) producen la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Todos éstos son casos de responsabilidad extra-contractual.

La responsabilidad contractual.- Ahora vamos a estudiar esta responsabilidad, a la cual se refieren los preceptos siguientes. Código de 1884. "Artículo 1458. Son causas de responsabilidad civil; 1, la falta de cumplimiento de un contrato...." "Artículo 1459. El contratante que falte al cumplimiento del contrato, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause el otro contratante...." "Artículo 1423. El que se hubiere obligado a prestar algún hecho y dejare de prestarlo, o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios...." "Artículo 1428. El que se hubiere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuici

cios en caso de contravención...." "Artículo 1432. Es aplicable a la prestación de cosas lo dispuesto en el Artículo -- 1423 respecto de la prestación de hechos". Código de 1928. "Artículo 2104. 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...." "Artículo -- 2028. El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención...." "Artículo 2105. Establece la responsabilidad en las obligaciones de dar que tengan plazo fijo y alude a las que no tuvieren plazo cierto". (Véase además el núm.989 de este tomo).

Distinción.- H. y L. Mazeaud sostienen que no hay diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidad, aunque existen diferencias accesorias (op.cit., t.I, núm.97). La diferencia principal consiste en que en los casos de responsabilidad extra-contractual un hecho jurídico produce esa responsabilidad, sin que antes de ese hecho haya un acreedor y un deudor; mientras que en el caso de responsabilidad contractual hay una obligación preexistente que se convierte en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios (Baudry-La Cantinerie et Barde, t.XII, núm. 356, Chironi, Op. cit., págs. 23-24). Ejemplo: A se obliga a dar a B una casa que vale diez mil pesos, he aquí la obligación preexistente que tiene por objeto la casa; si A falta al cumplimiento de esta obligación, ella se transforma en otra que consiste en indemnizar al ---

acreedor entregándole diez mil pesos en dinero.

En el número 682 del tomo primero de este libro, hemos visto que las dos especies de responsabilidad son objeto de distinción del código de 1884 en su artículo 1458. El código de 1928 se ocupa separadamente de las dos especies de responsabilidad: de la extra-contractual, en el título denominado "Fuentes de las obligaciones" y de la contractual, en el título que tiene por rubro "Efectos de las obligaciones", al tratar del incumplimiento de éstas. Así lo hacemos nosotros.

Dominio de aplicación.- La Responsabilidad Contractual se extiende al caso de incumplimiento de las obligaciones que tienen por fuente la declaración unilateral de la voluntad, de acuerdo con el Artículo 1859 del Código de 1928 (inspirado en el artículo 7º del Código Civil Suizo) que establece el principio de que las disposiciones legales sobre contratos son aplicables a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos.

Elementos constitutivos de la responsabilidad contractual

- 1º Un daño o perjuicio causado al acreedor por la inejecución de la obligación.
- 2º Imputable al deudor.
- 3º Mora del deudor.

(Baudry. Lacantinerie et Barde, t.XII, núm.451; Planiol, t.11. núm.225)".

C A P I T U L O I V

Auxiliados por el magnífico trabajo de A. Fernández Serrano (43) publicado por la Revista Internacional del Notariado Año 4, Abril-Junio 1952 - No. 14 editada en Buenos Aires, daremos con el Ilustre Profesor Madrileño un panorama de este último capítulo del presente trabajo; es pues la guía de su obra para el desarrollo de este tema el contenido mismo del capítulo con los modestos comentarios nuestros y la aportación y la Doctrina, así pues aprovechamos los conceptos del tratadista mencionado y entramos al tema no sin antes anotar que la obra está nutrida por una copiosa Bibliografía a la que se hace mención en la página 144 de la mencionada publicación.

En general, en las profesiones liberales, no se ha dado una verdadera jerarquía e importancia al Sigilo Profesional, ni ha recibido un tratamiento adecuado por la legislación, - es por eso importante el trabajo del tratadista que nos ocupa ya que estudia con verdadera acuciosidad esta institución, desde su área conceptual, pasando por la doctrinal y desembocando en el Derecho Positivo.

(43) Fernández Serrano A. "Revista Internacional del Notariado, Año 4 No. 14 Abril-Junio, 1952 Buenos Aires.

I.- INTRODUCCION.

1.- EL SECRETO NATURAL COMO DEBER. CONCEPTO.

Como secreto entendemos lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, y también: reserva, sigilo, escondido; que no se manifiesta exteriormente. Equivale asimismo a confidencia- o manifestación reservada hecha a una persona, bajo el signo de la confianza, de que no la revelará, de que "guardará el secreto", sin referirselo a otra.

"Los moralistas distinguen: el secreto de confesión o declaración del pecador ante el tribunal de la penitencia; el secreto "comiso" o sea la confidencia hecha bajo promesa de silencio; el secreto "promiso" que el confidente garantiza después de haberle sido revelado; y el secreto natural, cuya reserva debe mantenerse por caridad y aún por justicia, si su divulgación puede producir a alguien, ya en su persona o fama, ya en sus bienes."

El secreto, pues, radica en la confianza, y los atentados al secreto suponen un mal uso de ella; un "abuso de confianza". La violación del secreto es siempre un pecado de infidencia -- pues a la confianza debe corresponderse con la lealtad.

"Cuando estas infracciones a los deberes de fidelidad se realizan con "animus nocendi", pueden convertirse en acciones jurídicas punibles, como atentatorias al "alterum non laedere", - que es uno de los postulados supremos de la justicia."

La Ley Penal sanciona la simple revelación del secreto.

2.- EL SECRETO PROFESIONAL.

Al lado de este deber de lealtad, de carácter general, - fundado en aquel principio supremo del Derecho, de no hacer - daño a otro, existe el mas específico que imponen determinadas misiones o funciones de confianza. Este deber de guardar el secreto que se confía a otro por razón de la misión o profesión que se le encomienda o ejerce, es el secreto profesional.

Los Administradores, criados o dependientes, los empleados y obreros, vienen obligados, en el cumplimiento de sus respectivas misiones, a guardar secreto sobre aquello que sepan por razón de su especial cometido y cuya divulgación pudiera causar perjuicio a quien le confió el servicio. Los funcionarios públicos vienen de igual modo obligados al secreto por lo que con tal carácter superaran a causa o con motivo del ejercicio de su cargo.

La Ley Penal establece sanciones para unos y otros, cuando, con olvido las obligaciones que les están impuestas, violen los secretos que les fueron confiados.

En cuanto a las profesiones liberales, el deber del secreto es inherente a la naturaleza de los servicios de confianza que prestan, y, por ello tradicionalmente, viene manteniéndose entre sus miembros este sagrado deber.

Con referencia a los médicos, dice un ilustre doctor español: "En algunas antiguas corporaciones, como en las viejas-

facultades Francesas, se imponía esa obligación como juramento; era el juramento de Hipócrates actualizado; el facultativo tenía que guardar el secreto confiado a sus oídos, sorprendido con sus ojos y hasta adivinando con su inteligencia : (Aegrorum arcana visa, audita, intellecta nomo eliminat)".

En cuanto al secreto profesional de los abogados, que es el objeto principal del presente estudio, tiene una larga tradición, y de el vamos a tratar con la debida amplitud.

II. ESTUDIO DOCTRINAL DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO.

1.- FUNDAMENTO.

Hace referencia al ineludible deber que tiene de guardar el secreto de las confidencias que reciba de sus clientes por razón de su oficio, bajo la confianza que les inspira y con el fin de que pueda mejor aconsejarles y defenderles. El secreto profesional obliga sin necesidad de previo acuerdo o declaración con el Cliente. Cuanto haga referencia al mencionado deber, es de igual modo aplicable a los procuradores en lo atinente a su especial misión.

