

EL TERAPEUTA Y SUS DILEMAS CON EL SECRETO PROFESIONAL.

SUMARIO. 1. Introducción; 2. La naturaleza jurídica y el fundamento del secreto profesional; 3. El conflicto derecho fundamental/obligación procesal, hoy; 4. Conflicto entre derechos fundamentales; 4.1. El secreto profesional sobre hechos ya fenecidos; 4.2 El secreto profesional ante un posible delito inminente; 4.2.1 Causas de justificación legal si lo revela; 4.2.1.1 La necesaria y debida ponderación; 4.2.2 ¿Y si decide la no revelación del secreto?; 4.2.2.1 El profesional no es un garante de la conducta del usuario; 4.2.2.2 Ante una decisión firme y decidida de su paciente de cometer nuevos delitos; 5. La ley penal no lo resuelve de manera clara e inequívoca; 6. El menor como usuario o como víctima; 7. Reflexión final: la respuesta puede estar en la ética o deontología profesional.

1. Introducción

De nuevo, el Observatorio de Ética Aplicada a la Intervención Social¹ me brinda la ocasión de reflexionar sobre la persistente necesidad surgida entre los profesionales de la intervención social, socioeducativa y socio sanitaria de cuestionarse en su trabajo cotidiano con los usuarios si: ¿Esto lo tengo que decir? ¿Y si no lo digo? ¿Qué debo hacer? ¿Tengo que denunciar el hecho? Toda esta situación de angustia afecta a todos los profesionales y, en especial, a los terapeutas², y vale la pena reflexionar colectivamente sobre ello.

La cuestión del secreto profesional es un foco de conflictos éticos. Hoy en día la red de servicios sociales es cada vez más extensa, y cada vez es más exigente, y por ello se manifiestan más dudas. Algunas de ellas surgen en el ámbito de la salud laboral, la salud mental, la salud de terceros (como es el

¹ Ya tuve ocasión de abordar el tema del secreto profesional y la confidencialidad en la conferencia de clausura del I Simposio de Ética Aplicada a la Intervención Social que tuvo lugar en el mes de Mayo de 2009, cuyo texto publicado por el mencionado Observatorio ha servido de punto de partida de la presente ponencia.

² Entendemos por terapeuta, en un sentido extensivo del término, como aquel profesional al que se acude o del que se dispone en la confianza que nos puede aportar un acompañamiento, unos cuidados o unos consejos que ayudarán a preservar o a recuperar nuestro bienestar. Por ello se comprenden profesiones diversas como psicólogos, trabajadores sociales, médicos, enfermería, educadores sociales, psiquiatría etc. En correspondencia a esa confianza le podemos voluntariamente o no revelarle datos de nuestra intimidad personal o familiar. Me centraré precisamente en los terapeutas (en el sentido acabado de indicar) aunque entre todos los profesionales, en general, pueden surgir dilemas con el tema del secreto profesional. Pensemos, por ejemplo, en los casos del técnico informático que descubre en una reparación unos archivos que contienen amenazas contra un tercero o archivos de contenido pedófilo. Pero dado el marco del presente curso de ética me referiré a los “terapeutas” aunque tampoco todas las profesiones que pueden comprender esta categoría tengan idéntica problemática puesto que algunas de ellas tienen exigencias legales (como es el caso de los profesionales de la medicina) que no tienen otras profesiones.

caso de la contaminación del virus del SIDA), o en el ámbito de los datos genéticos y del conocimiento del genoma humano. Aquí, se abre todo un mundo y da cierto miedo pensar hasta qué punto la ciencia podrá llegar a avanzar -de manera invasiva- en nuestra intimidad. Inquieta pensar que puedan llegar a conocerse muchas cosas de nuestro comportamiento futuro, saber cómo una persona puede reaccionar en el futuro porque tenemos unos datos genéticos que lo pueden predeterminar. Seguramente no será nunca tan determinista la conclusión, pero solo la posibilidad de pronóstico ya genera inquietud y provoca angustia.

2. La naturaleza jurídica y el fundamento del secreto profesional.

El secreto profesional, afortunadamente desde 1978 en nuestro país, es un derecho fundamental que está recogido en la Constitución Española (en adelante CE). Su artículo 24.2 dice exactamente: "*La ley regulará los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*". Por consiguiente, queda claro que el secreto profesional es un derecho fundamental, lo que significa que, de todos los derechos que reconoce nuestro ordenamiento jurídico (la Constitución y también el resto de leyes y de norma de rango inferior), hay unos que son preponderantes, que son más importantes, y que son los derechos denominados "fundamentales" (de los artículos 14 al 29 y el de la objeción de conciencia, que es el 30). Son unos derechos que iluminan a todos los demás.

Otra cuestión importante es que el secreto profesional, en el mencionado artículo 24.2, se equipara a las relaciones de parentesco. Veamos cual puede ser su fundamento. La persona necesita tener relaciones afectivas con su círculo más íntimo (el del parentesco más cercano), y a las personas

de este círculo no se les puede pedir que colaboren con la Administración de Justicia en la búsqueda de la verdad forense sin provocarles un conflicto afectivo para llegar a ella. Por lo tanto, ante este conflicto, no se puede exigir a los ciudadanos que colaboren con la Administración de Justicia, diciendo lo que saben, puesto que al hacerlo pueden perjudicar a su marido, padre, hijo o a su esposa ... Este círculo afectivo se debe respetar y no se puede exigir que se traicione.

Hay buenas razones para considerar que el secreto profesional puede y debe equipararse al círculo familiar más próximo. Para ello hay que establecer primero el marco en el cual se hace efectivo el secreto profesional. El legislador constituyente consideró que hay un círculo de confianza que no puede ser sacrificado en aras a una obligación general de colaborar con la Administración de Justicia en la persecución de los delitos. En una sociedad moderna, democrática y solidaria, consideró preferible tener y preservar ese círculo afectivo y de solidaridad que no obligar a colaborar con la Administración de Justicia. No se le puede pedir tanto a la ciudadanía.

La Constitución establece que "la ley regulará los casos" del secreto profesional, pero esta ley no existe a día de hoy y el derecho fundamental del secreto profesional no está desarrollado en ninguna ley exclusiva, sino que está disperso parcialmente en varias leyes que abordan aspectos parciales. Este es uno de los principales problemas que ha sido reiteradamente reclamado por la doctrina y por muchos sectores profesionales.

¿Qué justificación tiene el derecho fundamental del secreto profesional?
Por qué hay que preservarlo?

Aquí ya empiezan las diferencias. En primer lugar, coexisten diversas clases de “secretos” a los cuales la legislación ampara y en los cuales “el círculo de confianza” puede tener distinto significado. Por ejemplo, el secreto de empresa (Art.. 279 del CP); el secreto sobre información privilegiada (Art.. 442 del CP); secreto derivado de información declarada secreta o reservada (arts. 584 y 598 del CP); el secreto sobre actuaciones judiciales declaradas secretas (Art.. 466.1 del CP). Pero todas estas clases de secretos no son los que propiamente denominamos “secreto profesional”, que es aquel que vincula a un profesional que presta servicios personales (no materiales) a un público que acude a él en la confianza de sus conocimientos técnicos o científicos para recabar su ayuda y al cual precisa revelar algún dato de su intimidad, personal o familiar precisamente para la obtención de aquella ayuda que le reclama.

