



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

José Luis Serrano González de Murillo

Prof. Titular de Derecho penal de la Universidad de Extremadura (Cáceres)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El conflicto entre el deber jurídico-penal de secreto y los deberes jurídico-procesales de denunciar y de declarar. III. Planteamiento de solución del conflicto. 1. Pormenores de la ponderación de bienes en conflicto. 2. ¿A quién corresponde efectuar la ponderación de bienes? 3. La prohibición de aprovechar lo indebidamente revelado. 4. Eventual responsabilidad por delitos no evitados mediante la oportuna revelación. 5. Otros casos de revelación legítima al margen del estado de necesidad.

### I. Introducción

El secreto del profesional sanitario, tradicionalmente concebido como un deber, modernamente se enfoca en cuanto a su garantía desde el punto de vista del derecho constitucional a la intimidad, que encuentra su natural desarrollo en la legislación ordinaria. Así, tras la prohibición de revelar los datos privados conocidos en virtud de la actividad profesional, establecida por ley especial en el ámbito civil<sup>1</sup>, el actual Código penal, en su art. 199.2, regula el quebrantamiento del deber de sigilo como un delito de violación de la intimidad, acogiendo así una demanda doctrinal reiteradamente formulada<sup>2</sup>, ante la laguna legal que se ha mantenido prácticamente desde el CP de 1870. En el mismo sentido, y en el ámbito de este estudio, el Tribunal Supremo ha entendido que el tipo del art. 199.2 CP protege la intimidad y la privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad personal del paciente<sup>3</sup>.

Ahora bien, como se ha señalado<sup>4</sup>, la protección de la intimidad incluye no sólo un aspecto negativo, consistente en excluir de su conocimiento a los demás, sino uno positivo, que es el que aquí interesa: el derecho al control de los datos pertenecientes a la esfera privada que, conocidos por otras personas (aquí, por los profesionales de la sanidad como confidentes necesarios), tiene el sujeto derecho a decidir la forma y la medida en que son conocidos. Y, además, hay otro aspecto que en algunos casos se considera tan sustancial o más que el de la protección de la intimidad individual, cual es la protección de una función jurídico-social, como es la confianza general en el sigilo de determinados profesionales, sin la cual éstos no pueden llevar a cabo, o sólo de modo imperfecto, sus tareas en beneficio de la colectividad; en el caso de los profesionales sanitarios, el interés general en un cuidado eficaz de la salud, imposible sin una estrecha relación de veracidad y de confianza entre el médico y el paciente, ya que éste sólo aportará los datos necesarios para el cuidado efectivo de su salud si se le asegura la confidencialidad<sup>5</sup>.

1. LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 7.2).

2. RIGÓ VALLBONA, *El secreto profesional como objeto de protección penal*, 1961, p. 272; desde la perspectiva del médico psiquiatra, en que el problema resultaba especialmente acuciante porque "sin confidencia no hay psiquiatría", COLODRÓN, "El secreto profesional", en *Cuadernos de Medicina preventiva*, n.º 31, 1994, p. 62.

3. STS de 4 de abril de 2001.

4. *Cfr.*, por todos, MUÑOZ CONDE, "Falsedad documental y secreto profesional en el ámbito sanitario", en *Derecho y salud*, 1993, pp. 147 y s.

5. Así, LENCKNER, en *Schönke-Schröder-Lenckner, StGB Kommentar*, 21.ª ed., parágrafo 203, núm. marg. 3. A favor de la consideración exclusiva de la intimidad como bien jurídico protegido, JÄHNKE, *Leipziger Kommentar*, parágrafo 203, núm. marg. 15; MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código penal*, 2001, pp. 993 y s.

Por no hablar de que, además, el acceso a la intimidad se produce en circunstancias de indefensión y dependencia con respecto al médico. La sociedad debe establecer, pues, mecanismos de garantía para que sus miembros puedan abrirse a expertos, o demandarles ayuda, en los trances a los que la vida les expone, muchos de los cuales tienen cierto efecto estigmatizador<sup>6</sup>.

Cabría aducir en contra de la consideración de esta función social como interés protegido el régimen de perseguibilidad establecido para los delitos contra la intimidad, que con carácter general la condiciona a la presentación de denuncia por parte de la persona agraviada (art. 201.1 CP), dando la impresión de tratarse de un bien jurídico disponible. Lo cual, sin embargo, no es determinante, ya que se encuentran más ejemplos en el CP de delitos contra bienes supraindividuales, cuya persecución en sede penal está condicionada asimismo a la denuncia (*cf.* los delitos contra la propiedad industrial, conceptuados por la doctrina mayoritaria como delitos contra intereses socioeconómicos). En efecto, en el caso que nos ocupa, la perseguibilidad restringida obedece a razones de orden práctico: si al acuerdo del titular del secreto condiciona la propia tipicidad de la conducta de revelación, tiene sentido que su criterio decida sobre la necesidad de perseguir penalmente, ya que de otro modo podría producirse una persecución prematura (e innecesaria), por contraria a la voluntad del titular. Ahora bien, que decida la voluntad del titular se inscribe también en el marco de cómo se definen las condiciones de ejercicio de la función social: no hay protección del secreto con la voluntad en contra del paciente. Téngase presente, además, que la publicidad del proceso penal por quebrantamiento del secreto puede determinar un incremento del grado de lesión de la intimidad de la víctima. Por último, en favor de entender que el objeto de protección es la función social de determinadas profesionales, ha de tenerse en cuenta que estamos ante un delito especial propio, que sólo pueden realizar en concepto de autor quienes tengan la condición de profesional, quedando impune la indiscreción o la curiosidad de personas no cualificadas.

En lo sucesivo, pues, en la ponderación de los bienes que entran en conflicto, se partirá del concepto de la violación del secreto profesional como

delito pluri ofensivo, que atenta tanto contra la intimidad como contra la confianza de la generalidad, lo que influirá en la ponderación que haya de efectuarse.

El deber de secreto, tradicional en el ámbito sanitario desde el juramento hipocrático, se plasma en nuestro ordenamiento jurídico, además de derivarse directa o indirectamente de preceptos constitucionales (arts. 43 y 24.2), en el art. 10.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el que se proclama que “todos los ciudadanos tienen derecho a confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en las instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”, y en su art. 61, que establece que “deben quedar garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica”. Asimismo, se contiene en el Código de Ética y Deontología Médica aprobado el 31 de marzo de 1990 por la Asamblea General de la Organización Médica Colegial (arts. 16 a 18)<sup>7</sup>.

La revelación prohibida en el tipo del art. 199.2 CP constituye un delito de violación de secreto por parte de profesionales. Sin embargo, el referido tipo no especifica qué son profesionales, con los consiguientes problemas de delimitación acerca del círculo de sujetos activos que pueden responder a través de él en concepto de autor. Resulta preferible el sistema del CP alemán, cuyo parágrafo 203 indica que profesionales se ven afectados por la responsabilidad penal en caso de revelación de secretos de los clientes o pacientes respectivos. Ante la ausencia de la precisión, hay que entender, con la doctrina mayoritaria, que en el ámbito sanitario, al que se refiere el presente artículo, están afectados por el deber de secreto profesional aquellos que para ejercer su profesión requieren un título académico oficial cuya expedición está reservada al Estado, así como la previa colegiación, y están sujetos a normas deontológicas e incluso colegiales disciplinarias: médicos, ATS/DUE, farmacéuticos, psicólogos, etc. Mientras que el resto del personal que colabore con aquéllos (medicina en equipo), sin necesidad de titulación que habilite para el ejercicio, está vinculado por un deber de sigilo de distinto alcance, el cual está regulado en concreto por el art. 199.1, deber derivado de su oficio o de sus relaciones laborales, no de su profesión<sup>8</sup>. Sólo

6. SÁNCHEZ-CARAZO / SÁNCHEZ-CARAZO, *Protección de datos de carácter personal relativos a la salud*, 1999, p. 127, y especialmente p. 76, nota 54.

