

Estudio penal sobre el secreto médico

ALEJANDRO DEL TORO MARZAL

De la Carrera Fiscal

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—DATOS HISTÓRICOS.—DERECHO COMPARADO.—LOS ELEMENTOS MATERIALES Y FORMALES DEL DELITO: a) El objeto del hecho penal: Materia y forma del sigilo.—b) El sujeto del acto penal: Activo = la postulación; Pasivo = el titular.—c) El hecho penal doloso: La revelación y sus formas; La divulgación.—d) El hecho penal culposo.

INTRODUCCION

En el año 1945, S. S. Pío XII dirigió una alocución a la Unión Médico-Biológica Italiana de San Lucas. Allí se contiene el fundamento y resumen de una cuestión de Derecho que desde hace tres siglos ha acumulado montones ingentes de hojarasca doctrinal y jurisprudencial, tesis y opiniones hasta lograr una inaprehensible y pluriforme teoría borradora tanto de los límites externos cuanto de la explicación misma del Secreto Médico. Pío XII dijo:

“Entre los deberes que se derivan del VIII Mandamiento se encuentra la observancia del secreto profesional, *que debe servir no sólo al interés privado, sino, sobre todo, al provecho común*. También en este campo pueden surgir conflictos en los que llegue a ser sumamente difícil medir y pesar el pro y el contra como razones para hablar o callar. En tal perplejidad, el médico de conciencia echará mano de los principios de la ética cristiana, cuyas normas le encaminarán por la mejor vía. Esos principios, en verdad, mientras afirman netamente, sobre todo en interés del *bien común*, la obligación del médico de mantener el secreto, *no le reconocen, sin embargo, un valor absoluto: no sería, en efecto, conveniente a dicho bien común si el secreto debiera subordinarse al servicio de un delito o de un fraude.*”

Si la doctrina y la legislación no se hubiesen preocupado de enturbiar profundamente el secreto médico profesional, nada necesitaríamos fuera de las palabras del Romano Pontífice. Pues bien, en 1958 el médico de cabecera del mismo que estas palabras ha pronunciado provocó desagradabilísimo escándalo periodístico, según se dijo, por haber violado, al parecer, el secreto profesional debido al fallecimiento de Su Santidad Pío XII.

* * *

Ni en nuestro país ni en el Derecho extranjero está anticuada la preocupación por la figura. Siguiendo una trayectoria de exposición, clásica ya en el Derecho hispano (1), el fiscal Fernando Alamillo denuncia, hace nueve años, la importante laguna de nuestro Código (2).

Paralizada la doctrina durante un tiempo apreciable, en el Boletín del Instituto de Derecho Comparado (3), los fiscales Puig Peña y Díaz Palos colaboran fundamentalmente en exponer los problemas y sugerir las soluciones debidas a este tipo penal. Más que olvido, fallo o negligencia de la Comisión de Códigos, más que una recia doctrina positiva, que aparte tras madura reflexión el problema por no considerar conveniente su inclusión punitiva, pudiera ser un homenaje a la bien probada *sindéresis* de la profesión de curar, y quizá un descargo de normas a favor de Códigos deontológicos, no siempre conocidos ni siempre suficientes (4). Ahora bien: si se utiliza la promulgación de una moral profesional articulada, es que se admite que dicha moral pueda quebrar. Por ello se recuerda. Al ser, además, indudable la existencia de una figura delictiva casi universal, como luego veremos en Derecho comparado, y al suministrarnos el estudio histórico una fuerte base penológica, habremos de concluir que, cuando menos, resulta aconsejable someter a revisión el silencio del Código.

No cabe suponer que se haya otorgado de barato la no apreciación del problema que reviste la violación del honroso compromiso hipocrático por el simple hecho de calificar como excelsa una profesión. Incuestionablemente lo es. Pero también se llama por vías de perfección y santidad, el sacerdocio, la magistratura, la milicia y ciertas delicadas categorías administrativas, y no por ello sus indiscreciones se encuentran previstas tanto en el fuero común como en sus especialidades orgánicas con bastante más que paternales tasaciones de consejos deontológicos (5).

(1) Soler, Mallo, Asúa, Molinario, Nerio Rojas, etc.

(2) *Sec. Médico Profesional*. "Anuario D. Penal", t. III, en abril 1950, páginas 76 y ss.

(3) F. PUIG PEÑA: *La noción del S. Médico en D. Penal*. "Revista del Instituto de D. Comparado", núm. 10 (en junio 1958); íd. FERNANDO DÍAZ PALOS: mismo título y revista (idéntica fecha), ambos, págs. 300 y ss.

(4) Vid. ADALBERTO PAZZINI: *El médico ante la Moral*. Ed. Litúrgica Española. Barcelona, 1955; íd. LUIGI SCRÉMIN: *Diccionario de Moral Profesional Médica*. Argos. Barcelona, 1954.

Pero, sobre todo, el clásico tratado de GUSTAVE PAYEN, y el importantísimo *Código de Deontología Médica*, del Excmo. y Rvdmo. Dr. LUIS ALONSO MUÑOYERRO.

(5) Consejos que, por otra parte, siempre han existido. Pero mientras el cura recordaba a Alonso Quijano que su profesión era de sigilo, el barbero, de quien no podemos desconfiar en su curiosa e indudable aptitud y calidad de sangrador o protomédico, hubo de convencer al hidalgo, no muy comunicativo, sobre su discretísima producción personal. Es necesario afrontar de una vez la laguna...