Por lo tanto, podemos decir que deben darse tres características para poder hablar de secreto profesional³ : a) se acude a él como la persona que deberá actuar de manera profesional (no como un amigo o conocido al que se pide un consejo); b) se confía en ella con una finalidad de ayuda, de acompañamiento o terapéutica; y c) se le revela (de forma voluntaria o involuntaria) datos íntimos personales a tal fin. Ese núcleo de datos íntimos es lo que justifica que lo denominemos secreto profesional.

El bien jurídico que el secreto profesional trata de amparar varía en función de la clase de profesional al que afecta. Por ejemplo, al profesional de la

³ STS (2ª) 4.4.01 núm. 574/2001 La misma sentencia define como profesional al que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada.

información que se ve amparado por el artículo 20.1 letra d) de la CE⁴, lo que se pretende proteger por el secreto es la fuente de información del profesional –como valor instrumental- que garantiza con ello el derecho a recibir por parte de la sociedad una información veraz –que constituye un valor en si mismo-. En cambio, en el caso del abogado y del procurador el secreto profesional alcanza a todo aquello que hayan conocido de su cliente en razón de la defensa de sus intereses y por ello, el bien jurídico último a preservar es el del derecho de defensa que también recoge el artículo 24.2 de la CE. En cuanto al secreto profesional de los que ostentan el estado religioso, puede encontrarse en la libertad de creencia o libertad religiosa que justifica que los que detentan en este mundo la representación de un Ser Superior no son los destinatarios últimos de la confidencia realizada sino meros intermediarios y, en consecuencia, no pueden disponer de ella libremente.

Sin embargo, en el caso del secreto profesional que aquí nos ocupa, el del terapeuta, es que el mismo (Art.. 24.2 último párrafo de la CE) preserva otro derecho fundamental, que es el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 de la CE). Siguiendo a Orlando Cano⁵ el secreto profesional tiene como derecho fundamental un valor instrumentalista en su ejecución para preservar otro derecho fundamental, el de la intimidad personal y familiar, que es un fin en sí mismo puesto que deriva de la misma dignidad humana⁶.

⁴ Art. 20.1 d) de la CE dispone que: *Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

⁵ ORLANDO CANO. *Confidencias. El secreto profesional en la psicología.* Fundamentos en Humanidades. Febrero Marzo 2002. Universidad Nacional de San Luis Argentina. Pags. 135-146

⁶ Así lo declara el Tribunal Constitucional en su sentencia 159/09 (FJ 3) “:... *Este derecho, que aparece configurado como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, y que deriva de la dignidad de la persona humana que reconoce el Art.. 10 CE , implica la existencia de un*

Todo ser humano tiene un círculo de sentimientos, de vivencias, de hechos, de conductas, que son la parte más íntima de su personalidad, forman parte del desarrollo de la personalidad, y eso se debe respetar. Es lo el Tribunal Constitucional⁷ ha venido a denominar la “autodeterminación informativa”, siguiendo el concepto ya acuñado por el Tribunal Constitucional alemán.

Por tanto, el secreto profesional que ampara al terapeuta está protegiendo, en su núcleo, el derecho a la intimidad⁸. El deber al secreto profesional es un deber que tienen todos los profesionales a los que se confía un secreto: tienen la obligación de preservarlo, y el ciudadano, el paciente, tiene derecho a que se le respete este círculo de intimidad que nadie tiene derecho a desvelar, si no es con su consentimiento.

Y en relación al consentimiento cabe destacar que, desde el punto de vista penal, se confirma la impunidad de la conducta del terapeuta que revela un secreto con la conformidad de su cliente por cuanto el propio Código Penal dispone que el perdón del ofendido o perjudicado por la revelación extingue la acción penal o la pena impuesta⁹, y además, que la persecución

ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4 ; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 10 ; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3.b.”

⁷ Ver STC 134/99

⁸ Ver Auto 600/1989 de 11 de Diciembre del Tribunal Constitucional que en su FJ 2º dice: “*El secreto profesional, en cuanto justificar por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el Art. 18.1 de la Constitución garantiza en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía para la privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secretor de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutelar sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el Art. 18.1 de la Constitución garantiza”.*

⁹ Art. 201.1 del CP: “*Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.*

de este delito sólo puede ser perseguible a consecuencia de una denuncia de la persona agraviada¹⁰. Es decir, que si se ha revelado algún secreto de un usuario sin contar antes con su consentimiento, sólo se podrá perseguir penalmente la comisión de este delito si la persona agraviada (el usuario) interpone la correspondiente denuncia y no si la interpone un tercero o el Fiscal. Y además, si iniciado el proceso penal el perjudicado perdona a su terapeuta y así lo proclama ante el Juzgado, la causa penal deberá ser archivada.

Este es el fundamento individual del secreto profesional, pero hay un fundamento que también es colectivo: Toda profesión que se dedica a ayudar a otro precisa que la sociedad sepa que lo que se conoce, no lo desvelará, es decir, el interés está en la sociedad. Al colectivo de trabajadores sociales, de abogados, de médicos, de psicólogos, etcétera, le interesa que la sociedad en su conjunto sepa que su profesión hace gala de preservar el secreto profesional. Se desborda la línea del individuo considerado como único y se entra en el grupo: a la sociedad le resulta necesario y conveniente que haya áreas que no se puedan desvelar. Por lo tanto, tiene dos fundamentos: uno individual y otro de colectivo¹¹. Si se vulnera el secreto profesional con el consentimiento del usuario, no habrá responsabilidad penal ni civil del profesional pero puede que, en el ámbito deontológico, pueda tener algún reproche en función de los diferentes estatutos profesionales.¹²

¹⁰ Art. 201.3: “El perdón de su ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta...”

¹¹ En el mismo sentido MICHAVILA NUÑEZ, Jose Maria (1991) *Derecho al secreto profesional y el artículo 24 de la Constitución: una visita unitaria de la institución*. Estudios sobre la CE: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Pag. 1415- 1433; SERRANO GONZALEZ DE MURILLO José Luis, *Alcance del deber de secreto profesional del profesional sanitario ante la administración de Justicia*. (2005)

¹² ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María, III Congreso Nacional de Derecho Sanitario. *El secreto y el nuevo Código Penal* Pág. 3

La necesidad de que se regule de una vez por una ley el derecho al secreto profesional, aparte que es una exigencia jurisprudencial¹³, deriva de que los profesionales deben saber y el legislador debería decir en qué condiciones se ha de preservar el secreto profesional, en qué condiciones y sobre qué extremos. Pero también hay que plantearse la otra cara del secreto profesional, como son las excepciones: ¿Cuándo se ha de desvelar el secreto profesional?

¿Puede configurarse un blindaje absoluto y en todos los casos del secreto profesional? Sin duda todas estas cuestiones las deberá resolver el legislador en un futuro.

3. El conflicto derecho fundamental/obligación procesal, hoy.

A falta de esta regulación legal específica, nos encontramos con un panorama legislativo que, a primera vista, es poco clarificador para el profesional.

Debemos distinguir dos supuestos distintos. El primero sería el conflicto o contradicción entre un derecho fundamental, como es el de mantener el secreto profesional, y una obligación de carácter procesal pero que no alcanza a la categoría jurídica de derecho fundamental. El segundo supuesto se da en los casos de conflicto entre dos derechos fundamentales.