7. Véase, extensamente, SÁNCHEZ CARAZO / SÁNCHEZ CARAZO, *op. cit.*, pp. 151-158.

8. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 150; MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 1000; OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, 2001, pp. 28 s.

así se evita la trivialización del deber y que éste acabe perdiendo su significado<sup>9</sup>.

En adelante, pues, nos referiremos exclusivamente a los problemas que plantea el conflicto entre el deber de secreto del profesional sanitario (en los términos descritos) con los deberes de naturaleza procesal en relación con datos pertenecientes a la intimidad del paciente conocidos en su relación profesional, a cuyo cumplimiento pueden verse abocados esos mismos profesionales.

## II. El conflicto entre el deber jurídico-penal de secreto y los deberes jurídico-procesales de denunciar y de declarar

El principal escollo, incomprensiblemente de índole legal, al que puede enfrentarse el mantenimiento del secreto profesional (esto es, el cumplimiento de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico) se plantea por la regulación de los deberes procesales de denunciar y de declarar, pues la LECrim establece con carácter general el deber de denuncia, y no sólo no exime del deber de declarar como testigo a profesionales sanitarios, sino que además impone un genérico deber de denuncia relativo a los delitos públicos conocidos por razón de la profesión (art. 262), que en el caso de los "profesores de medicina, cirugía o farmacia" acentúa su coerción por medio del aumento de la multa conminatoria, mientras que, incurriendo en discriminación, sí se excluye a otros profesionales, como abogados y procuradores (art. 263), de la obligación de denuncia. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la responsabilidad (penal) a que hubiere lugar.

Se pasa así del reconocimiento de un derecho (del paciente), como el del secreto profesional, antes considerado como absoluto y sin excepciones, que incluso inspiró los principios del secreto de confesión, a que el legislador lo relativice, al ver en los médicos unos "magníficos vigilantes a su servicio"<sup>10</sup>, a los que utilizar como tentáculos informativos en la persecución penal. Los profesionales sanitarios pasan, así, de ser "confidentes necesarios" del potencial paciente a "confidentes forzosos" (o a su pesar) de la Administración de

justicia penal, bajo la amenaza de los tipos del CP contenidos en los arts. 450 (omisión del deber de denunciar o impedir delitos), 556 (desobediencia a la autoridad judicial) y 463 (obstrucción a la Administración de Justicia, en caso de incomparecencia). Al proceder así, se olvida que no cabe imponer a los profesionales un deber de cooperar en el descubrimiento de delitos precisamente basado en las posibilidades de averiguación inherentes a su condición profesional, cuyo ejercicio presupone el acceso a la intimidad del cliente<sup>11</sup>.

Por otra parte, al margen del papel asignado a los profesionales sanitarios como agentes transmisores de la *notitia criminis*, asimismo están en principio formalmente vinculados por el deber de declarar (art. 410) en calidad de testigos en materia criminal, por imperativo de los arts. 416 y ss. de la LECrim. A este respecto, también los únicos supuestos de dispensa específica se encuentran recogidos en el art. 417 LECrim: abogados, eclesiásticos y "ministros de cultos disidentes", sobre los hechos revelados en el ejercicio de funciones de su ministerio, y los funcionarios públicos para preservar el deber de secreto por razón de sus cargos. Nada se dice, pues, específicamente, de los profesionales sanitarios, a diferencia de la exención expresa de los profesionales sanitarios establecida en otros ordenamientos jurídicos, como p. ej., en el art. 53 de la ley procesal penal alemana (StPO).

Por lo demás, al tratamiento del deber de declarar debe equipararse el del deber de poner a disposición del órgano judicial otro tipo de pruebas que se inscriban en la misma relación de confidencialidad, como la historia médica del paciente<sup>12</sup>, en la medida en que ésta contiene también (aunque no exclusivamente, puesto que también incluye la aportación del médico) datos de la intimidad del paciente.

Ante esta situación contradictoria, hay que señalar que si bien es razonable que la ley procesal tienda a que no quede impune ningún delito público, ya que se trata de una de las funciones indeclinables de todo Estado de Derecho, ello no debe suponer la anulación de la garantía del secreto profesional. Partiendo del simple reconocimiento del secreto profesional y de su protección penal se

9. BAJO FERNÁNDEZ, "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", en *ADPCP* 1980, p. 396.

10. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, "La protección del secreto médico en el Derecho español, en *AP* 1996, p. 158.

11. En tal sentido, KOHLHAAS, "Strafrechtliche Schweigepflicht und prozessuales Schweigerecht", en *Goldammer's Archiv* 1958, p. 74.

12. Cfr. OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, 2001, p. 35. Obviamente, tratamiento distinto deben recibir los casos en que el inculpado en el proceso no es el paciente, sino el propio médico, ya que habría que tener entonces en cuenta el eventual alcance del derecho constitucional a no autoinculparse. A su vez, cuestión diferente es la de la legitimidad de ordenar y practicar el registro de archivos médicos en el curso de la investigación de presuntos hechos delictivos, en favor de la cual se ha pronunciado el TC en sentencia de 15 de febrero de 1989. Vid. asimismo la Ley 4/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones de información y documentación clínica.

desprende que no es lógico que se obligue al médico a denunciar, o a declarar en contra de aquel que la ha confiado datos de su intimidad necesarios para la efectividad de la prestación sanitaria, porque así se desmorona la confidencialidad<sup>13</sup>.

De una consideración conjunta de los deberes de denuncia y de testificar se evidencia la discriminación de que son objeto los profesionales sanitarios con respecto a la otra profesión liberal tradicional, la de la abogacía, no explicable en función de una eventual distinta naturaleza de ambas, en vista de que en los dos casos el deber de confidencialidad se fundamenta en la condición de confidentes necesarios de los profesionales, pues sin la garantía de la confidencialidad los ciudadanos de ninguna manera podrían acceder adecuadamente a la prestación de los respectivos servicios (ejercicio del derecho de defensa en un caso, derecho a la atención sanitaria en otro). Se trata, pues, de una discriminación infundada, que colisiona con el principio de igualdad, al prever distinto tratamiento legal para supuestos sustancialmente idénticos en su aspecto decisivo.

El panorama descrito de la legislación procesal supone la antítesis de la protección del secreto profesional. Y hasta hace poco, la situación era incluso más grave teniendo en cuenta que desde 1870 y hasta 1995 (a excepción de la breve vigencia del CP de Primo de Rivera) la preservación del secreto profesional carecía de tutela penal, razón por la que no dejaban de alzarse voces reclamándola<sup>14</sup>. Afortunadamente, la situación ha cambiado con la entrada en vigor de la actual Constitución y, sobre todo, del CP de 1995. Así, el art. 24.2 de la CE se remite al legislador ordinario la regulación de los casos en que no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos por razón de parentesco o de secreto profesional. Sin embargo, inexplicablemente el precepto constitucional no ha sido objeto del necesario desarrollo legislativo que aclararía adecuadamente el alcance concreto del derecho a no declarar por razón de secreto profesional, como hubiera sido de desear<sup>15</sup>. En todo caso, sí permite deducir que el establecimiento del deber omnímodo de declarar vulnera el precepto constitucional.