"No se encontrase escrito en nuestras leyes contemporáneas, el art. 378, y sería necesario darse prisa en introducirlo, ya que, lejos de ser para los médicos un medio de intimación o medida de represión, es para ellos una preciosa salvaguardia en el caso concreto..." "... El art. 378 no es un espantapájaros. ¿Cuál

DATOS HISTORICOS

En nuestra antigua legislación no existe, al parecer, norma alguna que obligase la ocultación a los físicos, aunque las Partidas apunten precavidamente una esencial lealtad en los que lo sean del Rey: "*E si leales non fuessem, ellos podrían hacer mayores trayciones que otros homes porque las farían encubiertamente...*" (6). Extremosa sería la interpretación si quisiéramos llevar forzosamente estas palabras, que no son otra cosa que simple precaución de las guardias de antecámara, al ámbito del secreto médico. Poderoso traidor (7) sería el físico que aprovechara su facilidad para agotar el "pasillo del poder" —que tanto preocupara a Carl Schmitt— con el designio de administrar cómodamente, en la misma cabecera, la sangría dilatada o el pomo de tóxicos. Parece más natural este pensamiento que pretender advertir en el Rey Sabio una profética previsión de revelaciones, que por sólo la revelación, pusiesen el trono en peligro.

El juramento hipocrático adquiere verdadero significado cuando el arte de curar se independiza del sacerdocio, pues anteriormente el facultativo no guarda el secreto por ser médico, sino por estar investido de dignidad religiosa. Refiere Adalberto Pazzini que al desaparecer la Escuela Pitagórica por la invasión de los crotonenses en los recintos esotéricos, un adepto se amputó la lengua con los dientes para no verse obligado a revelar los misterios (8).

es el médico en Francia que, siendo honesto, se siente amenazado?" "... es para nosotros un verdadero paladio."

Esto escribía, en 1874, LEGRAND DU SAULLE (vid. *Traité de Médecine Légale*. París, 1874, pág. 961). A la vuelta de casi cien años, estas palabras son de plena actualidad, por incumplidas, en España.

(6) L. 10. T. IX. P. II.

(7) No es, sin embargo, imposible configurar el delito de alta traición a través de una revelación medical. El médico que, en determinadas circunstancias políticas, hiciese conocer un defecto o anomalía de un personaje político, aparte de incurrir en el tipo que examinamos, resultaría encuadrado en el actual artículo 122, núm. 6, C. P.

Vid. *Ensayo biológico sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, de MARAÑÓN (Austral. Espasa-Calpe, 7.^a ed., pág. 47). "Las noticias de este cronista —Mosén Diego de Valera— son interesantes a este respecto, pues tal vez pudiera estar bien enterado de las intimidaciones de la Corte por su padre, Alonso Chirino, que fué médico de Don Juan II."

Idem, en relación con la opinión de Lasone, médico de la Corte de Luis XV, y el *Memorial secreto del embajador de España*, ver significativa cita histórica de S. SWEIG (*Marie Antoinette*. Livre de Poche historique. Grasset. París, 1957, pág. 29).

Es evidente que ciertos secretos de alcoba pudieran cambiar el curso de la Historia. Id. célebre proceso del Dr. López Lacarrere en relación con la enfermedad del Presidente Ortiz, consúltese el tratado de Asúa, donde expone la significación que mantiene con nuestro problema, la postura del eminente oftalmólogo argentino (Vid. ASÚA: *Tratado de D. Penal*. Losada. B. Aires, 1952, t. IV, pág. 421).

(8) *Op. cit.*, pág. 291.

Aunque Manche (9) encuentra en el Ayur-Veda, ocho siglos antes de nuestra Era, la obligación y el consejo del Secreto Médico, no se comprueba el impacto en la legislación hasta el siglo XVI. El receptáculo de Hipócrates, servirá de arranque para la Escuela de Roma, si bien no parece haberse recogido positivamente. Es cierto que Cicerón pronuncia sus célebres "*Medici qui thalamos et tecta aliena subeunt, multa tegere debent etiam laesi quamvis difficile tacere cum doleas*" (10).

Heim, sin embargo, arriesga cautamente la opinión de que se encuentra algún dato como antecedente legal en la compilación justiniana, citando una proposición, Tít. LII, Lib. II del Código (11). Más tarde, en la fórmula "*Comitis Archiatrorum*", usada bajo Teodorico por Casiodoro para otorgar el título de conde al jefe de Archiatras, se recuerda que el médico tiene deberes profesionales equiparables a los del sacerdote. Pazzini opina que en el juramento debía, por tanto, exigirse el secreto, pero esto no es más que una suposición aún más gratuita, al parecer, que la anterior de Heim, mucho más discretamente observada (12).

En la Edad Media, las promociones de Montpellier prestan, al concluir su grado, la promesa hipocrática casi exacta (13).

Heim y Perraud-Charmentier (14) admiten como indubitado arranque legal el famoso fallo del Parlamento de París de 13 de julio de 1573 que, confirmando la tradicional práctica del juramento de la Sorbona, condena a un farmacéutico quien al formular su demanda de honorarios —el eterno problema— citó en el proceso la enfermedad del cliente moroso. No carece de importancia la resolución judicial porque en el año 1600 se registran en dicho Parlamento los Estatutos de la Facultad de Medicina de París que en su artículo 38 —y 19 del Acta de Inscripción— señala que jamás el médico deberá revelar los secretos de sus pacientes.

En 1621, Paolo Zacchia aconseja a los médicos: "*Loquacitas porro in medico maxime reprehensibilis est*" (15).

La obligación legal de denunciar marca un nuevo rumbo en la his-

(9) MANCHE: *La responsabilité medievale au point de vue penal*. París, 1913, pág. 226.

(10) JACOMET: *Le fondement juridique du secret médical*. París, 1933, página 19; id. ZILINO: *Secreto Médico*. Digesto Italiano XXI-II, 1891.

(11) HEIM, WILLY: *Le secret médical dans le Code Penal Suisse*. Roth & Cia., Lausanne, 1944, pág. 12. Creemos que no hay resquicio para confirmar esta intención. El párrafo cuestionado recoge un Privilegio General de Constantino Augusto a Volusiano: "*Médicos et maxime archiatros vel archiatis... una cum uxoribus et filiis... nec ac iudicium deduci...*" Es simplemente una inmunidad del profesional y su familia o concretamente el privilegio de no ser demandados en determinadas circunstancias.

(12) PAZZINI: *Op. cit.*, pág. 292.