El primer supuesto concurre en este caso en el conflicto entre el derecho a mantener el secreto profesional (Art.. 24.2 de la CE) y, por ende, no tener

¹³ En la STC 70/2009 (FJ 3) el Tribunal Constitucional ya ofrece pistas de cómo debe configurarse una ley delimitadora de un derecho fundamental. Y también en la 206/2007 (FJ 5) donde se hace hincapié en la necesaria existencia de una ley para delimitar derechos fundamentales.

la obligación de declarar sobre hechos presuntamente delictivos contra la obligación genérica establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM, en adelante) en su artículo 262¹⁴. Este es el conflicto que más a menudo plantean los profesionales no jurídicos puesto que es una obligación perfectamente interiorizada por dicho colectivo en su conjunto. Entonces el profesional se pregunta ¿qué tengo que hacer? ¿Respetar el secreto profesional o, por el contrario, tengo que denunciar un hecho que me ha relatado y que puede ser delito?

Hay varios criterios interpretativos que permiten considerar que si concurren los requisitos que antes hemos visto sobre la obligación de mantener un secreto profesional, éste debe prevalecer ante la obligación genérica de denunciar “inmediatamente” el hecho ante la autoridad. En primer lugar, por el criterio de jerarquía normativa, debe prevalecer lo establecido en la Constitución por ser la norma superior de todo el ordenamiento jurídico español y a la cual deben adaptarse por interpretación todas las demás normas, sean preconstitucionales o no. Y si entre las primeras (como es aquí el caso) hubiese alguna que no admitiese una interpretación acomodaticia a la Carta Magna, debe ser expulsada de nuestro ordenamiento. En consecuencia, al ser una ley preconstitucional, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nada menos de 1882¹⁵, no puede ser aplicada con primacía sobre la Constitución, si es que se considerara que no hay una interpretación del artículo 262 que permitiese la compatibilidad de las normas y que la segunda fuere subsidiaria de la primera (por ejemplo,

¹⁴ Art. 262 de la LECRIM “*Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.*

Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente.”

¹⁵ Real Decreto de 14 de Septiembre de 1882 (*Gaceta de Madrid* núm. 260 a 283, de 17 de Septiembre a 10 de Octubre)

por considerar que se refiere a los profesionales que no se hallen vinculados por el secreto profesional porque no concurren las notas de confianza terapéutica y de necesidad de revelación para obtener el servicio que ejerce el profesional).

En segundo lugar, por el criterio cronológico. Como hemos dicho la LECRIM es de 1882 y una la ley anterior que se contradice con una ley posterior (la CE es de 1978, como es sabido) debe ceder ante la más reciente si es de rango igual o superior.¹⁶ En tercer lugar, está la naturaleza jurídica del derecho/obligación de mantener el secreto profesional que como hemos indicado tiene el carácter de un selecto y restringido conjunto de derechos que nuestra Constitución denomina (en coincidencia con la legislación internacional) “derechos fundamentales”. Por el contrario, la obligación de denunciar –sin más matices- de los profesionales no tiene aquella naturaleza “fundamental” ni tampoco se trata de un “derecho” propiamente dicho, sino simplemente una obligación de carácter procesal, de carácter adjetivo, y no de carácter sustantivo. Y finalmente está el criterio de la especialidad. En el artículo 24.2 se exime, como hemos visto, a los sometidos al secreto profesional de declarar sobre hechos presuntamente delictivos, lo cual obviamente comprende también que no deben denunciarlos puesto que sería una contradicción irresoluble sostener que hay que denunciar pero que no hay que declarar¹⁷. Por el contrario, los artículos 262 y concordantes de la LECRIM estaban previstos para todos los profesionales, excluidos únicamente los abogados, procuradores y eclesiásticos¹⁸. Sin embargo, la Constitución al incluir el secreto

¹⁶ Pueden haber excepciones ante leyes especializadas en una materia.

¹⁷ En el mismo sentido SERRANO GONZALEZ DE MURILLO José Luis, *Alcance del deber de secreto profesional del profesional sanitario ante la administración de Justicia*. (2005) Pág. 140

¹⁸ Art. 263 de la LECRIM: “La obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que

profesional entre los derechos fundamentales ya no distingue entre unos profesionales y otros, de ahí que, mientras no se desarrolle por ley el secreto profesional, hay que entender que abarca a todos los profesionales a los cuales sus normas deontológicas o legales les atribuye el derecho/deber del secreto profesional.

No está de más considerar que al legislador no le ha preocupado en demasía el cumplimiento de aquella obligación contenida en la LECRIM puesto que no se ha tomado la molestia de actualizar el importe de la multa en caso de incumplimiento de la obligación de denunciar que se mantiene desde 1955 en la suma de 25 a 250 pesetas (sic). Poca importancia se le ha dado al precepto en cuestión, cosa que para algún autor ya es argumento suficiente para hacer decaer aquella obligación procesal de la LECRIM.¹⁹

Los mismos argumentos podríamos esgrimir ante la pretendida obligación contenida en el artículo 417 de la LECRIM²⁰ en el sentido que los profesionales no están exentos de declarar a menos que sean funcionarios públicos a los que sí reconoce que puedan estar sometidos a secreto por ostentar un cargo. Por ello, si bien un profesional –sea funcionario público o no- debe comparecer ante un Tribunal si es llamado, ello no significa que deba contestar a todas las preguntas que se le hagan y que conlleven necesariamente la revelación de un secreto. Incluso, siguiendo a Serrano

recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y Ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su Ministerio”.

¹⁹ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*. Cap. VIII Pág. 206.

²⁰ Art. 417 *No podrán ser obligados a declarar como testigos:*

1º Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

2º Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.

3º Los incapacitados física o moralmente.

González de Murillo²¹ puede prestar juramento a decir verdad puesto que cuando lo hace aun desconoce las preguntas que se le van a formular y por lo tanto no incurre en perjurio si ante una pregunta que pueda conllevar una respuesta reveladora del secreto profesional pida acogerse al mismo.

Hay otras leyes más modernas que se han preocupado, en aspectos concretos, de preservar el secreto profesional. Hay varios ejemplos y entre ellos se puede citar el caso de los donantes en la reproducción humana asistida,²² ámbito en el que existe una preocupación en favor de preservar siempre la intimidad de los donantes, a pesar de que también se contempla algún supuesto excepcional y extraordinario en el que deba revelarse la identidad del donante. Incluso en ámbito tributario se contempla el respeto a la intimidad y por ello el secreto profesional puede tener también una cabida limitada. El Tribunal Supremo estudió la nulidad de un precepto que exigía en la factura objeto de desgravación la descripción del tipo de asistencia médica realizada, cosa que fue impugnada por estimar que tal descripción podía afectar a la intimidad del contribuyente. Así lo estimó el Tribunal Supremo y declaró nula aquella obligación centrando el deber de colaboración con las autoridades tributarias por parte de los profesionales que asesoran en temas fiscales a los datos patrimoniales de sus clientes, exclusivamente²³.

²¹ SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, José Luis, *Alcance del deber de secreto profesional del profesional sanitario ante la administración de Justicia*. (2005) Pág. 143

²² Ley 14/2006 de 26 de Mayo en su artículo 5.5 de similar redacción de su predecesora Ley 35/88 de 22 de Noviembre.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 6.3.89 (sala Tercera) que declaró la nulidad del artículo 3.1. letra d) del RD 2402/85 de 18 de Diciembre.

El terapeuta y sus dilemas con el secreto profesional.