Por su parte, el art. 199.2 del CP vigente dispone la protección penal del secreto profesional, al conminar con pena su quebrantamiento, en la línea de lo previsto ya en los distintos proyectos de CP post-constitucionales: PLOCP de 1980, ANCP de 1983, ANCP de 1992 y ANCP de 1994<sup>16</sup>. Y lo penaliza con relativo rigor, previendo las penas de prisión y de inhabilitación profesional, ambas ciertamente disuasorias para un profesional, y en particular la segunda notablemente adecuada para el autor y el contexto en que tiene lugar el delito.

Tal es la situación legislativa. A partir de ella han de realizarse diversas consideraciones tendentes a aclarar tan confuso panorama.

De seguirse una interpretación literal, no sistemática, de la LECrim, por lo que se refiere a los profesionales sanitarios, sólo quedarían exentos del deber de declarar los médicos funcionarios públicos, lo que sin embargo no daría cuenta de la razón básica de la exención: decisivo no es la condición funcional o no del personal sanitario, sino la relación de confianza con el paciente que ha de preservarse, además de que la exención no cubriría a los médicos particulares<sup>17</sup>. Por ello hay que recurrir a una interpretación sistemática, en sentido extensivo, en aplicación de los principios del estado de necesidad, como más adelante se expone<sup>18</sup>.

Por otra parte, es de destacar que deber de declarar y deber de denunciar deben recibir el mismo tratamiento, ya que uno distinto no se explicaría: en ambos casos se trata de hacer saber datos sobre delitos a la Administración de Justicia, conocidos por razón de la profesión (evidentemente, excluido el deber del profesional que es mero testigo presencial de un delito, puesto que en este caso no se accede a los datos en la condición de profesional). Y desde el momento en que la Constitución establece que la ley regulará los casos en que el secreto profesional excluye el deber de declarar por hechos delictivos, ello se opone a la obligación genérica de denunciar todos los hechos delictivos conocidos en el ejercicio de la profesión, y de declarar sin excepción sobre ellos. Quedará, eso sí, por determinar cuáles serán los

13. Como gráficamente expresa COLODRÓN (*op. cit.*, p. 66), "qué hilarante sinsentido el del psiquiatra que, para ser honesto con el enfermo, para responder la confianza obligada que éste deposita en él, fijara un cartel en la sala de espera advirtiéndole que no se garantiza la confidencialidad de lo referido en la consulta si, llegado el caso, se exige de él revelarlo por imperativo legal". En el mismo sentido, RIGÓ VALLBONA, *op. cit.*, p. 212.

14. RIGÓ VALLBONA, *op. cit.*, 1961, p. 272.

15. OTERO GONZÁLEZ, "El secreto profesional desde la óptica del deber de declarar en el proceso penal", en *La Ley*, 2000, p. 1833. En favor de que la ley regule las posibilidades del médico de regular lícitamente secretos del paciente, si bien escéptico (con buen criterio) en cuanto al grado de concreción que cabría alcanzar, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 153 y s.

16. *Cfr.* al respecto MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 163-168.

17. RIGÓ VALLBONA, *op. cit.*, pp. 275, 279; OTERO GONZÁLEZ, *La Ley*, 2000, p. 1835.

18. En tal sentido, ya MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 151 y s.

casos afectados por la dispensa, pero desde luego no todos pueden ser objeto de comunicación.

En apoyo de lo expuesto cabe indicar que en otros ámbitos, como el jurídico-tributario, sí se ha regulado el alcance del secreto por razones perfectamente lógicas y en favor del secreto, en este caso. Así la Ley General Tributaria establece en su art. 111.5 que los profesionales no podrán invocar el secreto profesional para eludir el cumplimiento del deber impuesto a toda persona natural o jurídica, pública o privada, de colaborar con la administración tributaria facilitándose toda clase de datos con trascendencia tributaria. Sin embargo, el propio art. 111.5 matiza que dicho deber no alcanzará a los datos privados no patrimoniales, cuya revelación pueda atentar contra el honor o *la intimidad personal o familiar* de los clientes de las personas obligadas a facilitar los datos. En este mismo sentido, puesto que se trata abiertamente de datos relativos a la intimidad y se excede la pura trascendencia tributaria, la STS de 6 de marzo de 1989 declaró la nulidad del art. 3.1.d) del RD 2405/1985, de 18 de diciembre, que exigía la descripción del tipo de asistencia médica prestada en las facturas expedidas por los médicos.

El argumento aducido, pues, se ve reforzado. Si en casos concretos el legislador ha considerado necesario establecer casos en que no cabe invocar el secreto profesional, e incluso para estos casos ha matizado oportunamente el alcance de la restricción, de ningún modo puede pretenderse la validez de una norma preconstitucional que establece un principio general totalmente contrario a la virtualidad del secreto profesional, norma que, en cambio, convierte a un profesional en un colaborador habitual o confidente de la Administración de justicia. Se ha de extender, pues, el ámbito de la exención a casos en que existe identidad de razón (conocimiento de los hechos en el marco de la relación de confidencialidad con un profesional) para eximir de la obligación de declarar a los profesionales del ámbito sanitario, trascendiendo así a un interpretación atendida exclusivamente al tenor literal de la norma<sup>19</sup>. Entender, por otra parte, la exención como habilitación para que el profesional pueda optar entre declarar o no declarar, respetando sólo en este último caso el secreto profesional, considero que se opone a los principios generales de la justificación<sup>20</sup>, según se indicará más adelante.

En suma, sería deseable que el legislador desarrollase cuanto antes el mandato constitucional. Lo que el sistema jurídico de ninguna manera puede permitirse es que, por una absoluta desco-

nexión entre el Derecho sustantivo y el procesal, reine la incertidumbre en la confidencialidad médico-paciente. Por el contrario, el paciente debe saber hasta dónde puede confiar en el sigilo del profesional y éste debe conocer con seguridad cuándo está aún obligado por el deber de sigilo y cuándo queda desligado de él. Dicho de otro modo, la sociedad ha de expresar con claridad cuáles son las excepciones al deber de guardar el secreto profesional, hasta dónde quiere proteger la confianza en el sigilo y hasta dónde otros posibles intereses que pueden entrar en colisión con aquél.

Las consecuencias de que no existan claras reglas del juego entrañan inseguridad jurídica para las partes implicadas en la prestación sanitaria, de suerte que el paciente que se ve obligado a confiar sus secretos para preservar su salud desconoce a qué norma va a acogerse previsiblemente el médico, si va a revelar o no su secreto; y el médico corre el riesgo de encallar su nave en la Escila de la LECrim o en la Caribdis de la protección penal del secreto: o se acoge al respeto del secreto profesional, infringiendo (al menos formalmente) la LECrim, invocando que no quiere verse expuesto a la conminación penal; o, por el contrario, revela el secreto y realiza el tipo penal, siendo incierto si el cumplimiento del deber jurídico-procesal operará o no como causa de justificación que excepcionalmente excluya la tipicidad de su actuar. En cualquier caso, es contrario a la finalidad básica de todo ordenamiento jurídico, la de orientar la conducta, que éste induzca a la perplejidad a sus destinatarios, o que decisiones cotidianas supongan una fuente continua e insoportable de riesgo jurídico.