"Sin la confidencia, amplia y sin reservas, del cliente al abogado, no hay posibilidad de una defensa eficiente, y la confidencia, para que se produzca ha de estar amparada y garantizada por la inviolabilidad del secreto profesional. Solo bajo esta condición el cliente no tendrá temor alguno de diri

girse al abogado. Es, por tanto, el deber del secreto profesional y su inviolabilidad, esencial al derecho de defensa y una secuela del mismo."

"El abogado es "hombre de confiancias". Amparados, no solo en su ciencia, sino también en su probidad y en "su secreto", acuden a él, confiadamente, los que necesitan de su consejo y de su patrocinio: a él le abrirán sus clientes las -- puertas de sus almas, seguros de que nada, ni nadie, le hará-revelar los secretos que se le confíen; así podrá penetrar en lo más íntimo de las conciencias de aquellos para aconsejar-- les, según los dictados de la recta razón y de la justicia. Los secretos del honor, de los que depende a veces la tranqui- lidad de las familias, le serán revelados sin temor; aquellas confiancias en las que juegan, no solo los intereses, sino - la honra y la libertad e incluso la vida, le serán hechas sin reservas. Conocerá así, el abogado, los errores y a veces los horrores de los hombres, sus pasiones íntimas, los motivos -- tentadores, las flaquezas del alma, los egoísmos, las concu-- piscencias, la codicia humana; y también, los callados sacri- ficios heroicos, los dolores que atenazan el alma, los efectos sinceros y, en fin, cuanto hay de abyecto y de sublime en el- alma de sus confidentes al volcar en la de él sus amarguras- y sus cuitas, sus zozobras y sus temores, seguros de sus dis- creción absoluta, en demanda de consejo, orientación y defensa."

El abogado, salvando las diferencias teleológicas, es co

mo el confesor: si este es confidente e intermediario ante el tribunal de la justicia divina, aquél lo es ante la justicia de los hombres, que aspira, en sus ansias de perfección, acercarse a aquéllas.

Por eso, tradicionalmente, en todos los pueblos y en todas las épocas, desde que fue reconocido el derecho de defensa, - que arranca del Derecho natural, el secreto profesional del abogado le fué impuesto, como uno de sus mas sagrados deberes, y se respeta siempre en la Ley, considerandolo como inviolable.

2.- NATURALEZA JURIDICA.

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 aquéllas 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 considerándolos 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 abogados y clientes, 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; lo que,

como Savatier y Bielsa, tratan de armonizar ambos factores, concluyen diciendo que el secreto profesional es relativo y debe ceder ante al "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 aún 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."

"Nuestro Cuello Calon dice que "la razón del castigo de la violación del secreto profesional del abogado es la necesidad en que se encuentra el hombre de acudir al consejo o a la obra de otros. El mantenimiento de este secreto añade -- tien por base el interés social. Su violación causa también perjuicio a los particulares, pero este perjuicio no es bastante para justificar la intervención de la Ley, pues ésta -- pena solamente lo que el interés general exige".

La posición de estos últimos nos parece la más acertada, pues recapitulando lo ya dicho, se impone afirmar: 1º) Que el secreto profesional del abogado es esencial al derecho de defensa, de carácter público, y una secuela de éste; 2º) Que aunque mediante el secreto se sirvan intereses privados, no se instituye su inviolabilidad en razón a éstos, sino para -- garantizar y hacer eficiente el ministerio de la defensa; 3º) Que en tanto el "orden público" reconozca la necesidad del --

derecho de defensa, viene obligado a imponer y mantener la -
inviolabilidad del secreto profesional, pues sin éste no es -
posible aquél. Nos encontramos, pues, en presencia de una -
institución de Derecho público extracontractual e inviolable.

3.- LA DOBLE FACETA DEL SECRETO DEL ABOGADO.

De cuanto llevamos dicho, claramente se advierte que el secreto profesional del abogado presenta dos aspectos, el de deber y el de derecho: comporta un deber, en relación con el Cliente, en cuanto afecta a su defensa, y en derecho, respecto de los jueces, en virtud del cual no puede obligarse al - abogado a revelarlo.

Si pretendemos exponer en forma sistemática la teoría - del secreto, menester será tratar con la posible amplitud de uno y otro aspecto.

PRIMERO.- El Secreto Como Deber del Abogado.

A) Es fundamental a la Defensa.

"La reserva del secreto es uno de los mas sagrados - deberes del abogado, quien viene obligado a cumplirlo, no so - lo por mandato de la Ley, sino por dictados ineludibles de - la conciencia, según lo exige la naturaleza de su delicada - misión, y conforme prometiera solemnemente al iniciar su es - pinoso camino. El mantenimiento del secreto por el Abogado - es, pues, un imperativo superior a su voluntad, y por nada, - ni por nadie, vendrá obligado a quebrantarlo, en todo lo que pueda alentar al derecho de defensa."

"La propia Ley garantiza su inviolabilidad, según luego se verá, pues el orden público exige que a todo acusado le sea permitido defenderse eficazmente, poniendo a su disposición defensores profesionales; y claro está que si éstos no cumplieran su misión lealmente, guardando el secreto de las confidencias recibidas, irían contra el fin de su noble misión, perjudicando gravemente a quienes vienen obligados a defender. El interés, pues, de la defensa en justicia, es el de guardar celosamente el secreto que, por razón de su misión, le fue confiado; y el del orden público, el de amparar y garantizar su inviolabilidad."

"La aceptación de tales conclusiones puede presentar diversos problemas y supuestos de oposición con otros deberes impuestos al abogado, y aun originar conflictos en la obligación de administrar justicia, por lo que bien vale la pena detenerse a considerarlos, para poner de manifiesto que aquellos supuestos y estos conflictos son mas aparentes que reales, situando la institución del secreto profesional en sus justos términos y armonizándola con el fin supremo de la justicia."

"B) Objeciones; Refutación.

Ante todo, interesa refutar algunas objeciones opuestas, sin sólido fundamento, por ciertos autores cuando dicen:

1º Que si la obligación de guardar el secreto es tan absoluta ni la propia defensa podría hacer uso de las confidencias, ni aun en beneficio del cliente, sin atentar contra el secreto.

Esta objeción es falsa, puesto que es lícito utilizar la confidencia en cuanto beneficie a la defensa, a la cual sirve.

2º Que el abogado no puede reclamar el importe de sus honorarios sin quebranto del secreto profesional, puesto que se vería obligado a relatar los servicios que prestó.

En este caso, entendemos que si la revelación es inocua, si puede hacerse sin causar ningún mal, el uso del secreto, - en la parte necesaria, es razonable y no debe estar impedido. Mas sim por el contrario, el relato de los servicios prestados ha de causar un daño a la defensa o un perjuicio al Cliente, deberá el abogado sacrificar sus intereses en aras del secreto.

3º Que el deber de mantener el secreto profesional puede conducir a situaciones antijurídicas, como sucedería en el caso de acudir en consulta a un abogado, solicitando su consejo para preparar mejor, mas hábilmente, un delito.

Tal supuesto carece de fundamento. El abogado sólo viene a guardar el secreto para servir a la defensa, y en el caso mencionado no jugaría ésta, y el silencio del letrado le haría incurrir en una abominable complicidad."

"C) Area del Secreto Profesional.

Según hemos dicho, al abogado se le impone, por razón del ministerio de la defensa, el secreto de la confidencia,

que debe ser guardado celosamente por él, y, en su inviolabilidad, ser amparada por la Ley, dentro de los límites que la defensa exiga."

He aquí pues, delimitada el área del secreto profesional del abogado: en todo cuanto sirva a la defensa.

Mas el secreto profesional no comprende solamente la confidencia estricta del cliente, sino que debe extenderse a todo cuanto el abogado conozca por razón de su ministerio de defensa y en cuanto pueda perjudicar a ésta.

"D) Limitaciones al Deber del Secreto.