Por su parte la hoy vigente Ley General Tributaria²⁴ en su artículo 93.5 ya dispone que : “... 5. *La obligación de los demás profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración tributaria no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atente contra el honor o la intimidad personal y familiar. Tampoco alcanzará a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.*

Los profesionales no podrán invocar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria. “

Otra ley más cercana, del año 2000, la de Enjuiciamiento Civil, contiene un precepto muy atinente al caso. El artículo 371 dispone: "*En caso de que haya una persona en el ámbito civil que esté sometida a secreto profesional, podrá decir al juez que lo libre de contestar determinadas preguntas para no vulnerar este derecho, y el juez le dirá si es necesario o no que conteste las preguntas, porque eso le afectaría al secreto profesional.*"

Por lo tanto, en el ámbito civil ya hay una ley que, siempre consultando con el juez, exime de declarar.

²⁴ Ley58/2003 de 17 de Diciembre.

La ley de tratamiento de datos automatizados de 1999²⁵, también muestra una gran preocupación en preservar la intimidad personal y familiar de las personas, además del honor.

Asimismo el legislador penal moderno se hizo eco de esta preocupación por el secreto profesional al introducir el delito de revelación del mismo en el Código Penal de 1995 (Art. 199), haciéndose eco de un clamor que reclamaba esa inclusión. Recordemos con Serrano²⁶ que entre 1870 y 1995 no estuvo previsto en nuestro Código Penal el delito de revelación de secreto, aunque paradójicamente sí lo estuvo en el Código Penal de 1822 en el cual se mencionaban las profesiones sujetas al mismo entre las que se citaban expresamente los barberos y las comadronas.²⁷

Como se puede ver, el legislador desde 1882 (cuando entró en vigor la LECRIM) hasta nuestros días ha tenido, en determinados momentos históricos, más preocupación en la preservación del secreto profesional que en actualizar la multa por incumplimiento de aquella obligación genérica del deber de denunciar cualquier delito público que conozca por razón de la profesión o del oficio. Eso ya es una buena pista de la importancia y preponderancia del mantenimiento del secreto profesional, como norma

²⁵ En sus artículos 1, 10 y 11. En el artículo 10 se recoge expresamente la obligación por parte del encargado del secreto y de quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos del secreto profesional.

²⁶ SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, José Luis. *Alcance del deber de secreto del profesional sanitario ante la Administración de Justicia Penal*. Pág. 140

²⁷ . ROMEO CASANOVA, Carlos María. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Capítulo VIII *Revelación de secretos laborales profesionales* Pág. 184; COLLADO VAZQUEZ Susana, VAZQUEZ VILA Maria Asunción y COLLADO VAZQUEZ. Secreto profesional del fisioterapeuta Revista de la Facultad de Ciencias de la Salud Universidad Alfonso X el Sabio. Vol. I año 2003, Pág. 8 . El Art. 424 CP 1822, el cual se refería a «Los eclesiásticos, abogados médicos, cirujanos, boticarios barberos, comadrones, matronas o cualesquiera otros que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su estado, empleo ó profesión lo revelen, fuera de los casos en los que la Ley lo prescriba, sufrirán un arresto de dos meses a un año y pagarán una multa de treinta a cien duros...».

general. Esperemos que el legislador futuro lo tenga presente en redactar la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.²⁸

4. Conflicto entre derechos fundamentales

Pero dando un paso más, vayamos a la otra cuestión verdaderamente delicada y compleja: cuando el conflicto de normas se centra en una colisión de derechos fundamentales entre sí y hay que decidir cual de ellos debe sacrificarse en beneficio del otro. Aquí ya no estamos como en el supuesto examinado anteriormente ante un conflicto entre un derecho fundamental y una obligación de carácter procesal. En este caso ya se produce un verdadero choque de trenes. Normalmente, el derecho a la intimidad del paciente o usuario por un lado, y por otro, cualquier derecho a la indemnidad (a no sufrir daño o a no seguir sufriendo daño) de un tercero.

Cuando hay un conflicto entre derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la libertad sexual, a la integridad física, etc. y entra en colisión con el derecho a la intimidad de la persona a la que se acusa de originar ese daño, es cuando surge la necesidad de debatir el régimen de las excepciones para el secreto profesional. Aunque la legislación no lo haya hecho,²⁹ afortunadamente la sociedad civil va por delante de los legisladores en muchos aspectos, y la mayoría de los colegios profesionales

²⁸ En la actualidad está en previsión la próxima aprobación de un anteproyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁹ En el Código Penal estuvo ausente entre 1870 y 1995, excepto en el breve período de la Dictadura de Primo de Rivera. SERRANO GONZALEZ DE MURILLO obra citada, Pág. 140

disponen desde hace tiempo de códigos deontológicos que son extraordinariamente orientativos. En estos códigos están las bases en las que el legislador debería basarse.

Es en estos casos, cuando surgen una serie de preguntas inevitables ¿Puede un terapeuta tener responsabilidad penal por no revelar el secreto profesional? ¿Y puede tenerla si lo revela indebidamente? ¿Quién está exonerado del deber de guardar el secreto profesional? ¿Y los colaboradores del terapeuta también se ven afectados por el secreto profesional de éste? Efectivamente, todas estas preguntas necesitan de respuestas separadas e incluso debidamente matizadas.

Empecemos por afirmar que todo lo relativo al secreto profesional que afecta al profesional de los servicios sociales, psicoeducativos y socio sanitarios es aplicable al personal colaborador del mismo. Cualquier conocimiento que tengan en el ejercicio de su trabajo las personas del mismo equipo, o servicio o despacho del terapeuta se ve sujeto a la obligación del secreto profesional, e incluso si la información les ha llegado de forma accidental. No hay ninguna discrepancia en la doctrina acerca de que el artículo 199.1 del Código Penal contempla el delito de revelación de secretos por parte del empleado o colaborador del profesional.

4.1. El secreto profesional sobre hechos ya fenecidos.

Dicho esto y volviendo al secreto profesional, hay que distinguir dos supuestos claramente diferenciados: a) el de revelar un secreto profesional

sobre hechos pasados y fenecidos en el tiempo (por ejemplo, desvelar que el cliente nos reveló haber matado una persona); y b) del supuesto de advertir de la actual o inminente comisión de un delito grave que pueda cometer el usuario, es decir, un delito que atenta contra bienes jurídicos materiales como la vida, la salud física o psíquica, la libertad, la libertad sexual (por ejemplo, unos abusos sexuales continuados o un riesgo de infección por contagio). Este supuesto es mucho más arriesgado y complejo.