Al menos, en el ámbito procesal civil (art. 371 de la LEC de 2000) queda resuelta la incertidumbre del profesional, pero no así la del paciente. La contradicción entre la legislación procesal penal y la sustantiva, que debería propiciar una urgente reforma de la LECrim, quedaría paliada, asimismo, con la solución que se propone *infra* en el sentido de que la situación de perplejidad sea resuelta por el propio órgano judicial, previa ponderación de los intereses enfrentados en concreto, lo que, por otra parte, a falta de exención legal expresa, permitirá el desarrollo de una jurisprudencia orientadora.

*De lege ferenda*, a efectos del desarrollo constitucional, podría servir de guía una doctrina asentada sobre los supuestos en que se exime del deber

19. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 995.

20. Así, GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, pp. 660 y s.

de guardar el secreto profesional<sup>21</sup> (de los que el deber *excepcional* de denunciar o declarar constituiría un caso particular): consentimiento del paciente; declaraciones obligatorias impuestas por la ley (declaraciones de nacimiento y de defunción, epidemias y enfermedades infecciosas, declaraciones ante los tribunales); cuando el bien común exija la revelación para evitar un daño grave (delitos que van a cometerse, incapacidad de quien desempeña labores de responsabilidad, como un maquinista de tren o un conductor epiléptico), siempre que la revelación sea el único medio para evitarlo; para impedir un daño que puede causar el titular del secreto; cuando la revelación resulta necesaria para librar al propio paciente de un daño grave o para establecer un tratamiento apropiado a su padecimiento; y cuando guardar el secreto puede producir perjuicios al propio médico. A ellos habría que sumar supuestos de conflicto entre los derechos a la intimidad y a la información, esto es, al interés social en el conocimiento de determinados hechos<sup>22</sup>. Evidentemente, para los supuestos de denuncias de delitos y declaraciones ante órganos judiciales habrá que realizar ulteriores precisiones de la mano de los principios de la justificación.

Una última consideración de detalle. Cabría pensar en establecer alguna diferencia, en relación con los deberes de denunciar o declarar, entre los supuestos en que el paciente ha participado en un delito y aquellos otros en que ha sido su víctima, entendiendo que en estos últimos prevalecería en todo caso el interés (que coincidiría con el del propio paciente) en el esclarecimiento del delito. Sin embargo, el interés en mantener la intimidad, así como el interés en mantener la confianza general en el secreto médico, pueden ser equivalentes en ambos casos. *Al margen de la ponderación de intereses en favor del esclarecimiento (que se analizará más adelante)*, en ambos tipos de supuestos ha de prevalecer la voluntad del paciente sobre lo que desde el punto de vista externo del profesional sanitario constituiría el interés objetivo de aquél.

En efecto, en muchas figuras delictivas resulta más denigrante o vergonzoso para el paciente aparecer como víctima de un delito (malos tratos, estafa) que como participe en él, y esa voluntad no puede ser suplida por el presunto "interés objetivo" del paciente. A excepción de los pacientes menores de edad, el profesional sanitario no puede ejercer de tutor en relación con la condición de víctima de sus pacientes contra la voluntad de éstos; como máximo, puede aconsejarle o instruirle acerca de

la conveniencia de denunciar los delitos que ha puesto de manifiesto, y lo normal será que lo convenza, pero en cualquier caso la última palabra sobre si hacer intervenir a la Administración de Justicia debe ser la del paciente, puesto que tanto la condición de delincuente como la de víctima pertenecen *por igual* al ámbito de la intimidad que se ven obligados a desvelar al profesional sanitario a fin de poder acceder a la prestación sanitaria.

### III. Planteamientos de solución del conflicto

De cuanto antecede se deduce que, allí donde el profesional sanitario no puede callar, debe decirse con claridad el ordenamiento jurídico; donde por lo general debe callar, también debe decirse. Y dirimir dónde excepcionalmente puede hablar, sea para denunciar o para declarar en calidad de testigo, debe poder derivarse de la ponderación de bienes en conflicto. Cuestión distinta, que se abordará en detalle más adelante, es la de determinar quién debe efectuar esa ponderación con garantías, a fin de evitar incurrir de nuevo en este segmento en inseguridad.

Una primera posibilidad de resolver el conflicto entre normas sustantivas y procesales, en sentido unilateral, sería mantener que el cumplimiento de los deberes jurídico-procesales entrañaría la causa de justificación cumplimiento de un deber (art. 20.7 CP), que determinaría la conformidad a Derecho del quebrantamiento del secreto. Así, MARTÍNEZ-PEREDA<sup>23</sup> considera, sin cuestionárselo, a la obligación de denunciar del art. 262 LECrim (es de suponer que asimismo la obligación de declarar en procedimiento criminal) como causa que exonera de la conservación del secreto, determinando la licitud de la revelación.

Entiendo que esta tesis debe rechazarse, puesto que con ella que se privaría de buena parte de su eficacia a la protección de la intimidad y la confianza de la generalidad en la salvaguarda del secreto por parte de determinados profesionales. Como se señaló al principio, en el ámbito de la sanidad, la garantía del secreto no sólo se encamina a proteger la intimidad del paciente, sino primordialmente la confianza en la inviolabilidad del secreto, condición inexcusable del recurso a ciertos profesionales en demanda de ayuda y asesoramiento en momentos de apuro, acceso que la sociedad está interesada en asegurar. Por el contrario, la desconfianza —más bien, de seguir la tesis criticada, la certeza en que el secreto va a ser re-

21. *Vid.*, p. ej., ya ROYO VILLANOVA, *Lecciones de Medicina Legal*, 1954, p. 72.

22. *Vid.* GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, p. 624.

23. En tal sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, núm. marg. 176.

velado— retraería a potenciales usuarios de utilizar esos servicios. Si sabe que los secretos puestos de manifiesto podrán ser traicionados a demanda de la Administración de Justicia, p. ej., la mujer que ha abortado preferiría desangrarse, intentar curarse ella misma o acudir a un curandero en lugar de recurrir a los servicios de un profesional, al igual que el cleptómano no acudirá al psiquiatra, si se sostiene en serio la vigencia omnimoda de la ley procesal penal.

El resultado al que conduce esta tesis es inaceptable. Evidentemente, la sociedad no puede dejar que ello ocurra. Urge, pues, establecer con claridad la dispensa de los mencionados deberes procesales mediante la reforma de la LECrim en el sentido de recoger la exención del deber de testificar<sup>24</sup> para profesionales sanitarios, así como la exención del deber de denunciar delitos ya acaecidos.

Mientras tanto, ha de entenderse que caben otros supuestos de exención del deber de sigilo distintos a los expresamente regulados (abogados, procuradores, etc.), pero no recurriendo a la causa de justificación cumplimiento de un deber (el de denunciar o el de declarar como testigo)<sup>25</sup>, sino el estado de necesidad, en la modalidad de conflicto de deberes (ponderación de bienes e intereses en conflicto, en todo caso). Así, ha de entenderse que prevalecería el deber de denunciar o declarar cuando, de incumplirse este deber, se derivaría la responsabilidad por el tipo de omisión del deber de denunciar delitos actuales o inminentes (art. 450.2 CP).