¿Puede ser límite a la reserva del secreto el interés público? Dicho de otro modo: El deber de guardarlo, ¿Será tan absoluto que ni por nada ni por nadie podrá quebrantarse? Tengase presente, al contestar estas preguntas, que el mantenimiento del secreto no es sólo en razón a los intereses privados del cliente, sino en consideración al derecho de defensa, que es de interés público también."

Y, siendo esto así, sin contradicción ni quebranto al principio establecido, no habrá otro modo de resolver el problema que acudiendo a las soluciones que la Ley natural establece, según los dictados de la recta razón: cuando existe un conflicto entre normas de igual rango se impondrá siempre la que ampara un derecho más noble, la que protege valores mas esenciales a la comunidad, cuyo bienestar es el fin supremo de la Ley.

Noble, excelso y esencial, en orden de la colectividad, el el derecho de defensa; pero lo son mas: el derecho a la vida, el del honor y los que afectan a la defensa de la Patria, en aras de la cual se inmola la vida misma.

En su consecuencia: si por no revelar un secreto profesional alguien puede perecer; si por mantener su inviolabilidad, puede mancillarse el honor de alguien, si por callar una confidencia corre peligro la Patria, deberes mas fuertes y elevados imponen quebrantar el sigilo, y faltaría gravemente a la Ley y a la moral quien, ante tales conflictos, permaneciese en silencio y no actuase conforme a los dictados de una conciencia honrada. Pero adviertase que aquí la Ley y la moral se identifican; que no hay, que no puede haber precepto alguno escrito que regule la materia, y que la exigibilidad sólo pertenece al fuero interno, sin posibilidad de coacción externa y, por tanto, sin mengua del principio de la inviolabilidad.

"E) La Doctrina de los Moralistas.

Si en la resolución de tan delicados problemas el abogado no puede tener otro árbitro que su conciencia de "vir bonus", conveniente le será siempre, y necesario muchas veces, acudir al estudio de la Deontología o ciencia del deber, y aun buscar en la Casuística, para que, guiado por la autoridad de los moralistas, las decisiones que, adopte en los delicados problemas que se le presenten tengan las mayores garantías de acierto."

En la imposibilidad de concretar la multiplicidad de casos que al abogado puede presentarsele en orden al uso excusable o permitido del secreto, he aquí algunos de ellos tomados de autoridades indiscutibles.

- 1º "En el crimen de herejía y de lesa majestad, divina y humana, no se debe guardar el secreto".
- 2º "Cuando con revelar el secreto se excusa algún grave daño y no hay otro camino que remediarle".
- 3º "Cuando lo comunicado en secreto cede en perjuicio del honor o la vida de un particular".

En tales casos debe revelarse el secreto "si por otro medio no se puede remediar; pero el daño amenazado se ha de saber de cierto, no por conjeturas; porque aunque es verdad que la obligación de guardar el secreto procede del Derecho natural, divino y positivo, con todo, (in rigore juris naturalis et divinis), se debe revelar cuando redundando en daño universal de la República o de persona notable; y así el que, respecto de esto, revela el secreto, está lejos de obrar contra los dichos, que antes hace lo que ellos determinan, impidiendo mayor inconveniente y daño, que del callar podía resultar".

"La casuística de Salsmans: Por la indiscutible autoridad de este insigne profesor y por el valor de sus doctrinas publicadas en los momentos actuales, en medio de un mundo que se desquicia y de una relajación de los principios morales eter-

nos e inmutables, estimo oportuno destacar su opinión, de máxima autoridad, en apoyo de la delicada materia que ahora se trata"

Confirma Salsmans que la obligación de guardar escrupulosamente el secreto constituye uno de los principales deberes de los Abogados, Procuradores, Notarios, etc., y añade - que la violación del secreto profesional es una grave infracción moral contra la justicia.

Ciertas circunstancias pueden hacer mas monstruoso semejante abuso de confianza, y cita los casos : como el del abogado que comunica los secretos de su cliente al abogado de - la parte contraria; o el de aquel que divulga la deshonra de toda una familia, que él ha conocido por la consulta de un - miembro de la misma.

No considera dentro del área del secreto profesional -- aquello que el abogado no lo ha sabido en virtud de su profesión, sino por azar y como incidentalmente; si bien estima - que queda ligado en conciencia al "secreto natural" que impide perjudicar al prójimo.

Y, en orden de la limitación del deber del secreto profesional, dice que "ocurren circunstancias extraordinarias - en que la conciencia permite revelar los secretos, por lo menos a personas determinadas".

Sienta como resumen en que pueden comprenderse tales razones extraordinarias esta regla: "respecto de tu cliente cesa tu obligación de guardar el secreto en la medida en que - consienta o al menos deba consentir razonablemente el cliente". Es decir, cuando le sea menos perniciosa la revelación y evite un daño mayor.

Sin embargo advierte el sabio moralista, "evitese con cuidado todo laxismo" en materia.

Y termina diciendo que "es muy de alabar, por un sentimiento bien entendido de honor y caballerosidad, mantener sistemáticamente todo el rigor y la santidad de este secreto y resistirse (a priori) a todo uso, aunque se cuente con el -- consentimiento explícito del cliente". Y, aun en los casos, sumamente raros, en que parezca obligatorio el hablar, aconseja se ponderen primero, con suma prudencia; las circunstancias.

Aplicaciones de la Anterior Doctrina a la Actuación Judicial del Abogado. Conflicto: Veracidad y Secreto.

Se preguntan algunos autores: si al abogado le está impuesto el deber de veracidad, respecto del Juez, y del secreto de las confidencias recibidas, en razón de la defensa, ¿deberá quebrantar el secreto en aras de la verdad?, ¿deberá faltar a ésta por mantener aquél? ¿Como armonizar ambos deberes?.

Están en pugna el deber de defensa y las exigencias de la justicia es cierto; mas sólo de un modo aparente, porque aquel deber es esencial a la administración de justicia. Para que ésta se realice es preciso: una parte que accione o acuse, otra que excepcione o se defienda y un Juez o Tribunal que sentencie o juzgue.

El abogado viene obligado en las causas criminales a aceptar la defensa del reo, de no mediar causas muy justificadas, pero nunca atinentes a la culpabilidad o inocencia de éste; y en los pleitos civiles aceptada la defensa de un litigante, por considerar justa su pretensión, el abogado deberá cumplir su cometido hasta el fin. (Su mismo apartamiento de la defensa, por adquirir en el curso del pleito el convencimiento de la sinrazón de su parte, deberá hacerlo con discreción y sin causar daño a su defendido).

Pues bien, en uno y otro caso, durante su actuación, ha recibido de su cliente confidencias que le han sido hechas, amparandose en su probidad, en que cumplirá su deber de guardar el secreto, en las garantías de inviolabilidad que la Ley le presta, seguro de que no serán reveladas. ¿Como, pues, admitir que el abogado pueda quebrantar el secreto en aras de la verdad?.

Los autores a que nos estamos refiriendo agregan aún: el abogado debe servir los intereses del cliente; mas solo en el

caso de que con ello no viole las obligaciones de orden público que le impone su misión social. Y no es así, reiteramos; el abogado, al mantener su secreto, incluso frente a los jueces, no lo hace por servir los intereses privados de su cliente, sino en razón a los deberes que le impone su misión de defensa, que tiene el carácter de servicio público.

"Aunque se intentara por alguien argüir conforme al principio: "Quod quis mandato facit iudicis, dolo facere non videtur, quum habeat parere necesse", podría respondersele con el Rey Sabio que estableció tal principio de modo mas completo diciendo :

"El que faze alguna cosa por mandado del Juzgador, a quien ha de obedescer, non semeja que lo faze a mal entendimiento; porque aquel faze el daño que lo manda fazer".

Y como no puede admitirse que los jueces ordenen hacer daño, esto es, que se falte a la Ley; como ésta quiere que el abogado mantenga y guarde su secreto, aquéllos deberán abstenerse de ordenarle a éste que lo quebrante.