(13) Admitido en el interior de las casas, mis ojos no verán lo que ocurre, mi lengua callará los secretos que me han sido confiados y mi estado no servirá ni a corromper las costumbres ni a favorecer el crimen."

(14) HEIM: *Op. cit.*, pág. 12, y PERRAUD-CHARMENTIER: *Le Secret Professionnel*. París, 1926, pág. 60.

(15) PAZZINI: *Op. cit.*, pág. 293.

toria del secreto médico. A pesar de las palabras de Jean Astruc (16), la Corporación de Médicos de Burdeos, en 1681, inserta en el juramento profesional la no revelación de secretos, *salvo casos de necesidad* (17). En Suiza, las comadronas pensionadas de Avenches y de Yverdon, en el Cantón de Vaud, son obligadas a prestar juramento de discreción (18).

Pero los problemas legislativos propiamente dichos no surgirán hasta el siglo XIX. En efecto, la Ordenanza del 17 ventoso del año IX de la Revolución (18 de marzo de 1802) obliga a los profesionales del arte de curar que luego enumerará el artículo 378 del Código penal a denunciar la administración de socorros a los heridos, el lugar donde fueron transportados o internados; así como la gravedad y causa de las heridas (19). Evidente es que la redacción del famoso artículo 378 derogaba implícitamente la Ordenanza. En 1832, ante los sucesos revolucionarios y estado de sitio, el Prefecto intenta restablecer, 5 y 6 de junio, la Ordenanza de 17 ventoso, acorde con la vieja inspiración borbónica. Mas, salvo un facultativo, el Cuerpo Médico de París se niega a acatar la revigencia (20). Se originan polémicas, deliciosamente saturadas de un romanticismo que irrumpe (21). Pero, indudablemente, es desde la consagración legal por el Código de Napoleón cuando la punción se extiende a la mayor parte de los cuerpos legales. Trataremos de verlo.

EL SECRETO MEDICO EN EL DERECHO COMPARADO

Francia.—Comenzamos examinando el Código de Napoleón por ser fuente. El artículo 378, sirvió al legislador de 1810 para decir lo siguiente:

(16) "Guardad el secreto confiado al modo de sacerdotes." Vid. PERRAUD, pág. 61.

(17) Estos casos podían ser la denuncia al Procurador de S. M. Católica por profesión de fe protestante del asistido. O heridos en algaradas políticas. En caso de heridas con motivo de crímenes o delitos de sangre, era obligado dar cuenta al Preboste de la ciudad. Las comadronas venían obligadas a notificar al párroco los nacimientos que auxiliaran.

(18) HEIM: *Op. cit.*, pág. 31.

(19) Contiene la Ordenanza cinco artículos. Vid. LEGRAND DU SAULLE: *Op. cit.*, pág. 176.

(20) El cirujano Dupuytren, cuando el Prefecto de París le conminó a declinar los nombres de aquellos heridos en la insurrección que pudieran estar hospitalizados en el Hotel-Dieu, contestó: "En mi sala no conozco insurrectos. Para mí no hay más que enfermos." Cit. PAZZINI: *Op. cit.*, pág. 294.

21) "... ¿Cómo?... Un médico, un cirujano, una comadrona, llamados unos u otra al alumbramiento secreto de una desgraciada muchacha, víctima de indigno seductor, y testigos de esta infortunada tristeza, ¿irán a publicarla confidencialmente de puerta en puerta, y hurtar así el honor y la estima de una joven, que quizá ignore toda la extensión de la falta cometida?... No, amigos míos; la Ley francesa no podía tolerar tan culpables abusos, no más que las leyes religiosas no perdonan a los confesores que revelaren las faltas cuya confesión se les ha hecho en el Tribunal de la Penitencia..." MARQUET-VASSELOT: *Ecole des Condamnés*. París, Joubert, 1837, pág. 302.

"Los médicos, cirujanos y otros oficiales de Sanidad, así como los farmacéuticos, comadronas y cualesquiera otras personas depositarias por su estado o profesión del secreto que les es confiado, que fuera de los casos en que la ley les obliga o constituirse en denunciadores, hubiesen revelado estos secretos, serán castigados con multa y prisión de uno a seis meses." Una Ley de 29 de julio de 1939 agrega al precepto un nuevo párrafo: "Todas las personas enumeradas anteriormente, sin venir obligadas a denunciar los abortos que ellas juzguen criminales, y de los que tuvieran conocimiento con ocasión de ejercitar su profesión, no incurrirán, si lo denunciaran, en las penas previstas en el párrafo anterior. Citadas ante la Justicia para un asunto de aborto, podrán testimoniar libremente sin exponerse a pena alguna (22).

Fácil resulta hoy, cuando dos docenas de Códigos han depurado, mejor o peor, los problemas surgidos y se han escrito centenares de monografías sobre el tema, criticar el artículo 378. Evidentemente, se halla incompleto y su redacción ha motivado frecuentes dudas. Tanto las legales en caso de enfermedades infectocontagiosas, delitos, etc., contenidas en Ordenanzas administrativas y en aclaraciones, pueden verse en Perraud Charmentier, así como una abundante jurisprudencia (23).

Doctrina principal sentó el célebre Arret de Cassation de 23 de julio de 1830: "Resultando que el artículo 378... tiene por objeto castigar las revelaciones indiscretas, *inspiradas por la maldad y la intención de difamar o dañar...* no siguiéndose de aquí que las personas que ejercen estas profesiones deban ser dispensadas de hacer a la justicia la revelación de los hechos por ellos conocidos, *cuando se les oye como testigos, y que en interés del orden público...* sus declaraciones se juzguen convenientes para descubrir la verdad..." (24).

(22) El tratamiento médico a este respecto resulta reveladoramente sintomático en la conocida novela de MAXENCE VAN DER MEERSCH: *Cuerpos y almas*, y en las deliciosas memorias del neurólogo AXEL MUNTHE. Médicos honorabilísimos no vacilan en ocultar el aborto criminal.

(23) HEIM califica de omisión lastimosa la no comprensión de los auxilios del médico, que pueden libremente y sin castigo alguno cometer las más perjudiciales revelaciones (vid. *Op. cit.*, pág. 18).