Si empezamos por los referidos a los hechos fenecidos, los agotados en el tiempo, el profesional ya no puede prevenir daños futuros. Simplemente le ha sido confiado el secreto de la autoría de un delito a lo largo de su intervención profesional (por ejemplo, de un asesinato o de unos malos tratos aislados). El profesional ha sido un confidente necesario en la ayuda que éste debe prestar al usuario. El dato se lo ha revelado el mismo usuario o lo ha descubierto el profesional durante el mismo tratamiento. En estos casos, entiendo que el secreto profesional como derecho fundamental se despliega plenamente y por ello, el terapeuta no puede ser obligado a revelar un secreto que ha conocido a lo largo de su intervención profesional. Se constatan las dos características propias de la configuración del secreto profesional: la confianza en el profesional por parte del usuario que acude en busca de ayuda y la correlativa revelación de su intimidad. Si se obligara al profesional a denunciar a su cliente o a declarar en su contra, sin la conformidad de éste en un proceso penal, la consecuencia social sería una desconfianza en los profesionales de la acción social, psicoeducativa y socio sanitaria que no podrían cumplir con efectividad la tarea de ayuda que les ha sido conferida. El sistema de convivencia democrático y solidario en el que se configura un Estado Social y de Derecho exige que todo ciudadano tenga un círculo próximo al que acudir en busca de ayuda,

bien sea el de su de familia más cercana (también incluida en el artículo 24.2 de la CE), o bien sea el de un profesional especializado que le pueda ayudar. En estos casos, como ya hemos dicho, el deber de colaborar en la búsqueda de la verdad forense (persecución de los delitos) a la que se dedica la Administración de Justicia debe ceder ante aquella necesidad humana de buscar ayuda en los más próximos. Para la persecución de los delitos ya tiene el Estado democrático otros mecanismos personales y materiales dedicados a tal fin (policías, fiscales, jueces, tribunales, cárceles etc.) y no puede convertir a todos los profesionales terapeutas en confidentes forzosos de su aparato de Justicia.³⁰

4.2 El secreto profesional ante un posible delito inminente.

¿Qué sucede cuando lo que se le revela al profesional como íntimo es la voluntad de seguir cometiendo un delito grave o de cometerlo en un futuro inmediato? ¿Puede el profesional tener responsabilidad penal por revelar un secreto cuando no debiere hacerlo?.

Sobre el papel es así, porque lo prevé el artículo 199.2 del CP³¹. Efectivamente nuestro legislador penal de 1995 (actual CP vigente aunque ha recibido reformas puntuales posteriores), ha querido castigar su revelación, en consonancia con la categoría de derecho fundamental que le otorga el artículo 24.2 de la Constitución (CE).

³⁰ En palabras de SERRANO GONZALEZ DE MURILLO “*si se admitiera aquí la justificación de revelar secretos el médico se convertiría en un mero agente de la Administración de Justicia, lo que no se encuentra entre sus funciones de profesional.*” Obra citada Pág. 145.

³¹ Art. 199.2 del CP dice: “2. *El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.*”

4.2.1 Causas de justificación legal si lo revela.

Pero nuestro CP también prevé alguna causa de justificación (eximente ³²) que puede exonerar de responsabilidad penal a quien revela un secreto profesional en el caso que estamos analizando. Consiste en que si revelando un secreto que ha conocido por razón de su cargo y derivado de la función de ayuda social, psicoeducativa o socio sanitaria que le ha sido confiada, ha podido evitar a otra persona un daño mayor (es decir un delito grave) que el daño que él ha causado a su paciente por desvelar aquello que le había confiado. Este podría ser el caso del terapeuta que desvelando un secreto de su cliente como portador del virus del SIDA puede verse obligado –por la reiterada falta de colaboración del mismo- a advertir a la persona que convive con aquel de la situación existente para que tome precauciones y evite el riesgo de infección.

Pero también existiría otra causa eximente de responsabilidad penal para los ejercientes de un determinado oficio o profesión³³ que podría encuadrarse en el caso de determinados profesionales, como los de la medicina, que están obligados a comunicar a las autoridades sanitarias los casos de enfermedades infecciosas³⁴. Lo que se ha venido en denominar el imperativo legal.

³² Art. 20.5 del CP dice: “*Están exentos de responsabilidad criminal:5º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*”

³³ El Art. 20.7 del CP dispone “... 7º *El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.*

³⁴ Ver Ley Orgánica 3/1986 sobre medidas especiales en materia de salud pública

Pero otros profesionales pueden acudir a sus códigos deontológicos³⁵ los cuales incluyen siempre excepciones a la salvaguarda del secreto profesional cuando mantenerlo pueda provocar daños graves a terceras personas, al propio paciente e incluso al propio terapeuta (en algunos casos con el matiz que dicho daño al profesional provenga de una actuación maliciosa de su paciente).³⁶ Por lo tanto, también en estos casos el terapeuta podría exonerarse de una responsabilidad penal porque se ha visto obligado a revelar un secreto por imperativo legal o deontológico. Incluso el Código deontológico de los Abogados,³⁷ adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, aprobado en el Pleno de 27.9.02, acude a esta referencia en los casos en que al no revelar el secreto profesional se cause un “*perjuicio irreparable o una flagrante injusticia*” a un tercero. En estos casos el abogado podrá acudir a su Decano para recibir orientación sobre cómo abordar el conflicto.

³⁵ Cod. Deontológico del psicólogo (Art. 8, 40, 41, 42); de los Trabajadores Sociales (Art. 36 y 40); de Ética y deontología médica de la OMC (Art. 16 a 20), Puede ser significativa el punto 6 de la Declaración de Madrid de 25 de agosto de 1996 de la Asociación Mundial de Psiquiatría: «*Toda la información obtenida en el marco de la relación terapéutica es y debe permanecer confidencial, utilizándose única y exclusivamente con el propósito de mejorar la salud mental del paciente. Al psiquiatra se le debe prohibir utilizar tal información para satisfacer sus deseos personales o para acceder a beneficios económicos o académicos. La violación de esta confidencialidad sólo sería aceptada ante la posibilidad de serios daños físicos o mentales para el paciente o para terceros. Aunque en tales circunstancias el psiquiatra deberá, en la medida de lo posible, informar primero al paciente sobre las acciones a tomar*».por citar algunos. Pronunciamientos de carácter deontológico..

³⁶ Ver códigos de deontológicos de médicos , de psicólogos, de trabajadores sociales, entre otros.

³⁷ Artículo 5.8 dice: “ 8. *El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del mismo*”. www.cgae.es

4.2.1.1 La necesaria y debida ponderación.

Por ello, respecto a la revelación de un secreto profesional podemos concluir que existen motivos legales que la justifican por razón de que, ante una colisión de derechos fundamentales, existen mecanismos legales para desvelar aquello que puede evitar un mal grave a terceros, al propio usuario e incluso al mismo profesional. Pero para ello no bastará con tomar la decisión del sacrificio de la intimidad del paciente sin mayor reflexión. Sin duda, una medida de esta naturaleza exige que se haga una ponderación de los derechos en conflicto o el denominado *juicio de proporcionalidad* para que la medida adoptada sea idónea, necesaria y proporcionada para sacrificar el derecho a la intimidad³⁸.

Y tal reflexión, ¿debe hacerla el profesional en solitario?. Sin duda en la actualidad lo habitual es el trabajo integrado en equipos, muchas veces pluridisciplinarios, en los que el profesional afectado puede compartir el dilema que se le presenta. Y los demás están también obligados por el mismo secreto profesional. Como ya hemos mencionado anteriormente, el Código Penal castiga³⁹ la revelación del secreto profesional obtenido no directamente de la fuente emisora (el usuario) sino del profesional con el que se trabaja o para el que se trabaja.

³⁸ Ver STC 159/2009 (FJ 3) y 70/2009 como más recientes.

³⁹ Art. 199.1 dispone: “ 1. *El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*”

Pero como dice Serrano González de Murillo⁴⁰ en relación a los profesionales de la medicina, para algunos esta decisión dilemática corresponde exclusivamente al propio médico y el juez debe limitarse a comprobar que efectuó en su momento una ponderación de los bienes jurídicos (derechos a proteger por la norma) en conflicto. Sin embargo, para otro sector de la doctrina lo que procede es establecer mecanismos de ayuda al profesional para adoptar la decisión correcta. A estos efectos, las comisiones deontológicas son un buen instrumento para consultar la decisión a tomar por el profesional e incluso el poder acudir al propio juez para que le sea trasladada la cuestión sin referencias explícitas al secreto confiado. Y esa parece la solución adoptada por el legislador español en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴¹ (LEC) la cual faculta al profesional a explicar al juez que le obliga el secreto profesional con lo cual el juez puede liberarle de contestar alguna de las preguntas que se le hagan y que se refieran a hechos que hayan podido ser revelados en una relación profesional que obliga al secreto profesional.