El abogado -dice Savatier- tiene por misión aclarar el caso al Juez, no engañarlo. Y decimos: el abogado, en las causas criminales tiene por misión defender al acusado, aunque fuese culpable; la Ley se lo manda, con el propósito de aliviar, en lo posible, la triste situación en que se encuentra, y, en los pleitos civiles, se adelanta en su juicio al del Juez, y, si consideró justas las pretensiones de su cliente, en tanto descansa en su juicio, lo defenderá.

"Indaguen, pues, los jueces, busquen la verdad, averiguen los hechos a través de todos los medios que la Ley pone en sus manos; pero respetan la profesión del abogado, como la del -- confesor, por respeto a la misma justicia. El abogado no puede ser delator; no vive obligado a servir a la justicia mas -- que a través de su defensa; y sostener otra cosa es atentatorio al derecho de ésta que es una función esencial en la administración de justicia. El día en que se obligara al abogado a revelar el secreto profesional la abogacía no tendría razón de ser, y el derecho de defensa habría quedado anulado. Por esto la Ley, según luego veremos, no sólo exime a los abogados de la obligación de declarar en juicio contra sus defendidos, sino que los sanciona penalmente cuando revelan el secreto profesional."

"Podrán, excepcionalmente, producirse situaciones delicadas en las que estén en pugna ambos deberes --el de veracidad y el de secreto-- y en las que el quebrantamiento de éste tenga cumplida justificación, en relación a la existencia de deberes mas fuertes y en evitación de males mayores; mas estas situaciones, de extrema gravedad, serían excepciones que no --quebrantarían el principio de la inviolabilidad y que, lógicamente, serían resultas conforme a los dictados de la conciencia del varón justo, título que al abogado no podrá negarsele. Fuera de estos casos y siempre que el secreto profesional se mantenga en su marco, esto es, para servir a la defensa, será inviolable, y el abogado deberá guardarlo hasta la tumba."

La Revelación Autorizada del Secreto.

Quienes consideran esta materia sólo en el área del derecho privado y no ven en ella mas que las relaciones contractuales entre abogado y cliente, concluyen afirmando que éste puede autorizar a aquél para hacer uso del secreto, relevándolo del deber de mantenerlo.

"Los que, como Bielsa y la escuela francesa, sostienen el asunto como de derecho público, llegan a la conclusión de que el abogado no puede revelar el secreto, ni aún con la autorización de su cliente."

Estos últimos aducen en apoyo de sus aserciones un argumento en pro del cliente diciendo que "el consentimiento de éste sería casi siempre forzado, por el temor de la sospecha que produciría una negativa".

Consideremos, sin embargo, que este argumento es de gran peso, y, reiterando cuanto se lleva dicho, en orden al fundamento y naturaleza del secreto profesional del abogado, podría fundadamente resolverse la cuestión así: la autorización del cliente al abogado para que éste pueda revelar el secreto que le confió, no tiene mas alcance que eximirle de tal deber en relación con el cliente; pero el abogado hará uso de esta autorización o no, según estime que pueda beneficiar o perjudicar a la defensa de aquél; pues, esencialmente, para servir al derecho de defensa, y sólo en razón a éste, se instituye el secreto profesional.

De este modo se desvanecen aquellos temores y se mantiene el secreto del abogado dentro de sus justos límites.

Casos dudosos de Uso del Secreto Contra el Cliente.

Algunos autores antiguos mencionan estos dos casos :

"1º Si un abogado ha sido nombrado tutor o curador de un menor, y, con tal carácter, se ve obligado a litigar contra -- persona que fue su cliente: ¿Le será permitido, en defensa de su pupilo, utilizar las confidencias que anteriormente le hubiera hecho su referido cliente?

La mayoría de aquéllos se inclinan por la negativa, diciendo que siendo el secreto de Derecho Natural y la Tutela de Derecho Civil, éste no puede violentar las Leyes de aquél.

El caso, ante el Derecho Actual, es el de una manifiesta-incompatibilidad que debe ser expuesta ante el consejo de familia o ante el Juez por el abogado designado tutor."

"2º Si un abogado sucede como heredero al adversario de su cliente existiendo pleito pendiente.

En este caso, los propios autores se deciden por la afirmativa, fundandose para ello en que, en este caso, la obligación de mantener el secreto y el derecho de defensa de los propios intereses, son ambos de derecho natural y no podría imponersele al abogado el deber del sigilo, en perjuicio propio."

El dilema es, en verdad, delicado y sólo podrá resolverse

con mayor acierto teniendo en cuenta las circunstancias que --
concurran en cada caso.

A los anteriores puede agregarse el del agravio del clien
te al abogado el deber de sigilo, en perjuicio propio.

"El Código de Etica Profesional de los Abogados de Lima, al
que con frecuencia venimos aludiendo, estatuye en el Artículo-
16, sobre tal caso, lo siguiente:"

"El abogado que sufra injustificado agravio, de su clien-
te, del que se derive acción judicial, estará dispensado de la
obligación de guardar el secreto profesional, hasta donde sea-
indispensable para su propia defensa".

La solución nos parece acertada, pues la obligación para-
con el cliente se desató por su propia ingratitud, y la que im
pone el deber de defensa cede ante el de la propia defensa con
tra un injusto agravio.

SEGUNDO.- El secreto como derecho del abogado.

Ante la doble faceta de los abogados, considerado co
mo deber y como derecho, según indicamos, se ha tratado del se
creto, en el primer aspecto, con la necesaria amplitud, y co-
rresponde ocuparnos del segundo.

Si el abogado tiene el imperioso deber de guardar su se-
creto, le corresponde también el indiscutible derecho de mante
nerlo.

También sobre esto hubimos de adelantar algo al enjuiciar sobre el conflicto que, entre verdad y secreto, se le presenta al abogado ruante su actuación profesional, anticipando en par to lo que ahora corresponde decir. Insistamos :

Inviolabilidad del Secreto.

El secreto profesional del abogado es inviolable; quie re decirse con ello que ni el Juez, ni ninguna otra autoridad tiene facultad para exigir del abogado la revelación de su se creto profesional.

Porque, como ya hemos dicho, este secreto no se ha insti tuído en interés particular del cliente, sino en interés gene ral, para servir al derecho de defensa, que se de Derecho Natu ral y de carácter público.

Por eso la violación del secreto no solo heriría al Clien te, sino a la sociedad entera, no solo porque quitaría a los profesionales la confianza, que es esencial a su ministerio, sino porque aniquilaría el derecho de defensa, del cual el se creto es la piedra angular.

No se trata tampoco de defender un atributo excepcional del abogado, a título personal, sino de mantener un principio esencial establecido por público interés, en consideración a una función pública. Mucho menos debe mirarse la cuestión como una pugna entre los mandatos de la autoridad y los intereses privados del cliente, pues el secreto no se establece en la

Ley en orden y en provecho de éstos, aunque los sirva, sino en razón del ministerio de la defensa.

En consecuencia, el secreto profesional del abogado, por su propia naturaleza, es inviolable. Así ha sido reconocido en todos los pueblos y en todas las épocas, y allá donde se quebranta este principio la justicia sufre grave daño.

Extensión de la Inviolabilidad del Secreto.

"a) A los documentos y correspondencia :

Admitido el principio de la inviolabilidad del secreto del abogado, es lógico admitir que dicha garantía no puede quedar reducida a la simple confidencia o manifestación verbal, sino también a los escritos: documentos, cartas, notas confidenciales, elementos de pruebas, etc., que el abogado hubiere recibido de su cliente, o que el mismo se ha visto obligado a recoger o transcribir. Sostener otra cosa es hacer ilusoria la inviolabilidad del secreto, con el consiguiente daño de la justicia."