Afortunadamente, goza Francia de una inteligente jurisprudencia que no ha vacilado en considerar abiertamente el artículo 378.

(24) El art. 80 de la Ley de 28 de abril de 1832, Código de Instrucción Criminal, a pesar de los esfuerzos de ciertos autores, no plantea el más mínimo problema de interpretación, de acuerdo con la doctrina del Arret de 23 de julio, para la comparecencia de los médicos ante justicia, si reclamaran la inmunidad "causa sigilli".

Sin embargo, y en contra de la doctrina del Arret del 30, en 1902 la Cour d'Assises de Aix declara que el médico, consintiendo en comparecer como testigo, comete el delito del art. 378.

Lo que resulta indudable, creemos, es que en Francia el médico puede quebrantar su secreto no sólo cuando concurre la obligación legal de denunciar, sino cuando sea llamado en Justicia. Obsérvense las dificultades que inmerecidamente ofrece este problema en Manch, Heim, Jacomet, Perraud y el belga Legros.

La jurisprudencia francesa, con excepciones, ha venido exigiendo para la aplicación del artículo 378 una serie de requisitos que pudiéramos reducir a dos: 1) Divulgación intencional. Es lógico, puesto que a la intención de divulgar no se une necesariamente la de perjudicar. 2) Que el secreto lo constituya un hecho evidentemente confidencial cuya revelación puede ser *perjudicial* para el enfermo (25).

CODIGOS QUE EXPRESAMENTE TIPIFICAN LA VIOLACION DEL SECRETO

EUROPEOS

A) *Alemania*.—El artículo 300 del Código penal, primer párrafo, señalaba la pena máxima de seis meses de prisión, multa alternativa, o ambas conjuntas a: “*los médicos, cirujanos, destistas, farmacéuticos o dependientes de otra profesión médica que exija formación reglamentada... abogados (26)... que sin autorización revelaren secretos particulares que les fuesen confiados o de los que hubieren tenido noticia por su calidad profesional*”:

El pgf. 2.º asimila los auxiliares y pasantes que participen del ejercicio profesional, agravándose la penalidad en el pgf. 3.º: “... cuando el delincuente hubiese obrado en vista a una remuneración o para conseguir un provecho ilícito por su cuenta o por la de un tercero, o para perjudicar a otra persona”. La perseguibilidad es privada, sujeta a la facultad de denunciar, y además se aplican las disposiciones al “*causahabiente del detentador fallecido, sujeto al secreto conforme a las prescripciones del pgf. primero, que divulgase sin autorización este secreto cuando lo hubiese conocido del difunto o recibido en la sucesión*” (27).

En la práctica forense y judicial se considera sustituida la aplicación del artículo 300 por el pgf. 13 de las Ordenanzas Médicas Estatales. Esta legislación sanitaria (28), ampliada por disposiciones pos-

(25) Vid. HEIM: *Op. cit.*, pág. 18.

(26) “... procuradores, ingenieros, consejeros de patentes, notarios, defensores fiscales o penales, expertos económicos, contables jurados...”

(27) Vemos que las disposiciones del 300 St. Gb. no dan margen para encontrar el dolo específico. Quizá por ello el legislador incorpora agravantes de esta clase—precio, intención daño no provechoso, o provecho puro—, lo que es innecesario si se admitiese el dolo específico. Por otra parte, el término autorización” dió lugar a dudas, puesto que más que recordar obligaciones legales de denunciar, dejaba la justificación exonerante en manos de la autoridad. Sin embargo, en sentencia de 16 de mayo de 1905, el Tribunal Supremo admite el estado de necesidad para exculpar la revelación cuando se protegiese un riesgo de contagio en el portador del secreto (vid. ALBERT PONSOLD: *Lerburch der Gerichtlichen Medizin*. Trad. española de Sales Vázquez. Barcelona, 1955, pág. 21). A esta tesis del T. S. se opusieron Finger y Pallaske, calificándola de lamentable e injustificada.

(28) Reich Arzteordnung de 12 de septiembre de 1935.

teriores (29), viene a retribuir un tanto los esfuerzos doctrinales por hallar un encaje, realmente técnico, al problema de la violación del sigilo (30). El aludido pgf. 13 RAO contiene cuatro artículos, de los que el primero exige que la violación sea arbitraria (31). La punibilidad se excluye, finalmente, en casos de cumplimiento de deber legal o moral, cuando hay motivo justificado en el sano sentir popular y cuando el derecho amenazado es predominante. Aquí se han incluido los informes a las autoridades y denuncias exigidas por la Ley (32).

B) *Austria* (33).—El pgf. 498 está comprendido en el capítulo XII: “Contravenciones contra la seguridad del honor, y de los delitos y contravenciones contra la libertad individual” (34). Y dice: “*El médico o cirujano, comadrona o partera, que revelaren los secretos de las personas confiadas a sus cuidados a toda otra persona que no fuese la autoridad que oficialmente lo solicite, se considera culpable de contravención y será interdicto para el ejercicio de su profesión, la primera vez por tres meses, la segunda por un año y la tercera a título definitivo.*” Precepto rígido, sí, pero la solidez de su clasicismo permite amplios senderos jurisprudenciales y resuelve las dudas sobre comparecencia en juicio.

Una novela de 1937 modificó el pgf. 494 expandiendo el secreto médico más allá de la persona del facultativo, sentando una interesantísima posibilidad. El secreto envuelve obligatoriamente a otras personas, mediante lo que podríamos llamar un título valor penal: la receta. Así se conecta con el sigilo a una tercera persona, el farmacéutico, pero no como actividad autónoma, sino condicionada con la relación medical a través de la receta (35).

(29) Rech-Tierarzteordnung de 3 de abril de 1936 y Reichs-Apothekerordnung de 18 de abril de 1937.

(30) Sobre todo, la Comisión encargada de Proyectos de Ley en 1909 y las sucesivas hasta 1930, donde brillaron los esfuerzos de Eberhard Schidt. (Vid. “Der arzt im Strafrech”, 1939, págs. 5 y ss.).