Al margen de éstos, para la generalidad de los supuestos, ha de partirse de que el interés en la persecución penal no justifica violar el deber de sigilo<sup>26</sup>. Hasta tal punto es así que, p. ej., el CP de 1822 consideraba como supuestos agravados del delito de violación de secreto profesional a aquellos en que se producía ese resultado indeseado: la *responsabilidad criminal* o la deshonra del afectado. Asimismo, en la doctrina alemana se entiende que la denuncia de delitos ya cometidos sólo está justificada cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, se trata de delitos graves (esto es, contra la vida, la integridad física o la libertad, o contra la seguridad interior o exterior del Estado) y existe peligro de que se repitan.

Pero de que ésta sea la regla general no cabe deducir sin más matización, a mi juicio, que el conflicto de deberes sea sólo aparente, debido a que ya haya sido resuelto por el legislador en el sentido de que prevalece el cumplimiento del deber de preservar el secreto profesional<sup>27</sup>, puesto que, en los supuestos que más adelante se indicarán, el deber de colaborar con la Administración de Justicia aparece flanqueado por el de evitar lesiones de otros bienes jurídicos.

La consagración constitucional del secreto profesional como causa de exención del deber de declarar (aun cuando necesitada de desarrollo legislativo para precisar su alcance concreto, válida como principio rector), da a entender, en el ámbito del secreto médico, que el interés en dilucidar la verdad material en el proceso penal debe ceder ante el interés en salvaguardar la relación de confianza entre el médico y el paciente titular del secreto. En su desarrollo en sentido amplio, el Derecho sustantivo refuerza (mediante la conminación penal) la vigencia del secreto profesional, esto es, la confianza de la sociedad en el carácter inquebrantable del secreto profesional. Queda, por tanto, que se establezca el correlativo “tabú” del Derecho procesal al respecto. Para ello, debe en la nueva regulación procesal sentarse el principio de que los órganos de la Administración de Justicia han de respetar la discreción del médico cuando éste hace uso legítimo de su derecho a no declarar; y además debe cuestionarse el carácter aprovechable o no en el proceso penal de lo declarado por el médico que incurre en violación de secreto punible.

Como cuestiones preliminares, hay que señalar que, puesto que las exenciones que vamos a analizar se refieren exclusivamente a la preservación de secretos conocidos por el profesional en su condición de tal, y no a la propia condición de profesional, éste se encuentra vinculado, como el resto de la comunidad jurídica, por el deber de comparecer ante los órganos judiciales cuando es citado como testigo (art. 410 de la LECrim). Por otra parte, también está obligado a prestar juramento de veracidad, lo cual no se contradice con el deber de sigilo, puesto que habitualmente no se conocen de antemano las preguntas que se han de contestar; cuando se conozcan, tal es el momento de invocar el secreto profesional, detallando las reservas con que se prestará la declaración. Finalmente, el profesional sanitario también está obligado a declarar

24. MORALES PRATS, *op. cit.*, 1002; COLODRÓN, *op. cit.*, p. 65.

25. En el mismo sentido, OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, 2001, p. 34, sobre la base de que la salvaguarda del sigilo no constituye el deber específico del profesional sanitario, sino sólo un deber genérico común a diversos grupos de profesionales.

26. Así, LENCKNER, en Schönke-Schröder-Lenckner, *op. cit.*, núm. marg. 32; HAFFKE, “Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot”, en *Goldammer's Archiv* 1973, pp. 65 y ss.; Samson, *Systematischer Kommentar*, parágrafo 203, núm. marg. 49.

27. En tal sentido, OTERO GONZÁLEZ, *La Ley*, 2000, p. 1834. Vid. no obstante la misma, *Justicia y secreto profesional*, p. 15.

cuando es mero testigo presencial de un delito<sup>28</sup>, ya que la exención propuesta no constituye un privilegio personal de quienes ejercen determinadas profesiones, sino que está encaminada a garantizar la confianza social en el ejercicio de determinadas funciones profesionales.

## 1. Pormenores de la ponderación de bienes en conflicto

La cuestión que se plantea, específicamente en relación con el deber de declarar, es si éste justifica de por sí el quebrantamiento del secreto, traicionando la relación de confianza con el paciente, y en caso negativo, si de ello se derivaría una prohibición dirigida al juez de tomar declaración al profesional.

La cuestión sólo puede resolverse, a mi juicio, ponderando los intereses<sup>29</sup> (o los deberes encaminados a proteger tales intereses) en principio en conflicto: a saber, el interés del Estado en esclarecer delitos y el interés en que el secreto siga siéndolo.

A este respecto, no ha de optarse por la solución simplista de hacer prevalecer el interés estatal o colectivo sobre el derecho a la intimidad, que se estima de carácter particular. En realidad, el interés en el secreto no es sólo individual, sino comunitario, ya que es la propia comunidad la que tiene interés en la preservación de secretos del paciente, como medio de garantizar el necesario acceso al profesional sanitario. Se trata, pues, en ambos casos de intereses sociales. Dar la preeminencia directamente el interés estatal implica olvidar que muchas veces el testimonio del profesional en un proceso no constituirá un factor decisivo en la determinación de la responsabilidad o sólo servirá para imponer una pena más grave, mientras que la vulneración del interés en el secreto entraña un perjuicio cierto, tanto para el particular afectado como para la confianza general en la inquebrantabilidad del secreto.

Debe rechazarse, pues, la consideración de la declaración en un proceso criminal como causa de justificación genérica. En efecto, el ejercicio de su condición de testigo no puede justificar genéricamente la revelación, puesto que en los supuestos de exención del deber (como el que nos ocupa) se trata de una facultad, de manera que el sujeto, si

bien puede declarar, *no tiene obligación* de hacerlo. Un testigo con la facultad tanto de declarar como de no hacerlo, y no desligado del deber de sigilo por parte de su titular, puede responder penalmente por la revelación de secreto, si la antijuricidad de ésta no queda excluida excepcionalmente por la presencia de una causa de justificación. Y la exclusión de la antijuricidad, esto es, la autorización para revelar, debe determinarse pormenorizadamente, recurriendo a los principios de la justificación, mediante la adecuada ponderación de los intereses en conflicto, no exclusivamente sobre la base del cumplimiento de un deber legal de testificar.

Parece a la luz de este principio clara la justificación en los supuestos de preservación de intereses legítimos propios, que en la doctrina alemana constituyen lugares comunes: así, cuando revelar la relación médico-paciente resulta necesaria para el cobro de los honorarios profesionales mediante vías judiciales; o cuando así se persigue evitar la condena de un inocente; o allí donde existe un deber de comunicar (caso de las enfermedades infecto-contagiosas).

Sin embargo, allí donde el propio paciente consiente en la revelación resulta difícil de legitimar una negativa a declarar que podría ser incluso contraria a los intereses del paciente. Piénsese, p. ej., en el psiquiatra que se negara, contra el parecer de su paciente, a declarar sobre los datos clínicos de éste, lo que favorecería su consideración como inimputable. Resultaría absurdo mantener la vigencia del secreto profesional en contra de la voluntad de su titular y en perjuicio de sus propios intereses. En estos supuestos, pues, no cabe invocar el estado de necesidad, sino que previamente han de resolverse por la vía del consentimiento (o acuerdo) del paciente, que, al hacer desaparecer el concepto de secreto, privarían de base a la negativa a declarar. Desaparecería por tanto el conflicto de deberes y sería de exclusiva aplicación el de declarar, no condicionado por dispensa alguna.