"b) Al Despacho o Gabinete de Estudio :

Y si son inviolables la correspondencia y los documentos profesionales de los que el abogado es depositario, en cierto modo lo es también su Despacho o Gabinete de estudio que, en este aspecto, debe ser respetado."

La escuela francesa ha respetado siempre esta doctrina respecto al bufete del abogado, en el sentido de que "no es permiti

tido ni a la policía ni a los "Parquets" hacer en él registros para buscar e incautarse de las pruebas de un crimen o delito, a no ser que el abogado fuera acusado como autor principal o como cómplice". Esta ha sido la práctica tradicional en dicho país, consagrada desde muy antiguo por los autores y la jurisprudencia. "Claro es -dice Molot- que si el abogado es acusado la regla no se quebranta, puesto que viene obligado como todo-ciudadano a someterse en este caso a los derechos de investigación de la justicia." Nada podemos oponer a esta afirmación; pero podría suceder en la práctica que los jueces, o las partes acusadoras, en su deseo de investigar la verdad, pretendiesen salvar la barrera de la inviolabilidad dirigiendo también la acción acusatoria contra el abogado, con lo cual sólo se conseguiría que el mantenimiento de un privilegio profesional sirviera para perjudicarlo.

En estos casos la práctica del foro frances, a la que nos estamos refiriendo, salva, en lo posible, el escollo, haciendo intervenir al colegio, de modo que las diligencias de averiguación se llevan a efecto con las garantías que deben adoptarse para los secretos de que el abogado es depositario sean respetados y que el registro sea practicado en presencia del propio Juez de instrucción, y no por el delegado de éste.

De todos modos, cuando las necesidades de la justicia impongan la práctica de determinadas diligencias en el estudio de un abogado, por dirigir un procedimiento criminal contra --

éste, deberán ser acordadas con motivación suficiente, limitándose estrictamente a lo que afecte a la supuesta culpabilidad del abogado, y adoptando las necesarias garantías para salvar el secreto profesional, en cuyo mantenimiento debe tener especial interés la administración de justicia.

4.- GARANTIAS PARA EL MANTENIMIENTO DEL SECRETO.

Ante la necesidad de mantener el secreto la Ley concede las necesarias garantías, ya en cuanto a la exigibilidad del deber, ya en cuanto a la inviolabilidad del derecho.

Responsabilidad en caso de revelación.

"Obligado el abogado a la guarda del secreto ante todo y contra todos, según prometiera bajo juramento, habrá de mantener el sigilo, de no mediar aquéllas circunstancias de excepción a la que se aludió oportunamente, si bien éstas solo para ejercer su influjo en el fuero interno."

Fuera de éstas, la revelación injustificada del secreto por parte del abogado origina sanciones, ya de orden penal o disciplinario, según las circunstancias que concurran en cada caso, y, además, responsabilidades pecuniarias para resarcir los perjuicios a que hubiere dado lugar con su indiscreción dolosa o negligente.

Defensa contra los ataques a la inviolabilidad.

Considerando el secreto profesional del abogado como inviolable, no le será permitido a los jueces y demás autoridades

des obligar al abogado a que lo quebrante, y quien actuare en tal sentido cometería un ataque a la inviolabilidad del secreto, con grave infracción de la Ley.

Para evitarlo, ésta exime a los abogados de la obligación de denunciar todos aquéllos hechos que conozcan por razón de su ministerio, y están exentos de declarar contra sus defendidos respecto de todo que constituye materia del secreto.

Cualquier actuación o decisión de la autoridad en contra de aquel principio supone un ataque al secreto profesional.

RESUMEN PARCIAL Y CONCLUSIONES.

Destacando el alto valor académico de la Obra de A. Fernández Serrano, autor central de esta parte de nuestro trabajo que se nutre de autores como (Salsmans, Manzini, Carrera Núñez, Bartolo, Savatier, Bielsa, Florian, Cuello Calón), etc., y que condensa sus puntos de vista con precisión y claridad - mismos que hemos transcrito con el debido respeto para su autor en parte del contenido de este capítulo, que ahora resumimos para mayor claridad de su exposición en los siguientes términos :

El análisis del doble aspecto del secreto profesional pone de manifiesto en primer término el carácter de deber con -

respecto al Cliente y en derecho por otro lado frente a la au
toridad.

El Secreto en su aspecto de deber y por su carácter in--
violable no podrá ser revelado y el propio poder público ten--
drá la obligación de respetarlo.

Su connotación es de carácter público y se mantiene con--
mayor jerarquía sobre el interés particular aún del propio --
cliente.

El sigilo que debe mantener el Abogado tiene un carácter
extracontractual que es complemento de su propia función. No
requiere en consecuencia este deber de guarda y sigilo un pac
to expreso con el Cliente, pues esta obligación está ligada a
la propia relación con él mismo desde el punto de vista profe
sional.

El abogado podrá quebrantar esta obligación de sigilo --
cuando lo reclame su interés superior y cuando tenga por obje
to evitar un mal más grave.

El propio secreto no queda limitado a la confidencia del
cliente sino a todo aquéllo que conozca en razón de su ejerci
cio profesional. En consecuencia el propio secreto se extien--
de a los documentos, papeles y pruebas de las que el profesio--
nista del Derecho tiene la guarda, más no la disposición.

El lugar de trabajo o Despacho del Abogado debe contar con especial protección del Poder Público y respeto por parte del mismo; unicamente en caso de un procedimiento derivado de una acusación podrá la autoridad intervenir, con el cuidado y responsabilidad para salvaguardar el respeto a este secreto o sigilo; esta protección debe ser tutelada especialmente por el propio Poder Judicial.

Cualquier revelación en la que incurra el abogado en beneficio del propio cliente, no viola el secreto ni debe ser punible.

Hay circunstancias en las cuales el propio Cliente puede autorizar al abogado a realizar una revelación, pero si este último considera que puede ser perjudicial para el primero deberá abstenerse de manifestarlo.

Las sanciones que trae aparejadas la violación de Secreto profesional puede ser desde simples sanciones de orden disciplinario o bien quedará circunscritas en la responsabilidad civil o bien fundarse en el ordenamiento penal que se infrinja.

El abogado que conozca de la comisión de un ilícito, por motivo de secreto profesional, no estará obligado a ponerlo en conocimiento de la autoridad, sin que le traiga como consecuencia sanción alguna.

Esta misma circunstancia los exime de deponer como testigos contra su propio cliente; en tanto no se transgredan los propios intereses del Abogado.

Puede en un momento el Abogado ser asaltado por la duda, de hacer o no la revelación, para lo cual siempre obrará en conciencia y velando por el interés de su patrocinado.

El abogado que dió consejo o asistencia legal a las partes involucradas en un conflicto, debe abstenerse de patrocinar a cualesquiera de ellos pues incurriría en una prevaricación.

Al plantearse una transacción en un conflicto el Abogado no deberá hacer uso de las confidencias que le haga su contraria o su abogado patrono, ya que hasta aquí se extiende su deber de sigilo.

Las consideraciones anteriores son mas que nada un deber ético, que se funda en la confianza depositada por el cliente en su abogado, la actitud de guarda y sigilo van siempre en beneficio del prestigio profesional y su respetuoso y responsable ejercicio lo mantienen y lo acrecientan.

Las conclusiones apuntadas, no obstante tener un fundamento de orden filosófico, deben ser transportadas con mayor

precisión y exactitud al derecho positivo, esto es darles una vigencia técnico jurídica que implica una observancia obligatoria de carácter general.

Las normas jurídicas de derecho positivo, deben contemplar con mayor precisión los aspectos que aquí se han resumido y que no son producto de un criterio meramente personal, sino se fundan en las aportaciones científicas del autor consultado y transcrito en sus partes más sobresalientes, que a su vez ha recogido los puntos de vista y opiniones de una gran cantidad de Autores que son citados por el mismo.