(31) La justificación de la “no arbitrariedad”, queda al criterio del juez. La protección “post-mortem” y las cautelas sucesorias, se recogen igualmente en este parágrafo. Y se amplía la extensión del sigilo de las auxiliares, ya previstas en el art. 300 STGB, a los estudiantes que participen de la actividad profesional. Pero, probablemente, una de las más certeras innovaciones RAO es haber reemplazado el término “Privatgeheimnis” por “Fremdesgeheimnis”, lo que es justo legalmente y más puro en el clasicismo hipocrático, ya que así se comprende, no sólo el secreto particularísimo que origina la actividad facultativa, sino todo lo que el médico pudiera conocer en su relación con el asistido. Hay una clarísima intención de defensa social.

(32) Como la de 30 de junio de 1900, “Enfermedades peligrosas para la comunidad”, y la de “enfermedades venéreas”.

(33) El Código de 27 de mayo de 1852, conservado por Austria tras el derrocamiento del Imperio A-H, rige en esta materia. Alemania lo admitió en la anexión y terminada la II G. G. M. los austríacos se contentaron con derogar los preceptos posteriores al 13 de mayo de 1938.

(34) Para el C. Austríaco, por tanto se trata de un atentado contra la libertad, pero participa de la infracción contra la Seguridad del Honor.

(35) “El farmacéutico que revelare los secretos de un enfermo, en vista de

C) *Bélgica*.—El capítulo VI, “De otros delitos contra las personas” (36), contiene el artículo 458, copia exacta del 378 francés, ya examinado. La jurisprudencia belga, así como destacados autores (Van Reepinghen, Verwaest), se han ocupado atentamente de este delito, sin fijarse en la frecuencia de su aparición, sino en las dificultades que presenta. Un trabajo de Robert Legros, profesor en Bruselas y magistrado en Lieja, encuadra ampliamente las incidencias de la figura en las doctrinas y tribunales de Bélgica (37).

Para Legros existen excepciones especiales al principio de silencio, como son las declaraciones de nacimiento, enfermedades contagiosas, venéreas, etc. Item la obligación de aceptar en ciertos casos misiones periciales (38). Los Tribunales tienden a limitar la aplicación del 458 mediante exoneraciones (39), como, por ejemplo: a) La autorización del enfermo (40). b) El estado de necesidad. c) Las enfermedades mentales (41). d) El pritaje. e) Las publicaciones científicas que deberán hacerse en forma anónima y para un público restringido (42). f) Los certificados médicos y las reclamaciones de honorarios, con suma discreción. g) Confidencia a los familiares de los menores de edad.

D) *Finlandia*.—El capítulo XXXVIII del C. P. de 19 de diciembre de 1889 castiga el “Abuso de confianza o Provechos ilícitos” (43).

la receta que le fuese entregada, a cualquiera otra persona que no fuese la autoridad que oficialmente lo solicitare, será castigado con multa hasta 1.500 shillings, si es propietario o dependiente de la farmacia. Si es mancebo, la pena será de uno a quince días de prisión según las circunstancias”.

(36) Tít. VII, Lib. II.

(37) LEGROS: *Le secret medical*. “Revue de Droit International et de Droit Comparé”. Núms. 2-3, 1958 (Bruylant-Bruxelles), pág. 451 y ss.

(38) Es curioso, la interpretación en el supuesto que el facultativo comprobe el envenenamiento. Si la víctima es el cliente, debe dar cuenta “sur le champ”, pero no si el envenenador es su cliente. Magnífica figura de complicidad.

Excepción general, es el testimonio judicial. “Fuera del Pretorio dice Legros, el médico, no puede, en principio, hablar jamás. En el Pretorio, puede hablar siempre, sin que deba considerarse siempre obligado.” En definitiva, es la conciencia del médico la que debe pesar los intereses en juego, teniendo en cuenta que son secretos, no sólo los hechos confiados como tales, aun implícitamente, sino también las cosas secretas por naturaleza, las relativas a ciertas enfermedades contagiosas, mal venéreo, cáncer, etc.

(39) En 26 de junio de 1935, el Tribunal de Lieja absolvió a un médico acusado de violar el secreto profesional: “... siendo de notoriedad pública en la comarca las aficiones alcohólicas del reclamante...” Es evidente, que lo notorio excluye el sigilo.

(40) Lo que no significa que esto obligue al médico a hablar, ya que el enfermo no siempre mide el alcance de su decisión (vid. LEGROS, pág. 456).

(41) Aunque en determinadas ocasiones obliguen, precisamente, a un más estricto secreto.

(42) Así el art. 97, pág. 2, del Código de Muñoyerro, notablemente acorde con la doctrina belga: “En los libros profesionales y en las publicaciones científicas deben evitarse las menciones en claro o con iniciales, y las determinaciones de circunstancias personales por las que pueda ser conocido el enfermo.”

(43) Creemos que esta rúbrica es de las más lógicamente adecuadas al delito.

El pág. 3 es conciso y claro: "Todo abogado o mandatario, cirujano, comadrona, farmacéutico o sus respectivos ayudantes, que indebidamente divulguen secretos privados o familiares, que hubiesen conocido con ocasión de su actividad profesional, serán castigados con multa o prisión máxima de seis meses". Cabría preguntarse si se emplea técnicamente la palabra "divulgación", ya que es distinta a revelación (44). El Código exige una actitud inicial ilícita, o cuanto menos, sin justificación.