Sin embargo, puede que, en la actual legislación, el remedio de acudir al juez no siempre sea posible en la actual legislación en todos los casos, ya que en los que no hay caso procesal abierto, no se prevé ningún mecanismo de “consulta judicial” *a priori* que pueda orientar al profesional. En estos casos, hay que acudir al Colegio Profesional para que nos oriente en la decisión que sea correcta desde la ética y la deontología profesional. Así pues, el remedio del artículo 371 de la LEC sólo nos sirve para el caso de

⁴⁰ SERRANO GONZALEZ DE MURILLO José Luis, *Alcance del deber de secreto profesional del profesional sanitario ante la administración de Justicia*. (2005) Pág. 147

⁴¹ Art. 371 de la LEC prevé que :” 1. Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta.”

que el secreto afecte a hechos pasados, situación a la que antes nos hemos referido (y que haya un procedimiento abierto) pero no al de los hechos delictivos que se están produciendo o van a producirse de forma inminente.

4.2.2 ¿ Y si decide la no revelación del secreto?

Examinemos a continuación el caso contrario. El terapeuta no revela a ninguna autoridad que su paciente está en situación de cometer un delito grave o de seguir cometiéndolos. Y el paciente lo comete. ¿Puede verse sometido el terapeuta a una responsabilidad penal por aplicación del artículo 450.2 del CP⁴²? ¿Debería haber acudido el profesional a una autoridad para advertirle del riesgo cierto, inminente y grave para un tercero? ¿O le ampara el secreto profesional? Estas son precisamente una de las razones de peso para desarrollar en una ley el alcance y los límites del secreto profesional para que oriente la conducta de los profesionales ante estos casos límite.

4.2.2.1 El profesional no es un garante de la conducta del usuario.

Debemos empezar por indicar que no hay una respuesta unívoca a la cuestión. Algunos autores⁴³ apuntan en el sentido de que el secreto

⁴² 450 CP “ 1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.”

⁴³ Con matices, ROMEO CASANOVA, Carlos María. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Capítulo VI Revelación de secretos laborales profesionales Pág. 203; (según cita tomada de

profesional puede alcanzar y amparar también estos supuestos de hechos que se están produciendo o que se van a producir de manera inminente porque esencialmente el profesional no es un garante de la buena conducta del usuario o cliente. Su tarea es la de ayudarlo profesionalmente y no la de garantizar el bienestar de otros. Aparte de que, sin duda, el pronóstico delictual de un usuario puede realmente ser muy difícil de acertar. En cualquier caso, en esta búsqueda de respuestas de la que estamos hablando, la voluntad delictiva debe constar de manera decidida y firme, sin que genere dudas en el profesional de que se llevará a efecto de forma inminente. Si no fuera más que una expresión difusa, vaga, de lejanía en el tiempo, o una mera hipótesis no cabría duda, a mi entender, de que se debe confiar en la labor terapéutica del profesional, o bien en su acción educativa, para neutralizar o reconducir lo que es un simple deseo o una vaga determinación. En estos casos, creo que, como nos explica Virginia Mayordomo,⁴⁴ el modelo francés con los menores es una buena senda por cuanto refiere la acción judicial como *ultima ratio*, subsidiaria de la actuación educativa de los profesionales para encauzar la situación y así prevenir un hecho delictivo grave.

JUDIT GARCIA SANZ en su obra *El secreto profesional en el ámbito sanitario* Pág. 477 :BARBERO GUTIERREZ, J., *Sida y familia: cómo y a quién informar*, MEDIFAM, 1994-4, Pág. 91. Este autor considera que aunque éticamente pudiera ser admisible desvelar el secreto en situaciones de conflicto, las consecuencias negativas para las estrategias de salud sedan muy importantes, pues algunos pacientes dejarían de ir al médico por miedo a que se enterasen su pareja o sus amigos. Estiman preferente el deber de secreto frente al deber de impedir delitos: ; SOLA RECHE, E., Algunos problemas relativos a la intimidad del paciente VIH+, *Derecho y salud*, n° 1, 1995, Págs. 334 ss.

⁴⁴ MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. *Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional*. Actualidad Penal n° 33 semana 9. 15 sept. 2002, Pág. 846.

4.2.2.2 Ante una decisión firme y decidida del usuario de cometer nuevos delitos.

Pero para no hurtar el debate ideológico o teórico, vamos a situarnos ante una decisión resuelta, creíble y decidida por parte del usuario y que así la percibe el profesional, y para apurar más el caso teórico añadamos que aquel ya ha agotado todos sus habilidades terapéuticas o educativas para disuadir al usuario de su propósito delictivo. El profesional ya ha acudido a sus círculos concéntricos más próximos (el de su equipo y el de la comisión deontológica de su corporación), los cuales no le han sabido orientar en la toma de una decisión o de una alternativa para resolver el conflicto, cosa que resulta poco probable hoy en día. Ante ello ¿qué debe hacer?. Sabe además que ha agotado todas las alternativas posibles como la ayuda de familiares de su paciente, de amigos o de personas que puedan ejercer una influencia en el atendido.

Ante tal dilema, si el profesional opta por la consideración que, examinados los derechos fundamentales en conflicto, debe primar el del secreto profesional porque responde a la protección de la intimidad del usuario que, a su vez, deriva del desarrollo de su personalidad y de la dignidad humana⁴⁵. Ello antes que a la de la vida, la integridad física o psíquica, la libertad, la libertad sexual de una tercera persona adulta (más adelante veremos el caso de los menores). Esta decisión puede encontrarse con la reiterada jurisprudencia constitucional de que incluso los derechos fundamentales (recordemos aquellos que se encuentran en los artículos 14 a 29 y la objeción de conciencia en el 30 de la Constitución) también tienen límites y no son absolutos y especialmente lo ha proclamado en cuanto al

⁴⁵ STC 143/94 y también STC 134/99, 159/09 y 70/09, entre otras . STS (sala Penal) 4.4.01

derecho a la intimidad, personal o familiar⁴⁶. Y que conforme a una ponderación de los bienes en conflicto, pudiera el derecho a la intimidad ceder ante otros derechos fundamentales -como los acabados de expresar- de terceras personas a las cuales hubiese podido evitar la vulneración de sus derechos fundamentales.

De hecho el Tribunal Constitucional ya ha abordado la cuestión del límite al derecho a la intimidad, personal y familiar, en sus sentencias 159/2009 y 70/2009 al tratar sobre secretos sobre la salud de un trabajador cuando pueda causarse algún perjuicio al propio trabajador o terceros. Y lo hace en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴⁷

Y además podía argumentarse *a sensu contrario* lo ya relatado anteriormente sobre las causas de justificación para revelar un secreto profesional. Con ello, se puede sostener que el legislador ya ha puesto límites (aunque de manera indirecta y poco pedagógica como debería esperarse de las leyes para que cumplan su función orientadora de conductas) al secreto profesional permitiendo supuestos en los cuales su revelación no sea punible por concurrir alguna causa eximente de responsabilidad penal.