Las consideraciones que obran en lo hasta aquí consultado son la base científico jurídica con la que debe nutrirse la legislación en función de hacerla más completa y de estricta aplicación.

Es poco lo que se ha escrito sobre Secreto Profesional, por tratadistas y juristas contemporáneos, más aún por autores en nuestro medio jurídico nacional.

Ha sido pues la intención de esta primera parte de nuestro trabajo, por la escasa publicación sobre el particular, dar testificada importancia al tantas veces repetido Autor que haciendo un esfuerzo de compilación ha logrado con ello,

los conceptos que se encuentran contenidos en esta primera parte del capítulo que nos ocupa.

Antes de iniciar la última parte de este capítulo, es conveniente señalar que pocos autores en el ámbito nacional se han ocupado del sigilo y secreto profesional desde un -- punto de vista eminentemente técnico jurídico. De ahí que las consideraciones que integran este estudio se funden más que nada en aspectos filosóficos y doctrinales.

Sin embargo en el estudio de este tema abordaremos en esta parte final las consideraciones ha que alude Arroyo So to para tratar sobre este particular.

Las conclusiones que anteceden y que son motivo del re súmen a que hemos aludido en las páginas anteriores revelan el interés ético y profesional de quién se ha ocupado de es te aspecto de nuestra profesión que para algunos puede re-- sultar lírico o poético.

Es nuestra intención dar relevancia e importancia mar- cadas a este tipo de consideraciones pues en la práctica -- profesional se encuentran por desgracia desvinculadas de la misma porque el profesional del derecho, se ha ocupado en - la elaboración de las Leyes y preceptos que nos rige de con templar al derecho desde sus puntos de vista técnicos y emi nentemente jurídicos. No somos contrarios ha este conteni- do pero tampoco estamos de acuerdo en desvincularlos de las consideraciones que generalmente se expresan unicamente en- las exposiciones de motivos de las leyes u ordenamientos.

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN NUESTRO DERECHO.

Para cerrar este capítulo en lo que a sigilo Profesional se refiere, hemos acudido a la reciente publicación del Notario Arroyo Soto en su obra "El Secreto Profesional del Abogado y del Notario" Editada por la U.N.A.M. 1980 y con el Autor de referencia analizaremos concretamente, los siguientes aspectos:

- a) Punto de vista de la Legislación Penal;
- b) El análisis positivo en Materia de obligación civil;
- c) La regulación Administrativa;
- d) El Secreto en Materia Notarial y
- e) El Secreto como norma ética.

Entrando al estudio de esta Institución en el área Penal, encontramos su regulación en los preceptos 210 y 211 del Código Penal vigente, que contiene las sanciones que son inherentes a la revelación del Secreto o a la comunicación que se ha recibido con motivo de un empleo o de un cargo o por la persona que presta sus servicios profesionales.

Los tipos a que se refieren los numerales apuntados, implican un perjuicio para alguien y que a su vez el secreto y la comunicación, deben haber sido conocidos con motivo de algo, y en un tercer elemento de tipicidad de que este precepto es la naturaleza del secreto.

Esta por demás decir que el aspecto del secreto que nos interesa es el profesional "La única de esas situaciones que atañe al objeto de nuestro estudio y que es de la que vamos a ocuparnos, es la prestación de servicios profesionales o técnicos.

"Nótese bien que lo que la Ley penal exige del sujeto no es que sea profesionista, sino que preste servicios profesionales o técnicos. Por eso no estamos de acuerdo con la opinión de la señora Olga Islas Magallanes, que cree encontrar en -- nuestro derecho "una honda laguna consistente en no ordenar ninguna medida drástica contra el sujeto que, fingiendo una profesión, logra enterarse de los secretos ajenos para revelarlos."

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

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

no pueden considerarse comprendidas (en el tipo delictuoso) las actividades ilícitas o irregulares: curanderos, avenegras, porque si esta interpretación resulta correcta para el precepto del Código Penal de su país, no se aviene al nuestro, de diferente redacción a la de aquel."

Otra característica del autor material del delito es la de ser necesariamente persona física. En ningún caso puede -

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

El sujeto pasivo del delito puede, en cambio, ser indistintamente persona física o moral. Dicho sujeto no es necesariamente el cliente, esto es, la persona que confía al profesionista el secreto, por utilizar sus servicios, sino la que recibe el daño con la revelación, que bien puede ser un tercero. Y como entre los bienes jurídicamente protegidos están -- los de carácter económico, es evidente que la revelación puede afectar a una persona colectiva en su patrimonio.

Para acabar con el tema de los sujetos del delito, quedan por determinar los conceptos de servicios profesionales y de servicios técnicos, ya que ellos son elementos esenciales del sujeto activo. La diferenciación de ambos conceptos entre sí, no tiene importancia por lo que hace a la aplicación de la pena, pues ésta se encuentra igualmente agravada para los dos

casos, ya que uno u otro constituyen el tipo calificado. Su interés estriba únicamente en la determinación del secreto profesional, que es materia de nuestro estudio. Sí tiene en cambio importancia, desde el punto de vista penal, diferenciar servicios profesionales y técnicos de los que no tienen ninguno de esos dos caracteres, pues estos últimos no están previstos dentro del tipo delictuoso que comentamos.

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

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

En conclusión los elementos del tipo delictuoso quedan encuadrados en la siguiente forma :

El primer requisito es la producción de un daño con la revelación. Es decir, que entre ésta y aquél debe existir una revelación de casualidad. El artículo 210 dice "con perjuicio de alguien" y sin duda que el término perjuicio debe ser entendido en el amplio sentido de daño o lesión a algún bien de los que el derecho protege.

La idea de la ley, como explicábamos antes, es constituir como delito de daño el que describe el artículo 210. Es decir, se necesita producir una lesión actual para que el delito quede consumado. No basta, como en otros casos, el sólo hecho de poner en peligro un bien jurídicamente relevante (da

ño potencial), sino que dicho bien debe quedar deteriorado o destruido por efecto de la revelación, para que ésta constituya delito.

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

El secreto, una vez confiado, no pertenece al que hace la confidencia; no pertenece, tampoco, al que la recibe, pertenece a la profesión - que ejerce; pertenece a la sociedad, que reclama esa garantía de los hom-

bres a quienes entrega el cuidado de sus más respetables intereses.

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

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

Para finalizar transcribimos como lo hace Arroyo Soto al Maestro Jiménez Huerta sobre el particular "No hay duda alguna que el tipo complementado de revelación de secretos, en sus fácticas hipótesis alternativas consistentes en que "la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público... es un delito propio o exclusivo, pues sólo puede ser cometido por quien en el instante de la revelación es un profesional o un técnico, un funcionario o un empleado público".

Aún cuando la redacción del precepto es ciertamente poco feliz en este punto, creemos que su sentido verdadero puede conocerse mediante una interpretación sistemática del referido artículo 211 que no debe desvincularse del 210, pues constituye una variante del mismo. Es realmente el 210 el que señala los elementos básicos del tipo delictuoso de revelación en general, elementos que el 211 presupone casi en su totalidad, como explicamos al comienzo de este capítulo y de los cuales solamente sustituye algunos por otros que los transforman en tipo agravado o calificado (circunstancias subjetivas consistentes en que el activo preste servicios profesionales ó técnicos o bien que sea funcionario o empleado público, y la objetiva de que el secreto revelado sea de carácter industrial).