E) *Grecia*.—Podiera calificarse de modelo el tratamiento del tipo que nos ocupa por el Código penal de 17 de agosto de 1950 (45). El artículo 371, en su primer apartado, dice: "Los ministros del culto, abogados, órganos judiciales de cualquier clase, notarios, médicos, comadronas, enfermeras, farmacéuticos y cualquier otra persona, depositaria de secretos privados conocidos por ella en razón de su profesión o calidad, así como los ayudantes de estas personas, que hayan revelado secretos privados que se les haya confiado en razón de su calidad o profesión, serán castigados con pena pecuniaria o prisión máxima de un año" (46). El p. 2.º consigue una cómoda expresión legal a la cuestión, tan debatida en la doctrina, sobre la extensión de responsabilidad "successio mortis causa": "Se castigará con la misma pena a quien encontrándose por razón de fallecimiento de cualquier persona mencionada en el anterior párrafo, en posesión de documentos o notas pertenecientes al fallecido, y relativos al ejercicio de su profesión o funciones, revelase secretos privados contenidos en estos documentos o notas". La acción es privada. "Sólo podrá perseguirse a instancia de parte". Finalmente, en el párrafo 4.º se recogen las justificantes específicas: "No se considera injusto ni perseguible el hecho, si el culpable obró en cumplimiento de un deber o para preservar un interés legítimo esencial o justificable de cualquier modo, o un interés público o particular del mismo o de un tercero que no hubiese podido preservarse de otro modo". Esta amplitud corresponde lógicamente con la severidad del tipo. La idea de colaboración con la Justicia resulta ínsita sin discusión.

F) *Diechtenstein*.—El Código de 7 de noviembre de 1859 es exacta reproducción, en esta materia, como en la mayor parte de las contenidas en su articulado (47) del austríaco de 1852. El artículo, tam-

(44) Recogemos el precepto finlandés por la traducción francesa de los colaboradores de Ancel.

(45) Empezó a regir el 1 de enero de 1951. El cap. XXII de la P. Especial trata de la violación de secretos: el 370 (secreto epistolar) y el 371.

(46) El precepto se preocupa de encajar la intimidad no sólo dentro de lo expresamente confiado, sino de lo simplemente conocido. No parece autorizado distinguir entre el momento estático o permanente del depósito y el momento dinámico de la revelación, por lo que también la violación de lo visto u oído, no expresamente confiado por el paciente, caerá bajo la sanción.

(47) El Código ha sido notablemente modificado por leyes de 8 de junio de 1898, 1 de junio de 1922, 14 de marzo de 1949 y 11 de abril de 1957.

bién 498, repite la letra del austríaco (48). El 499 castiga con multa la revelación del mancebo y de su principal, el farmacéutico (49).

G) *Luxemburgo y Mónaco*.—El artículo 458 del C. P. luxemburgués de 18 de junio de 1879 está inspirado por el belga de 1867, y, por tanto, al igual que el Código monegasco de 17 de diciembre de 1874, en su artículo 376, reproducen casi absolutamente el precepto francés.

II) *Suiza*.—Cuando en 1891 comienzan los trabajos preparatorios del C. P., la violación del secreto médico se había tipificado ya en algunos cantones (50). Sin embargo, en el de Vaud, hasta la Ley de Organización Sanitaria de 4 de septiembre de 1928, no se consagró el delito. Hubo dificultades para la aprobación del artículo 321 (51), que dice así: "1.º Los eclesiásticos, abogados, notarios, médicos, dentistas, farmacéuticos, comadronas, así como sus auxiliares, que hubiesen revelado un secreto que les ha sido confiado en virtud de su profesión, o del que tenían conocimiento por el ejercicio de ésta, serán castigados, siempre que exista denuncia del perjudicado, con pena de prisión o multa. Serán igualmente castigados los estudiantes que revelasen un secreto conocido con ocasión de sus estudios. 2.º La revelación seguirá siendo castigada aun cuando el detentador del secreto ya no ejerza la profesión o haya terminado sus estudios. La revelación no será castigada si ha sido realizada con el consentimiento del interesado o cuando, mediando propuesta del detentador del secreto, la autoridad superior o la de vigilancia le hayan autorizado por escrito. 3.º Se reservan las disposiciones de la legislación federal o cantonal, cuyos estatutos obligan a informar a la autoridad o a testificar en justicia" (52).

(48) "Revelaciones de los secretos de los enfermos."

(49) Ambos preceptos se encuentran considerados como delitos contra el honor.

(50) Valais (art. 286 C. P. 4-IV-1857), Ginebra (378 C. P. 21-V-1873), Friburgo (410 C. P. 30-I-1866), Neuchatel (352 C. P. 12-II-1891), etc.

(51) Vid. HEIM: *Op. cit.*, pág. 13 y ss., sobre la Memoria a la Sociedad de Médicos de Basilea, hecha por el profesor Jacquet, en contra de la opinión del doctor Morax: "El secreto médico absoluto paraliza la iniciativa del médico y compromete los intereses de la higiene pública. Hace tan difícil la conducta a seguir, que frecuentemente el médico es perseguido sin que haya pensado que infringía la ley."

(52) La Ley de Procedimientos Federales Penales de 15 de junio de 1934, así como la de Procedimiento Civil de 22 de marzo de 1850 hacen imperar el respeto al secreto sobre el respeto a la represión del crimen, lo que naturalmente goza en la doctrina helvética de abundantes críticas. Sólo el art. 286 del Código de Procedimiento Penal de Vaud admite el testimonio en justicia sin trabas, y la denuncia en caso de delitos; pero como lo hace siempre que medie la condición, más o menos dudosa en general, de que el médico haya sido relevado del secreto por el propio interesado, es letra muerta en la medida que pudiese resultar de utilidad para la defensa social.

Heim opina que los requisitos exigibles por el tipo son que el secreto sea confiado o sorprendido y revelación intencional (53).

A continuación, en forma breve (54) ojearemos los antecedentes españoles, con el fin de seguir, en lo posible, una línea histórica correcta que aclare algunos Códigos iberoamericanos respecto de las fuentes.

España.—Salvo los juramentos hipocráticos de las hornadas galénicas de Alcalá, Salamanca, Granada, etc., no hay, que sepamos, precepto legislativo hasta el Código de 1822 (55). Cuando el 9 de julio comienza legalmente a desarrollar su vigor (56) recoge el ejemplo napoleónico como “Delito contra la Fe Pública” (57). Se redactó así el famoso 424:

“Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadrones, matronas, cualesquiera otros, que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su estado, empleo o profesión, lo revelen, fuera de los casos en que la ley lo prescriba, sufrirán un arresto de dos meses a un año y pagarán una multa de 30 a 100 duros.”