⁴⁶ SSTCC 159/2009 (BOE 28.7.09); 70/2009 (BOE 27.4.09)

⁴⁷ STC 159/2009 (FJ 3) : En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como hemos señalado en la ya citada STC 70/2009 , a la que nos remitimos, que reconoce la posible existencia de límites a la garantía de la intimidad individual y familiar del Art. 8 CEDH (como puedan ser las medidas que se adopten para garantizar la seguridad del Estado o la persecución de infracciones penales), siempre que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985 ; caso Leander, de 26 de marzo de 1987 ; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989 ; *mutatis mutandi*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993 ; caso Z, de 25 de febrero de 1997).

Por otro lado, la amenaza del artículo 450 del CP ya mencionada, tampoco es un obstáculo insalvable para el profesional porque existen argumentos suficientes para discutir su aplicación al caso concreto. En primer lugar, porque puede argumentarse que no es aplicable su genérica descripción a los profesionales a quienes obliga el secreto profesional, y que el mismo Código Penal ya les reserva el artículo 199 precisamente para lo contrario. Puede sostenerse que está pensado para el testigo presencial (sea terapeuta o no lo sea) de un hecho delictivo. En este caso, al testigo presencial se le exige alguna actuación: bien que intente impedir el hecho delictivo si no le resulta peligroso para él o para terceros, o bien si hay algún riesgo, dé aviso inmediato a las fuerzas del orden para que éstas puedan actuar. Aquí no hay ninguna relación de confianza entre el testigo presencial y la víctima. Por ello algún autor⁴⁸ considera que ambos tipos penales (199 y 450 del CP) se neutralizan entre sí por cuanto no puede el profesional encontrarse con una disyuntiva mal resuelta en la legislación (de hecho por una falta de regulación con rango legal que lo clarifique) y exigírsele una decisión acertada. Incluso también estaría justificada plenamente la estimación de una causa de error (incluso invencible)⁴⁹ sobre el ilícito de su conducta, es decir, que podría defenderse que el profesional actuó de la manera que lo hizo (por ejemplo no revelando una probabilidad más o menos cierta de la comisión futura de un delito) por creer que el secreto profesional le obligaba a guardar silencio.

⁴⁸ GOMEZ TOMILLO, Manuel, *Limites al deber de secreto médico y derecho penal* (2009), Pág. 28

⁴⁹ Artículo 14 del CP que establece: “ 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

5. La ley penal no lo resuelve de manera clara e inequívoca.

Como hemos visto, nuestra legislación no resuelve de manera clara cuándo el profesional debe hablar y cuándo puede y debe callar. Existen argumentos jurídicos que permiten defender tanto el silencio del profesional ante los hechos pasados de trascendencia penal que le ha conferido el usuario o su cliente en coherencia con su deber de secreto profesional (a menos que el afectado por el mismo le libere del mismo y de manera explícita), como incluso puede haber razones jurídicas (aunque con más dificultades) para mantener el silencio ante la certeza revelada de la comisión de un nuevo delito, es decir, sobre hechos futuribles que luego efectivamente se materializan. Pero en este último supuesto, lo decimos desde la perspectiva del derecho penal, ello no impediría que por la vía de la responsabilidad civil pudiera ser atendible una reclamación por daños y perjuicios contra el profesional dónde podría entrar a examinarse la diligencia con la que ha actuado.

6. El menor como usuario o como víctima

El tratamiento de estas reflexiones merece capítulo aparte cuando estemos delante de un caso en los que interviene un menor, bien sea como usuario o como posible perjudicado en el futuro por la actuación cierta del usuario atendido por el profesional.

Pensemos en el caso del menor como usuario. Sabemos que la ley les otorga derecho a la intimidad como a un adulto y así lo ha proclamado reiteradamente la jurisprudencia constitucional⁵⁰. Pero el menor se halla bajo la tutela de sus padres que son los responsables de su crecimiento y desarrollo como persona y por ello, están sometidos también a responsabilidades legales si no cumplen con dicha función.

Existen dos aspectos legales relacionados con los menores que ahora interesa destacar: 1) es el de que la ley 41/2002 de autonomía del paciente,⁵¹ les reconoce su derecho a la intimidad. Asimismo, se lo reconoce expresamente la Ley Orgánica de Protección del Menor de 1996 en su artículo 4.1⁵².

2) existe la obligación legal para toda persona de poner en conocimiento de la autoridad cuando detecte que un menor se encuentra en una situación de riesgo⁵³. Es sabido que la sociedad actual está especialmente sensibilizada para la protección de los menores y estas dos normas legales citadas lo reflejan. Por ello, podemos decir que si bien no estamos ante el dilema de si los hechos delictivos del pasado (sin riesgo de repetición) cometidos sobre un menor deben ser revelados o no, lo que nos importa es que el menor se encuentre en situación de riesgo o desamparo. Situaciones

⁵⁰ Ver STC 197/91 donde se resuelve que prevalece el derecho a la intimidad de un menor adoptado ante el derecho a comunicar una información por parte de su madre biológica. Asimismo la STC 134/99 sobre unos menores adoptados hecho conocido y divulgado por sus padres adoptivos. Reportaje sobre madre biológica.

⁵¹ LEY 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En su artículo 7 habla del derecho a la intimidad de toda persona, sin distinguir ninguna otra característica.

⁵² “...1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.”

⁵³ LOPM artículo 13.1. Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.....3. Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.”

para las que el Código Penal utiliza, en ocasiones, el término “desvalido”. En estos casos, el profesional terapeuta debe plantearse que no puede seguir silencioso ante una situación de un menor, ya provenga el riesgo de quien ejerce su potestad parental o tutela, o bien provenga de la inexistencia de persona que la ejerza. En cualquiera de estos casos entendemos que no se vulnera el secreto profesional si el profesional comunica a la autoridad (lo más frecuente es que sea a la que se ocupa de la protección a la infancia y adolescencia, que existe en todas las Comunidades Autónomas) que puede existir una sospecha. No se le puede exigir al terapeuta que tenga la certeza absoluta ni que deba averiguarla por sí, puesto que no es su función. Es suficiente que lo comunique su sospecha o simplemente su temor a aquella autoridad administrativa que tienen encomendada la protección del menor.⁵⁴

¿Y si el menor le pide al profesional que no diga nada puesto que se trata ya de un menor “maduro”? Podemos tomar como referencia la Ley de Autonomía del paciente de 2002 ya mencionada cuando se refiere al menor que es capaz intelectualmente y emocionalmente de conocer el alcance de su decisión⁵⁵. En estos casos podemos concluir en el mismo sentido de lo que decíamos para los adultos: el profesional puede revelar el secreto profesional para proteger a su propio atendido de un riesgo grave e inminente sin que por ello deba afrontar responsabilidades penales (puede alegar que como tal está obligado por el artículo 13.1 de la LOPM ya transcrito anteriormente). Pero si opta por el silencio (después de haber agotado todas sus habilidades profesionales para convencer al usuario) puede encontrarse en mayores dificultades puesto que tienen un imperativo

⁵⁴ En el mismo sentido MAYORDOMO RODRIGO, Virginia op. citada. Citada Pág.. 838-839..

⁵⁵ *A sensu contrario* es lo que el artículo 9.3 letra c de la ley 41/2002 define para acceder al consentimiento por representación.

legal (el mencionado artículo 13.1) y que, además, los códigos deontológicos le eximen de la obligación de guardar secreto.