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

"En resumen, no aceptamos la interpretación puramente literal que hace Jiménez Huerta del artículo 211, al decir que el tipo que describe este precepto sólo se puede realizar "por quien en el instante de la revelación es un profesional o un técnico, un funcionario o un empleado público". En primer lugar, ya hemos dicho antes que el concepto usado por la ley es más amplio y que no exige el infractor sea precisamente profesional, sino tan sólo que "preste servicios profesionales", independientemente de que tal prestación la haga con título legalmente expedido o sin él, pues esto último constituye otro problema diverso. En segundo lugar, resulta inaceptable la interpretación de Jiménez Huerta, porque conduciría a una de estas dos posibles situaciones: a) que quien ha conocido un secreto con motivo del hecho de prestar servicios profesionales o técnicos o bien de ser funcionario o empleado público, podría, con sólo dejar de prestar esos servicios o de tener esos cargos, quedar en libertad de revelar el secreto impunemente, o por lo menos sin la penalidad agravada que establece el artículo 211 para tales casos, sino solamente con la atenuada que señala el artículo 210 y, b) la situación inversa, o sea que la persona que presta servicios profesionales o técnicos o que desempeña alguna función o empleo públicos, pueda ser castigada, con penalidad máxima, conforme al artículo 211, por la revelación de secretos no recibidos con motivo de la prestación del servicio o del desempeño del cargo, sino ajenos del todo a éstos. ¿Quién no ve que semejantes situaciones,

además de injustas, son totalmente contrarias al espíritu de los preceptos penales que comentamos y a la finalidad que se persigue con ellos? La doctrina -en forma unánime- ha sostenido que el deber de reserva subsiste para el profesionista -aún después de haber dejado de prestar sus servicios. Si aceptáramos la opinión del eminente catedrático y tratadista de Derecho Penal, que aquí combatimos, tendríamos que llegar a la poco satisfactoria conclusión de que el secreto profesional, propiamente dicho, no se encuentra penalmente tutelado en nuestro derecho".

En el análisis de la Obligación Civil, que contiene a su vez la obligación de reserva, ocupémonos de determinar su fuente contractual o extracontractual :

Es ya vieja la discusión entablada acerca de si - el origen de la obligación de reserva es de carácter contractual. 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 profesionalista. 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 profesionalista 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 profesionalista 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 profesionalista 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.

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 de-

rechos 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".

Resulta de mayor importancia que determinar la fuente, el precisar la naturaleza de la obligación de reserva; en primer término tiene un contenido negativo o sea una obligación de no hacer o sea el no revelar y tiene un elemento de carácter positivo y es el que consiste en la obligación de custodia de los bienes, documentos u objetos. Y la obligación se resuelve en culpa por acción (revelación del secreto) o por omisión (incumplimiento del deber de custodia).

"En resumen, ambas obligaciones del profesionista, 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 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 profesionalista tiene, en la guarda del secreto, tanto obligaciones de hacer como de no hacer. El deber de reserva es, entonces, un deber complejo".

Por último, en este aspecto de la obligación civil destacaremos; el alcance de la misma en relación a los auxiliares del profesionalista. Diversos autores entre ellos Roque V. Pondal, hacen extensiva la obligación de reserva a todos los auxiliares del profesionalista y la misma Ley de profesiones - en su artículo 71, sustenta este mismo criterio. Sin embargo nuestro punto de vista personal, coincide con el criterio del tratadista que es el autor central de esta última parte de este trabajo al concluir.

"En conclusión, podemos terminar este capítulo sosteniendo que el profesionalista 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 Profesio-

nal, 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 responsabilizársele 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".

Por lo que se refiere a la regulación administrativa, - tocaremos la Reglamentación del Secreto Profesional en la ley de la materia. El artículo 36 de la Ley de Profesiones establece :

"Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas."

Este artículo presenta la ventaja de que se refiere a todas las profesiones y, por lo mismo, les es aplicable, a diferencia del que existe en materia civil, que fue objeto de comentario en el anterior capítulo, y que solamente alude a los abogados y procuradores. También contiene una disposición

más amplia que la de este último, porque comprende todas las revelaciones de secretos, hechas a cualquier persona que fuere, y no como el precepto civil, que solamente se refiere a las que se hacen por el abogado o procurador a la parte contraria de la que patrocinan o representan, pero no a terceros. En cambio, es deficiente el artículo de la Ley de Profesiones en lo que se refiere a la delimitación del secreto profesional, ya que establece como única excepción para éste, el caso de "los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas". En tal sentido es muy superior la redacción del artículo 211 del Código Penal, que señala como límite del secreto la justa causa para revelar, concepto este último mucho más amplio, que estudiaremos detenidamente en los capítulos quinto y sexto, pues el caso de los informes que por obligación legal deben darse, constituye tan sólo uno de los que implican justa causa para hacer la revelación, pero no comprende a todos, como oportunamente veremos.

El aspecto más criticable del artículo 36 de la Ley de Profesiones es su falta de sanción para el caso de incumplimiento, ya que no se encuentra en él ni en alguna otra parte de la misma ley, dicha sanción. Habrá que acudir, por tanto, a la aplicación supletoria del artículo 96 del Reglamento de la misma Ley de Profesiones, que dispone al efecto :

Las demás infracciones a la ley que no tengan señalada pena especial y las que se cometan a este reglamento, a los reglamentos de ejercici

cio de cada profesión y a los que delimiten el campo de acción de cada profesión, serán sancionadas con multa de diez a diez mil pesos que será impuesta por la Dirección General de Profesiones, sin perjuicio de las penas que fijen otras leyes.

No deja de ser lamentable que para aplicar una sanción, aún cuando sea de carácter administrativo, haya que acudir a un reglamento para suplir a la ley, cuando es en ésta en donde se encuentra establecida la obligación de reserva a cargo del profesionista".

En la profesión de Abogado es importante destacar el secreto profesional del Notario y retomando a Arroyo Soto -- (Notario Público) podemos afirmar:

"IX. Tomando en cuenta esta peculiar situación que guarda el notario, quien siendo un profesional del derecho, esto es, abogado, ejerce como tal una función pública, una función del Estado, procede examinar en qué forma y con qué modalidades existe para él la obligación del secreto profesional."

La Ley del Notariado vigente dispone en su artículo 32:

"Los Notarios, en el ejercicio de su profesión, deben guardar reserva sobre lo pasado ante ellos y están sujetos a las disposiciones de Código Penal sobre secreto profesional, salvo los informes obligatorios que deben rendir con sujeción a las leyes respectivas y de los actos que deban inscribirse

en el Registro Público de la Propiedad, de los cuales podrán enterarse las personas que no hubiesen intervenido en ellos y siempre que a juicio del notario tengan algún interés legítimo en el asunto y que no se haya efectuado la inscripción-respectiva".

El precepto se refiere tan solo a la reserva que incumbe a los notarios por el ejercicio de las funciones públicas, empleando la expresión de "lo pasado ante ellos". Esto significa lo que se ha hecho constar en instrumentos públicos; sin mencionar lo conocido en confidencia de los clientes, como lo establecía la Ley anterior en su artículo 12 (correspondiente al 31 de la ley actual, que se acaba de transcribir). Tales confidencias caen dentro del secreto profesional que corresponde a los notarios como abogados, a diferencia de los actos ingresados al protocolo que dan lugar al secreto típicamente notarial. Además, la mención que hace el precepto antes transcrito, de "los informes obligatorios que deben rendir con sujeción a las leyes respectivas" y más aún la que hace de "los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad", esbozan, apenas débilmente, un principio para caracterizar el secreto del notario.

Las dos menciones señalan otras tantas limitaciones al deber de reserva, sólo que con significado y alcance muy diferentes, pues en tanto que la primera de ellas atañe al concepto de "justa causa" para revelar, particularmen al de jus

tificación por el cumplimiento de un deber legal, que ya examinamos ampliamente en el capítulo sexto, al estudiar los límites del secreto profesional, la segunda mención, en cambio, alude a la publicidad a que muchos de los actos notariales se encuentran ulteriormente destinados, lo cual da al secreto del notario en tales casos un carácter netamente temporal y transitorio, por lo que más que una limitación al deber de reserva, implica la cesación del mismo.