Más discutibles parecen los casos en que simplemente el profesional contribuye con su testimonio a la condena del titular del secreto. Los profesionales sólo están obligados a declarar con el objetivo de evitar delitos aún no realizados, como cualquier particular, pero no tienen un deber (que exceda a la prohibición del delito de encubrimiento) de cooperar en el descubrimiento de delitos

28. Así, RIGÓ VALLBONA, *op. cit.*, pp. 213-222.

29. Téngase presente que el ámbito del estado de necesidad en relación con la violación del secreto profesional es mucho más amplio que el que se analiza aquí, en relación con los deberes de denunciar y de declarar; p. ej., piénsese en los casos de revelación de enfermedades contagiosas letales e incurables a personas del entorno del paciente infectado (del género del SIDA), epilepsia en un conductor, tumor cerebral en un maquinista, consumo de drogas por menores, etc. *Cfr.* al respecto JÄHNKE, *Leipziger Kommentar*, 10.ª ed., 1989, parágrafo 203, núms. margs. 84 y ss.



que estuviera basado precisamente en las posibilidades de averiguación inherentes a su condición de profesional. Cabría asimismo expresarlo indicando que el profesional, confidente necesario de sus pacientes, no puede convertirse —indiscriminadamente y con carácter regular— en confidente (en absoluto *necesario*) de la Administración de Justicia con la mera invocación del deber genérico de testificar. Además, hay que precisar que el bien jurídico en conflicto con el del derecho a la intimidad es, no tanto el interés del Estado en evitar delitos, cuanto más bien el de las potenciales víctimas de delitos, en particular, bienes jurídicos como la vida, la integridad e incluso el patrimonio de las personas.

Las relaciones de confianza han de considerarse tan valiosas que la mera necesidad de revelar, en el descubrimiento de delitos ya cometidos, llevaría a la eliminación del deber de sigilo. Los casos en que delitos de menor alcance quedan sin aclarar sólo porque un médico se niega a declarar, son tan escasos, que se pagarían demasiado caros con la pérdida de confianza en los médicos, que conduciría al recurso a curanderos o a la automedicación.

Con buen criterio, se ha entendido<sup>30</sup> que donde la futura condena simplemente viene a retribuir la culpabilidad o intimidar a la generalidad, donde supone simplemente una reacción represiva, no está permitido declarar en un proceso violando secretos. El triunfo de la pretensión punitiva del Estado no constituye un interés preponderante, salvo que preventivamente evite menoscabo de bienes jurídicos ajenos como la vida, la integridad o la libertad frente a un peligro actual e inminente.<sup>31</sup> Y ni siquiera cuando se trate de la persecución de un delito grave (como un delito contra la vida), si no existe peligro de repetición porque, p. ej., el autor obró en una situación excepcional. Bien es verdad que la posibilidad de repetición debe interpretarse de manera no excesivamente rigurosa cuando las víctimas son inimputables o personas desvalidas<sup>32</sup>.

En suma, el estado de necesidad sólo justifica en general ataques a bienes jurídicos de terceros (en este caso, a la intimidad personal y a la confianza de la generalidad en la preservación del secreto profesional) si amenaza producirse un daño

para otro bien jurídico preponderante, y no para magnitudes difícilmente aprehensibles, como lo es aquí la defensa en abstracto del ordenamiento jurídico o la idea de expiación por parte del delincuente. En delitos ya cometidos, el daño está consumado, no cabiendo evitarlo, sino a lo sumo determinar el descubrimiento y castigo del delincuente. 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 como profesional.

De lo dicho se desprende que la conclusión es distinta cuando la declaración procesal constituye el único medio para evitar daños inminentes a bienes jurídicos de terceros, lo que se dará cuando existe un riesgo grave de repetición del género de delitos conocidos en virtud de la relación profesional, no bastando a estos efectos el mero peligro en abstracto, de manera que la revelación constituye el medio para evitar la comisión de delitos similares en el futuro. Así, p. ej., en los supuestos de psicópatas o de delincuentes profesionales cuya contribución es esencial para la comisión de futuros delitos (casos del jefe de una banda o de uno de los especialistas de ésta), no en cambio la denuncia de un aborto (salvo que se trate de neutralizar a un “carnicero” que se dedica a practicar habitualmente abortos en condiciones antihigiénicas) o de lesiones leves en una riña de taberna<sup>33</sup>. Falta aquí el interés preponderante que contrapesara la pérdida de confianza general en la confidencialidad del profesional sanitario al que forzosamente ha de acudir.

Lo acabado de expresar debe, sin embargo, matizarse en supuestos en que el secreto no versa sobre la actividad legítima del médico, tendente a la preservación o recuperación de la salud, sino sobre una actividad de connivencia con el fraude del paciente, esto es, cuando cabe apreciar cooperación del médico con el paciente para la comisión de un delito, como p. ej., la estafa a una compañía de seguros mediante simulación de una enfermedad, avalada por el médico. Aquí se podrá si acaso invocar el derecho a no autoinculparse, pero nunca la prevalencia del deber de sigilo sobre la pretensión punitiva del Estado.

Otros supuestos de ponderación en que debe ceder la protección del secreto profesional ante el

30. HAFKKE, *op. cit.*, p. 69; con matizaciones, LENCKNER, en Schönke-Schröder-Lenckner, *StGB Kommentar*, parágrafo 203, núm. marg. 32, extendiendo el ámbito de los delitos futuros denunciados a los que vulneran la seguridad interior o exterior del Estado; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 152.

31. Con carácter general, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, p. 658.

32. En tal sentido, el art. 226.13 del CP francés dispensa del deber de secreto al profesional que informe a las autoridades judiciales, médicas o administrativas de sevicios o privaciones infligidas a un menor de quince años o a personas que no estén en condiciones de protegerse por razón de su edad o de su estado físico o psíquico.

33. KOHLHAAS, *op. cit.*, p. 75.

deber de colaborar con la Administración de Justicia son aquellos en que la declaración del profesional sanitario se realiza para evitar la condena de un inocente, debido a la suma importancia que para un Estado de Derecho alcanza la injerencia ilícita en la libertad o el patrimonio ajenos mediante la pena. Más discutibles serían los casos en que sin la revelación del secreto amenaza producirse un proceso civil con desenlace indebido, del que se deriva una elevada e injusta pérdida patrimonial, o una resolución errónea de cuestiones de paternidad o indemnizatorias, en que aparecen involucrados derechos que difícilmente pueden conceptuarse como inferiores al derecho al secreto<sup>34</sup>.

Como también cabe quebrantar el secreto para mantener bienes del propio titular del secreto (piénsese en un paciente con inclinación al suicidio), siempre que no exista una oposición expresa a la salvación. Ahora bien, la voluntad del interesado debe ceder cuando la acción de revelación, justificable por estado de necesidad, se dirige a salvar bienes jurídicos del afectado no disponibles, o bienes ajenos, p. ej., para salvar al paciente con tendencia a autoinculparse falsamente, lo que redundaría en una ordenada Administración de Justicia.