Hasta aquí pudieran crearse problemas mínimos, no sólo porque no existen preceptos procesales criminales de tal rango y claridad que

(53) HELM: *Op. cit.*, pág. 43.

(54) No hay en realidad documentos históricos sobre la materia.

(55) Es curioso notar, sin embargo, que así como en la mayor parte de las codificaciones y doctrinas, la obligación legal de informar o denunciar se produce para atemperar la “histeria profesional” a la defensa social, en nuestro país, setenta años antes del artículo positivo, ya se prevé la importancia funcional del médico como colaborador de dicha defensa social, no penal en este caso, sino administrativa. En efecto, según la Ordenanza Real de 6 de octubre de 1571, adicionada por la de 23 de junio de 1572, venían los médicos obligados a dar cuenta a la Justicia, en cualquier pueblo donde se hallare el facultativo, de los que han padecido enfermedades contagiosas, luego que se verificase su muerte, bajo la pena, por primera vez que no lo hicieren, de treinta días de cárcel, y por la segunda, de cuatro años de presidio. Igualmente, debían dar cuenta al Alcalde de Barrio, “bajo la pena, la primera vez que lo dexen de hacer, de doscientos ducados, y por la segunda, cuatro años de destierro y cuatrocientos ducados de multa”.

De todos modos no parece posible ignorar, dado que se conocía, cuando menos teóricamente, y por inherencia a la profesión, lo conveniente de guardar el secreto, existiendo la amenaza de sanciones impuestas por los Consejeros del Protomedicato, quienes según las Reales Cédulas de 12 de abril y 16 de mayo de 1737, tenían jurisdicción privativa referente a todos los delitos o excesos que por razón de oficio cometieran los médicos, barberos, etc., así como los intrusos.

(56) Prescindiendo de si llegase o no a ser auténticamente aplicado debido a los brotes paranoicos del “Rey de las Caenas”.

(57) El Capítulo VI del Tít. V, se titulaba: “De los que violen el secreto que les está confiado por razón de empleo, cargo o profesión pública que ejerzan y de los que abran o supriman indebidamente cartas cerradas”.

No es el delito que nos ocupa, precisamente, uno de los que debieron mover a la crítica moderna a alabar la sistemática de los entusiastas codificadores del trienio constitucional.

permitan la interpretación "inter pares" (58) sobre el alcance de las obligaciones legales, sino porque las profesionales quedan, que sepamos, casi limitadas a las Ordenanzas transcritas en la nota 55.

El legislador se va limitando a copiar el 378 de Napoleón. Pero no queda satisfecho y sigue diciendo: "*Si la revelación fuera de secreto que pudiera causar a la persona que lo confió alguna deshonra, odiosidad, mala nota o desprecio en la opinión pública, sufrirá el reo, además de la multa expresada, la reclusión de uno a seis años. Si se probare soborno, se impondrá además la pena de infamia al sobornado y no podrá volver a ejercer aquella profesión u oficio; el sobornado sufrirá arresto de un mes a un año*". Magnífica carta de impunidad para la no colaboración con la justicia. Con la segunda invasión francesa y el restablecimiento del Terror fernandino, se barre el simpático Código del 22. Al refundirse bajo Narváez el de 1848, se adopta una fórmula amplia en el artículo 284: "El empleado público que sabiendo, por razón de su cargo, los secretos de un particular los descubriere, incurrirá en la pena de suspensión, arresto mayor y multa de 10 a 100 duros. En las mismas penas incurrirán los que ejerciendo alguna profesión que requiera título revelaren los secretos que por razón de ellas se les hubiese confiado."

Aquí termina la historia penal del tipo. Hasta los últimos años no se vuelve a pensar en el problema, con excepción de la monografía de Royo Villanova (59). En 1944, Benzo insiste sin gran eco (60). Las protestas por el vacío, aunque aisladas, ya procedían de Groizard, cuando quedó sin sanción la figura en 1870 (61).

Con el intermedio del Código de 1928, la legislación general sigue en silencio. La reglamentaria en 1945 define el secreto médico como veremos, y otorga normas para su observancia profesional (62). Finalmente, el doctor Luis Alonso Muñozerro ha articulado, con absoluta y precisa juridicidad, en artículos 91 a 100 del Código de Deontología, toda una verdadera teoría del secreto.

IBEROAMERICANOS

A) *Bolivia*.—El artículo 315 del C. P. de 6 de noviembre de 1834 es exacta repetición del español de 1822 (63).

B) *Dominicana*.—Reproduce el artículo 377 del C. P. de 20 de agosto de 1884, el 378 del Código de Napoleón. Es igual el de

(58) Vid. Jiménez Asenjo. D. Procesal Penal (Ed. Rev. D. Privado. Madrid), págs. 53 y ss. T. I., sobre el Proyecto de Código de Procedimiento Criminal de 1821.

(59) "El secreto médico profesional". Zaragoza, 1924.

(60) "Responsabilidad profesional del médico". Escelicer. Madrid, 1944.

(61) Según Díaz Palos. Op. cit., pág. 300.

(62) Orden del Ministerio de la Gobernación de 8 de septiembre de 1945.

(63) El alambicamiento liberal del precepto hace sufrir al tipo por su detallismo, lo que puede decirse de los artículos que barajan al médico con otros profesionales (sacerdotes, abogados, etc.). El facultativo tiene el deber de curar

C) *Ecuador*, bien que no cite a los oficiales de sanidad y distinga la obligación legal de denunciar y la de testimoniar en juicio (64).