En realidad vemos en las anteriores opiniones un planteamiento inexacto o, por lo menos, inadecuado a nuestra época y a nuestras leyes, de lo que el secreto profesional debe constituir para el notario. "Al comienzo de este capítulo hemos expuesto las ideas de González Palomino y de Villalva -- Welsh, conforme a las cuales el "quehacer" del notario se reduce a la pura instrumentación, sin comprender su labor como jurista, pues estiman dichos autores que cuando realiza esta última no lo hace como notario estrictamente hablando. También dimos a conocer allí nuestra opinión en desacuerdo con la de estos dos autores. Pero, como quiera que sea, la verdad es que el notario ejerce en la práctica ambas actividades, la de jurista y la de formador de instrumentos públicos y que tanto la costumbre como las leyes, han puesto ambas a su cargo. Y es en esta distinción en donde deben buscarse la verdadera tipicidad y las modalidades que para el notario tiene en sus labores el secreto profesional."

Puede ser que el notario actúe solamente como jurista, esto es, como abogado que conoce las leyes y las aplica, escuchando confidencias, prestando consejo a los clientes e incluso realizando actos para los que no necesita calidad de notario, puesto que cualquier abogado que no lo sea puede también llevarlos a cabo. Mientras estas actuaciones del notario no cristalicen en la confección de un instrumento público que llegue al protocolo, rige para él la obligación del secreto con igual intensidad y con las mismas limitaciones que para todo abogado, las cuales estudiamos ya en los capítulos que preceden. Su responsabilidad en caso de una indebida revelación de los hechos conocidos por él, ya sea porque el cliente se los haya confiado en forma personal o bien porque se haya enterado de los mismos en su intervención como profesionista, aún sin confidencia expresa, es la misma que tendría cualquier abogado tanto en el aspecto civil como en el punitivo. Para cuando se presenten tales situaciones al notario, nada tenemos que agregar a lo ya expuesto.

Cosa muy distinta ocurre cuando se pasa a los actos instrumentados, esto es, cuando el protocolo recibe en sus páginas lo que debe hacerse constar en ellas por el notario para autenticar o para dar forma legal a todo lo que por disposición obligatoria de la ley o por petición voluntaria de los interesados ha de quedar escrito en un instrumento notarial.

"No debe olvidarse, por otra parte, que aún cuando el notario no es funcionario público, según la opinión que hemos aceptado más arriba, ejerce una función pública que el Estado le encomienda. Y aquí entran en juego tanto la lealtad para con el Estado de quien ha recibido el encargo de la función. El secreto profesional no puede, entonces, tener aquí el mismo alcance y operar de la misma manera que en el primer caso, en que se trata de actividades que no llegan a culminar en un instrumento público o no se expresan en él. En el segundo supuesto que examinamos, el notario no puede guardar la misma reserva, pues todo lo instrumentado no solo es conocido por él sino también por funcionarios del Estado o por otras personas a quienes da acceso éste al protocolo, en alguna de las siguientes formas, que más adelante vamos a examinar: a) mediante la obtención de traslados del instrumento notarial; b) mediante la práctica de inspecciones al protocolo, que el notario esté obligado a permitir; c) mediante la trasmisión de tenencia del protocolo y, finalmente, d) mediante la obtención de informes relativos al instrumento que el notario debe dar".

Por último nos referiremos al contenido Etico del Secreto Profesional. Hemos hecho el análisis anterior del secreto profesional como disposición jurídica o norma de observancia obligatoria de carácter legal, impuesta por el Estado o por el Poder Público; por lo que resulta para finalizar, que esta guarda del secreto, la reserva o el sigilo, -

son fundamentalmente una conducta exigida a nosotros mismos por nosotros mismos, de donde se colige que esta última exigencia tiene contenido ético moral.

"Esas normas a que nos referimos son las éticas o morales, diferentes de las normas jurídicas, pero no sin relación con éstas. Y su aplicación, en el caso del secreto profesional, resulta indispensable por varias razones.

La primera de ellas, es que la obligación de reserva en toda su amplitud, antes que ser jurídica es moral. Puede no existir en los códigos o estar incompletamente regulada por ellos _de hecho siempre lo está- pero a pesar de esto - existirá para el sujeto obligado, a quien suponemos un hombre normal. Existirá dicha obligación con toda su amplitud, en su integridad; con sus limitaciones, pues ya hemos visto que no es una obligación absoluta, con sus modalidades y matices propios y, más aún, con una exactitud de aplicación a los casos concretos mucho mayor que la que pueden tener las normas que imponen obligaciones desde afuera.

La segunda razón por la que resulta indispensable -e inevitable- la obligación moral, es por la insuficiencia de la obligación jurídica para vincular la conducta humana, en la vida de relación. Los medios externos de imposición -- coactiva son ciertamente necesarios, pero deficientes. Pueden ser evadidos con más facilidad que una convicción moral.

Además, la obligación impuesta y dada a conocer desde afuera, nunca puede, por su generalidad, tener presentes todas las peculiaridades del caso concreto. No puede penetrar a los repliegues íntimos que se dan en toda relación interhumana. Deja, por tanto, un margen para la injusticia y el desacierto.

Siempre ha sido más eficaz -aunque no más fácil, sobre todo en nuestros días- controlar la conducta de los hombres desde adentro que desde afuera. Y la correlativa eficacia inferior del derecho frente a la moral, ha sido reconocida por los mismos juristas, en el caso particular del secreto profesional".

C O N C L U S I O N E S :

- I. La prestación de servicios no se encuentra reglamentada en forma debida en el Derecho Romano como un verdadero contrato de esta naturaleza.
- II. La prestación de servicios no es fundamentalmente en Derecho Romano una prestación onerosa.
- III. En nuestro Derecho la prestación de servicios es un verdadero contrato nominado y debidamente reglamentado por el Código Civil.
- IV. La naturaleza contractual de la prestación de servicios, - se finca en la finalidad de crear una relación de Derecho, para dar nacimiento, transmitir o modificar obligaciones.
- V. El concepto doctrinal de la prestación de servicios involucra a una parte llamada profesionalista, a otra llamada cliente y a una remuneración u honorario.
- VI. Dentro de la clasificación general de los contratos, la -- prestación de servicios es un contrato bilateral o sinalagnático, oneroso, consensual, principal e intuitu personae.
- VII. La prestación de servicios no se encuentra encuadrada entre nosotros ni en la locación ni en el mandato, por ser servicios inestimables o altamente calificados.

- VIII. Profesión debe entenderse como la acción y efecto de profesar habitualmente una carrera universitaria o politécnica.
- IX. En un sentido más estricto, la profesión debe interpretarse como la ejecución más o menos reiterada de una actividad o tarea que requiere cierto grado de preparación o conocimiento de la misma.
- X. Desde el punto de vista jurídico la responsabilidad se vincula al concepto de obligación y su incumplimiento.
- XI. En el estudio de los diversos tipos de responsabilidad, la administrativa destaca por su importancia actual en cuanto a funcionarios públicos se refiere.
- XII. La responsabilidad corporativa en relación a los inversionistas públicos y privados nacionales o extranjeros, reviste en la actualidad vital importancia para el desarrollo económico del país.
- XIII. La responsabilidad en materia civil debe entenderse como una obligación de indemnizar los daños y perjuicios que en sus aspectos contractual y extracontractual, genere la violación de la confianza que se involucara en el secreto profesional.

- XIV. En las profesiones liberales no se ha dado una verdadera jerarquía e importancia al sigilo profesional.
- XV. La confianza como fundamento del secreto profesional es garantizada por éste por su carácter inviolable.
- XVI. El sigilo profesional se encuentra no solo ligado a la confianza del cliente, sino a todos los aspectos que se deriven o generen de esta confianza y que se involucran en el secreto.
- XVII. El secreto profesional es una obligación del profesionalista sin necesidad de previo acuerdo con el cliente.
- XVIII. El secreto profesional involucra un doble aspecto: el contractual y el de interés público y descansa en un fundamento ético y de conciencia.