La observancia de los principios del estado de necesidad determina que no basta con apreciar el requisito del riesgo de reiteración de los delitos conocidos en calidad de profesional, sino que ha de tenerse en cuenta, asimismo, el *valor* de los bienes jurídicos en peligro por la referida reiteración: mientras que declarar para impedir futuros delitos contra la vida quedaría justificado, no así, p. ej., hacerlo para impedir posibles delitos contra el honor<sup>35</sup>.

Otro de los requisitos para apreciar el estado de necesidad en estos casos entraña que la violación del secreto debe ser un medio idóneo para combatir el peligro que amenaza producirse, de manera que si —por el contrario— dicha revelación resulta incluso contraproducente para la conservación del bien jurídico amenazado, no quedará justificada.

En relación con lo anterior, ha de señalarse finalmente que el alcance de la divulgación del se-

creto debe ser el mínimo para asegurar el interés social a cuyo mantenimiento sirve, de manera que el interés (también social) en mantener el secreto se resienta únicamente en la medida necesaria. Así pues, todo lo que exceda de dicha medida quedará al margen de la justificación, como p. ej., aspectos de lo secreto no relacionados directamente con el delito de cuyo esclarecimiento se trata, o declaraciones ante los medios de comunicación o, en general, en contextos ajenos a los legalmente exigidos.

## 2. ¿A quién corresponde efectuar la ponderación de bienes?

Una vez esbozadas las pautas que han de orientar la ponderación de bienes eventualmente concurrente entre el bien jurídico secreto profesional y otros eventualmente en conflicto con él, se plantea asimismo la cuestión de a quién corresponde determinar si debe prevalecer el deber de declarar o el de guardar el secreto profesional.

Para cierta concepción doctrinal, se trata aquí de una decisión en conciencia del propio médico que la ley debe respetar, no forzándole a declarar cuando está decidido a callar, ni castigándole si quebranta el secreto por considerarlo excepcionalmente justificado, al preservar un interés de mayor rango. Esta idea aportaría, por lo demás, un motivo más para no extender la obligación de secreto profesional más allá de las profesiones especiales con formación reglada y controlada por el Estado. Como consecuencia del punto de partida referido, el papel del juez a este respecto se limitaría a enjuiciar si se produjo la necesaria reflexión o tensión de conciencia del profesional, de manera que, de haber tenido lugar ese esfuerzo, el mero error de éste no daría lugar a responsabilidad, ya que la imprudencia en este ámbito es impune; sin embargo, cuando haya faltado en absoluto la reflexión, nunca estaría justificado el quebrantamiento de secreto, que se conceptuaría como doloso<sup>36</sup>.

Por el contrario, otra corriente discrepa de que la decisión valorativa constituya asunto exclusivo de la conciencia del profesional sanitario, enten-

34. JÄHNKE, en *LK*, parágrafo 203, núm. marg. 909.

35. No alcanzo a entender el rechazo a la tesis del estado de necesidad basado en que ésta potenciaría "actitudes de pasividad ante conductas lesivas de intereses superiores de terceros" (GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 661), cuando precisamente resolver por la vía del estado de necesidad desemboca en la prevalencia *en todo caso* del interés superior. Cuando GÓMEZ RIVERO circunscribe los casos de preponderancia del deber de denuncia a aquellos en que el paciente comunica al médico que, de forma intencional, va a realizar actividades de riesgo para la vida o salud de las personas, estos supuestos quedan sin duda cubiertos por el estado de necesidad (puesto que la vida o la integridad superan en valor a la intimidad), el cual además se extiende a cualesquiera otros de preservación de un interés superior al de la intimidad.

36. KOHLHAAS, *op. cit.*, p. 75.

diendo que el ordenamiento jurídico debe apoyar a éste en la difícil ponderación de bienes que ha de efectuarse<sup>37</sup>. Lo cual se plasma procesalmente, en general, en la tutela del tribunal para con cada interviniente en el proceso, y especialmente en el reconocimiento de una prohibición procesal de tomar declaración si amenaza producirse un quebrantamiento indebido del deber de sigilo.

Ha de tenerse en cuanta que en numerosas ocasiones la comparación del valor relativo de los bienes en concreto puede ser tan compleja que supere la capacidad de discernimiento jurídico del lego, y que aquí el riesgo de una decisión equivocada no debe recaer sobre quien se encuentra involucrado en el conflicto no por su propia voluntad, sino en razón de exigencias de su función social. Por el contrario, el profesional —en su condición de denunciante o de testigo— debe poder confiar en el criterio del juez con formación jurídica. Por este motivo conviene establecer expresamente, en los mismos términos que para abogados, procuradores, etc., la prohibición procesal de tomar declaración al testigo que corre riesgo de violar el secreto profesional, así como la inadmisión de denuncias provenientes de profesionales sanitarios en las mismas circunstancias.

En este mismo sentido, el Derecho procesal italiano prevé la posibilidad de que el juez declare la procedencia o bien improcedencia de la abstención de declarar por parte del profesional, si la considera infundada<sup>38</sup>. Y el art. 371 de la LEC de 2000 atribuye al juez la facultad de analizar el fundamento de la negativa a declarar por alegación de deber de secreto y resolver si procede o no la abstención. La LEC establece así un modelo que perfectamente podría seguir la LECrim<sup>39</sup>. Mientras no se lleve a cabo esa reforma paralela, en el Derecho español la necesidad de que sea el órgano judicial el que resuelva sobre si subsiste o no la obligación de declarar se ve reforzada por la inseguridad jurídica derivada de que no se haya promulgado la ley de desarrollo del mandato constitucional de eximir del deber de declarar en razón del secreto profesional. El modo de paliar esa inseguridad jurídica reside en que se atribuya a la propia Administración de Justicia el cometido de

evitar el riesgo jurídico al destinatario de la norma que obliga al secreto, originado por la contradicción *formal* entre ramas distintas del ordenamiento jurídico, estableciendo al mismo tiempo jurisprudencia acerca de los distintos supuestos en que, verificada la oportuna ponderación de bienes jurídicos, prevalece uno u otro de los deberes en conflicto.

En contra de esta concepción se ha señalado que para el órgano judicial resulta difícil comprobar si se da una situación de estado de necesidad, lo cual sólo es posible casi siempre una vez que el testigo ha declarado, esto es, demasiado tarde<sup>40</sup>. Sin embargo, piénsese que cabe realizar pronósticos, o bien cabe la posibilidad de interrumpir la declaración, si el conflicto de deberes se pone de manifiesto a lo largo de ésta. Tal será el momento en que el órgano judicial habrá de aleccionar al testigo, mediante una advertencia similar, en otro orden de cosas, a la de que se está incriminando a sí mismo.