Y la misma conclusión puede establecerse de si es el menor un tercero que corre un riesgo por la actuación previsible, cierta, plausible del usuario del terapeuta. En última instancia, agotadas todas las otras posibilidades, el profesional debe revelar el secreto para proteger al menor de un mal grave.

7. Reflexión final: la respuesta puede estar en la ética o deontología profesional.

De ahí la importancia de que el profesional si no consigue el consentimiento del usuario al que atiende o no ha podido convencerle para que desista de su intención, no deba discernir por sí solo una decisión de esta naturaleza y por ello alcanza relieve la reflexión en común con su equipo y asimismo que pueda contar con la orientación de la comisión deontológica de su colegio profesional. Son decisiones que pudiendo afectar negativamente a terceros requieren ponderación de todas las circunstancias concurrentes y en consecuencia, cuanto más opiniones pueda recabar más pertrechado se sentirá para tomar la decisión acertada.

Pero en el mundo del Derecho no hay fórmulas matemáticas y es frecuente (como en el tema que tratamos) tener que hacer frente a antinomias legislativas, como nos relata Virginia Mayordomo⁵⁶, y a veces no hay una solución apriorística. De ahí la insistencia de tantos estudiosos del secreto

⁵⁶ MAYORDOMO RODRIGO, Virginia op. citada. citada Pág. 851

profesional en la necesidad de que se desarrolle en una ley general el alcance, la naturaleza y los límites del secreto profesional. No se nos escapa la complejidad de la tarea.

Mientras ello no se produzca creo que la solución debe buscarse en primera instancia en la ética o la deontología profesional más que en el derecho puesto que las primeras nos deben señalar que es lo que está bien y lo que no lo está, máxime teniendo en cuenta que el derecho actual nos permite defender diferentes decisiones, incluso de sentido opuesto. ¿Podremos soportar en nuestra conciencia en caso de no haber advertido a una compañía de aviación que su piloto en activo se niega a comunicarles que padece una enfermedad epiléptica para evitar ser apartado de su profesión y posteriormente se produce un accidente aéreo imputable al piloto? ¿ O en el caso del agente de la autoridad portador de armas que también padece un trastorno psíquico que resulta incompatible con el manejo de un arma y posteriormente se materializa aquel riesgo? ¿ O en el caso de un maestro pedófilo que sigue en contacto con menores y comete un nuevo atentado a la indemnidad sexual de uno de ellos?.

En estos casos extremos, tal vez únicamente teóricos, los distintos códigos deontológicos ofrecen reflexiones tal y como ya hemos reseñado anteriormente. En ellos se puede encontrar una sabia orientación.

Barcelona, 1 de julio de 2011.

Carles Cruz Moratones. Magistrado

Texto definitivo

Bibliografía (*)

ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María, III Congreso Nacional de Derecho Sanitario. *El secreto y el nuevo Código Penal.*

ANSOLEAGA SAN ANTONIO, David, GÓMEZ GUTIÉRREZ, Juan Luis
La reflexión ética en la práctica de la educación social
En: IV Congreso estatal del/a educador/a social, Santiago de Compostela, 2004
<http://www.eduso.net/archivos/IVcongreso/comunicaciones/c44.pdf>

BOIX REIG, Francisco Javier
El secreto profesional
En: La protección jurídica de la intimidad/coord. por Ángeles Jareño Leal; Francisco Javier Boix Reig (dir.) 2010, ISBN 978-84-9890-101-6, Págs. 93-108

CALO, Orlando
Confidencias: el secreto profesional en la psicología
En: Fundamentos en humanidades, ISSN 1515-4467, Nº 5-6, 2002 pag 8
<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=18400508>

COLLADO VÁZQUEZ, Francisco José; Susana COLLADO VÁZQUEZ, María Asunción VÁZQUEZ VILÀ
Secreto Profesional del Fisioterapeuta
En: Biociencias, ISSN 1696-8077, Nº 1, 2003
http://www.uax.es/publicaciones/archivos/CCSREV03_005.pdf

ECHEBÚRUA ODRIOZOLA, Enrique
El secreto profesional en la práctica de la psicología clínica y forense: alcance y límites de la confidencialidad
En: Análisis y modificación de conducta, ISSN 0211-7339, Vol. 28, Nº 120, 2002, Págs. 485-502.

FERNÁNDEZ LAMELAS, María Antonia; Teresa ALVAREZ RODRÍGUEZ, J.M.
RAMIRO FERNÁNDEZ, Salomé MARTÍNEZ DE SANTIAGO
El respeto a la intimidad. El secreto profesional en la enfermería

El terapeuta y sus dilemas con el secreto profesional.

En: Cuadernos de bioética, ISSN 1132-1989, Vol. 19, Nº 65, 2008, Págs. 59-66

GARCÍA ALVAREZ, Begoña

Conflictos éticos en la práctica del trabajo social de los servicios sociales básicos

En: Revista de servicios sociales y política social, ISSN 1130-7633, Nº 82, 2008

(Ejemplar dedicado a: La Relación Profesional), Págs. 155-168

GARCIA MACHO, Ricardo. *El secreto profesional de los funcionarios*. Jornadas sobre derecho administrativo y derecho penal. Estudios jurídicos: Ministerio Fiscal. -- Nº - I - 1998.

GARCIA SANZ, Judit. *El secreto profesional en el ámbito sanitario*. Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina : libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani / coordinadores, Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva, Jaime M. Peris Riera ; Pilar Allegue Agüete ... [et al.]. -- Madrid : Dykinson, 2005

GÓMEZ TOMILLO, Manuel

Límites al deber de secreto médico y derecho penal

En: Revista General de Derecho Penal, ISSN 1698-1189, Nº 12, 2009

JIMENEZ-VILLAREJO FERNANDEZ, Francisco. *La aportación de documentos por particulares: El secreto profesional*. Seminario AGIS 2005. Madrid 28-30 de Noviembre de 2005. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia.

MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. *Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional*. Actualidad Penal nº 33 semana 9. 15 sept. 2002.

MICHAVILA NUÑEZ, José Maria (1991) *Derecho al secreto profesional y el artículo 24 de la Constitución: una visita unitaria de la institución*. Estudios sobre la CE: homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterría. Pág. 1415- 1433.

MORETÓN TOQUERO, María Aranzazu

El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador

En: Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León/ coord. por Nuria Beloso Martín, 2006, pags 209-236

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*. Cap. VIII. 2004 Tirant lo Blanc Págs. 184-208.

El terapeuta y sus dilemas con el secreto profesional.

SÁNCHEZ-CARO, Jesús; Javier SÁNCHEZ CARO

Intimidad y secreto profesional en salud mental y psiquiatría forense

En: Psicopatología Clínica Legal y Forense, ISSN 1576-9941, Vol. 4, Nº 1-3, 2004

(Ejemplar dedicado a: Salud mental y derecho civil. XII Simposium de la Sociedad Española de Psiquiatría Forense), pags. 199-205

<http://www.materforense.com/pdf/2004/2004art16.pdf>

SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.) Enjuiciamiento Criminal: Comentarios y Jurisprudencia . Madrid. Editorial Sepin 2010. Comentarios a los artículos 262 y 263.

SANTALÓ RÍOS, Augusto

El secreto profesional

En: Revista xurídica galega, ISSN 1132-6433, Nº 51, 2006, pags. 35-53

<https://www.rexurga.es/pdf/COL247.pdf>

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis

Alcance del deber de secreto profesional sanitario ante la administración de justicia penal

En: Revista Penal, 2005, (15): 137-149, 23 Ref

* selección