También en contra de la referida corriente doctrinal, se ha señalado que, al no ser en muchos casos posible una exacta ponderación de bienes e intereses, el ordenamiento jurídico ha de respetar la decisión en conciencia del médico, determinada por parámetros específicamente profesionales, de manera que el juez no debe poder imponer su criterio; por el contrario, será correcta la decisión del profesional si es inobjetable la tendencia de su actuar<sup>41</sup>. Frente a ello hay que señalar, no obstante, que no necesariamente coinciden la protección del secreto médico y el respeto a la decisión en conciencia del médico, ya que ésta puede ser errónea y perjudicial para la preservación del secreto. Por otra parte, el ordenamiento jurídico no debe atribuir al profesional sanitario una tarea central suya, como la de regular conflictos de intereses. En efecto, resulta erróneo recurrir a las valoraciones y experiencias deontológicas, porque las reglas deontológicas sólo son válidas si se ajustan a las reglas del estado de necesidad. Finalmente, al calificar estos supuestos como constitutivos de estado de necesidad, no se atribuye en ellos papel alguno al examen debido de la situación por parte del profe-

37. Así, el art. 18 del Código de Ética y Deontología Médica de 1990 establece que cuando el médico comparezca ante los tribunales de justicia y tenga dudas acerca de si le obliga el secreto profesional, si fuera necesario pedirá asesoramiento al Colegio de Médicos.

38. BERNAL VALLS, "Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal", en *Poder Judicial* n.º 5, mayo de 1987, p. 33.

39. "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."

40. EB. SCHMIDT, *Lehrkommentar*, 2.ª parte, *Nachträge und Ergänzungen*, t. 1, 1967, parágrafo 53, nota 2.

41. EB. SCHMIDT, *op. cit.*, núm. marg. 26.

sional, sino a la existencia objetiva de ésta, ya que de otro modo se sacrificaría totalmente el bien jurídico del secreto profesional, que sólo puede vulnerarse en situaciones apremiantes, excepcionales.

### 3. La prohibición de aprovechar lo indebidamente revelado

A su vez, como consecuencia de la prohibición de hacer declarar se deriva la prohibición de aprovechar lo declarado, en tanto que prueba ilícitamente obtenida y por consiguiente recurrible en cuanto a su apreciación. Se ha llegado a hablar de que ambos principios constituyen el anverso y el reverso recíprocamente<sup>42</sup>. La vertiente ética de la persecución penal y el deber de tutela del órgano judicial para con los testigos entrañan que éste no sólo no puede aprovecharse del resultado de lo que constituye una acción punible (el delito de quebrantamiento del secreto profesional, art. 199.2 CP), sino que debe esforzarse por que no se produzcan en su ámbito de actuación. El juez que tolera o propicia el quebrantamiento no justificado del secreto profesional, se hace culpable de tal quebrantamiento, al menos moralmente. No es admisible que el Estado, para esclarecer la verdad en un proceso penal, tolere, apoye o instigue actos delictivos, como la violación de secreto<sup>43</sup>. Y si resulta que se han tolerado, el ordenamiento procesal debe ofrecer mecanismos para que la Administración de Justicia se desmarque del delito que previamente ha propiciado, es decir, lo declarado debe considerarse nulo y por tanto recurrible por cualquiera de las partes procesales.

### 4. Eventual responsabilidad por delitos no evitados mediante la oportuna revelación

Queda por determinar, en los supuestos en que —dado el conflicto de deberes— prepondera el de denunciar o de declarar sobre el de sigilo, el título de responsabilidad del profesional que opta por preservar el secreto, en particular cuando llegan a producirse las consecuencias previsibles de la ausencia de denuncia; sí, p. ej., el psicópata

sigue asesinando, o el jefe de una banda sigue propiciando robos o extorsiones. La cuestión se cifra en dilucidar si debe responder sólo por la omisión propia del deber de denunciar, en los supuestos en que así está establecido, bajo la conminación de las correspondientes multas previstas en la LECrim o, en su caso, de pena (en los términos del art. 450.2 CP si, sin riesgo propio ni ajeno, con la revelación del secreto se hubiera podido impedir un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual). O bien si debe responder asimismo en comisión por omisión en virtud del resultado delictivo no evitado.

Partiendo de esta última hipótesis, KOHLHAAS<sup>44</sup> ha sostenido que constituiría un gravamen insoportable para los profesionales el tener que optar en cada caso entre denunciar o tener que responder por el resultado delictivo no impedido, sobre todo en aquellos casos en que sólo existen indicios remotos de la posibilidad de delito (p. ej., debilidad mental, que un día puede dar lugar a que el paciente cometa una barbaridad, o enfermedad pulmonar que puede dar lugar a contagio de la enfermedad en el bar). Ante la tremenda presión de esa posible responsabilidad, el profesional preferiría denunciar siempre, antes que exponerse a la prognosis posterior del juez o del perito, quienes —entonces sí— le indicarían que tendría que haber reflexionado mejor y haberse sentido desligado de su deber de sigilo. Es obvio que de este modo quedaría anulado absolutamente el deber de sigilo.

Sin embargo, hay que señalar que el argumento pierde su base si se estima que en realidad no se da tal responsabilidad por el delito no impedido con la denuncia, puesto que no resulta posible afirmar la existencia de deber de garante que la fundamentaría. En efecto, descartados por razones obvias los demás supuestos posibles de responsabilidad, no cabe sostener que concurren aquí los requisitos de la injerencia (deber de controlar la fuente de peligro que representa el paciente)<sup>45</sup>, puesto que el profesional *no crea* riesgo alguno que haya de controlar posteriormente, sino que simplemente llega a saber los datos que fundamentan un peligro futuro.

42. HAFFKE, *op. cit.*, p. 75.

43. Así, con buen criterio el Código de Deontología del Consejo de Colegio de Médicos catalanes, de 1997, en su art. 39, dispone que "cuando el médico sea requerido por la Justicia para testificar en relación a un paciente sobre materias que conoce gracias a su profesión, debe hacer saber al juez que éticamente está obligado a guardar el secreto profesional y pedirle que le exima de declarar". Razonablemente, no puede exigirse más del profesional sanitario ante una indefinición en un ámbito tan ajeno al de su actividad como lo es el jurídico.

44. *Op. cit.*, pp. 76 y ss.

45. Como con razón rechaza GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, pp. 661 y s.

5. Otros casos de revelación legítima al margen del estado de necesidad

Otros supuestos de intervención de profesionales sanitarios en el ámbito de actuación de la Administración de Justicia cabe resolverlos recurriendo a otras causas de atipicidad o de justificación. Así, el acuerdo (más que consentimiento), en el caso del perito que actúa y declara a instancia de parte, o que expide certificaciones, determina la atipicidad de su conducta. Asimismo, el perito forense que practica un reconocimiento a un presunto culpable en busca de indicios de su responsabilidad desarrolla una conducta atípica cuando declara exponiendo el re-

sultado de su investigación, no siendo necesario recurrir a la causa de justificación de ejercicio de cargo, ya que falta la base del deber de confidencialidad, cual es la ausencia de relación de confianza necesaria como fuente del secreto.

Finalmente, el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP), en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva, puede justificar que el profesional con obligación de sigilo presente denuncia en calidad de víctima contra su paciente para librarse de una condena injustificada<sup>46</sup>, o demanda contra éste en calidad de deudor para el cobro de sus honorarios, ya que se entiende que ello constituye una condición de ejercicio de su profesión en no menor medida que la confianza del paciente<sup>47</sup>.

---

46. En contra, SAMSON, en SK, parágrafo 203, núm. marg. 45.

47. En tal sentido LENCKNER, en Schönke-Schröder-Lenckner, *op. cit.*, parágrafo 203, núm. marg. 33; SAMSON, en SK, parágrafo 203, núm. marg. 44, aun entendiendo que no prepondera el interés patrimonial del médico sobre el interés en el sigilo por parte del paciente, por cuanto que el peligro patrimonial proviene de la esfera del propio paciente; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 176.