D) *Nicaragua*.—El C. P. de 18 de diciembre de 1891 se ocupa de la revelación de secretos en artículos 253 a 256 (65). Este último dice: “*Sufrirán inhabilitación especial en segundo grado y multa de 25 a 30 pesos los abogados, escribanos, médicos, cirujanos, parteras o comadronas que revelen los secretos que se les confíen por razón de su profesión, salvo cuando la Ley les obligue a revelarlos. Si de la revelación desautorizada resultare daño al particular, la multa podrá elevarse hasta 500 pesos a favor de la parte damnificada, y cuando el culpable no tenga título profesional sobre que recaiga la inhabilitación, se castigará con arresto mayor en segundo grado y la multa expresada.*” Aborda, como vemos, el problema del intrusismo. Además, prevé el perjuicio potencial y consecüente, indemnizando, con originalidad no exenta de clásico criterio retribucionista, al ofendido con la sanción penal del ofensor.

E) *Paraguay*.—Según el artículo 288 del C. P. (66): “*El abogado, procurador, médico, cirujano, partero o funcionario público que revelare un secreto, confiádole por razón de la profesión o cargo que ejerce, del que pudiera seguir grave perjuicio al confidente agraviado o a su familia, sufrirá multa de 800 a 3.000 pesos, según la gravedad del daño, e inhabilitación profesional hasta de dos años.*”

El artículo 290 exige la querrela del interesado, haciendo la salvedad de que si el infractor es funcionario público la acción es igualmente pública. Parece deducirse un doble requisito que limita el alcance: a) Perjuicio grave. b) Confidencia expresa (67).

lucras corporales y no defender o juzgar fallos morales ni sociales. Las dos agravaciones específicas del Código del 22 desaparecerían caso de exigirse el dolo al violador.

(64) Dice el art. 259 del C. P. ecuatoriano de 22 de marzo de 1938: “*Los médicos, cirujanos, farmacéuticos, obstétrices o cualquier otra persona, depositaria, por su estado o profesión, de los secretos que se les confíe, y que fuera del caso en que son llamados a declarar en juicio o cuando la ley les obligue a hacer conocer dichos secretos, los hubiesen revelado, serán reprimidos con prisión de uno a seis meses y multa de 50 a 100 sucres (cap. VI, “Del prevaricato”; tít. III, “Delitos contra la Administración Pública”; lib. II, “Delitos en particular”).*”

(65) El art. 256 se halla camuflado en rúbrica que no le comprende, ya que el tít. VI (lib. II, “Delito y penas”) está para “*Delitos peculiares a los empleados públicos*”.

(66) C. P. de 22 de febrero de 1910. El art. 288 se encuentra dentro del cap. X, “... *Contra las garantías constitucionales*”, del libro II.

(67) El considerar este delito como lesión de garantías constitucionales, valora en exceso la relación existente entre la intimidad y la función terapéutica, pues si el derecho a ser curado es natural y respetabilísimo de todo punto, no hay todavía doctrina suficiente para considerarle como constitucional. Y aunque así fuera, el delito constitucional lo supondría la denegación de auxilio por el médico, pero no la violación del secreto.

F) *Perú*.—Artículo 363 del C. P. de 28 de julio de 1924: “El que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de secretos cuya publicación pudiese causar daño, los revelase sin consentimiento del interesado, o sin que la revelación fuese necesaria para salvaguardar un interés superior, será reprimido, por acción del perjudicado, con prisión no mayor de dos años, o multa de su renta de tres a noventa días, e inhabilitación, conforme a los incisos 1.º y 3.º del artículo 27, por no más de tres años. Están especialmente comprendidos en esta disposición los eclesiásticos, abogados, apoderados, notarios, médicos, farmacéuticos, los auxiliares de estas personas y las parteras. También están especialmente comprendidos los estudiantes de Medicina que conocieren algún secreto con ocasión de sus estudios.”

No es necesario comentar la diestra conjunción que se observa entre la enjundia clásica y las exigencias técnicas modernas. La colocación geográfica en el Código, así como su rúbrica, satisface las exigencias jurídicas normales, puesto que el artículo 363 forma parte de la Sección X, “Delitos contra los deberes de la función y los deberes profesionales”, y la rúbrica del Título VIII (del libro II, “Delitos”) es “Violación de los secretos” (68).

* * *

Con el examen del Código del Perú, pasamos a aquellos otros que implícitamente contienen la infracción medical dentro de la revelación general (69).

CODIGOS QUE IMPLICITAMENTE RECOGEN LA INFRACCIÓN DENTRO DE LA REVELACION DE SECRETOS EN GENERAL

EUROPEOS

A) *Bulgaria*.—El artículo 163 (70) dice: “El que contrariamente a la Ley publicare el secreto ajeno, atentando a la buena reputación de una persona, secreto que le ha sido confiado o que conoció por el

(68) Sólo cabría objetar que resulta mucho más amplia la rúbrica de la sección que la del título VIII.

(69) El C. P. de la antigua Zona Internacional de Tánger, en su art. 179, reproducía el precepto del 378 de Francia. Pudo observarse el problema de hecho, que si bien el C. P. obligaba en justicia a todos los residentes, la multiplicidad de nacionalidades en los facultativos y la dispar legislación nacional sobre el secreto médico, provocaban dudas sobre el sometimiento del facultativo a la *lex locis*. Hasta cierto punto, y respecto de los peritajes o testimonios, se admitió la costumbre de que el presidente del Tribunal de J. I. relevase a los profesionales inquiridos del secreto.

(70) El C. P. de la R. P. de Bulgaria reforma en 1951 el antiguo Real de 1896. En el apartado V de la parte especial, y bajo el título “Delitos contra los particulares”, trata de la violación de secretos ajenos (núm. 7 del apartado).

ejercicio de su profesión, será castigado con privación de libertad hasta de un año de trabajo correctivo.

Cautelosamente, se intenta apuntar el dolo específico. Además, admite el contacto del agente con el sigilo, bien directamente, por comunicación o por simple observación.

B) *Dinamarca*.—Para el legislador danés de 1 de enero de 1933, esta figura es “Atentado contra la paz y el honor de las personas”. El artículo 263 castiga con multa o detención simple (71) al que “atentare contra la paz de otro...”. “... 2.º) *Los que desempeñando o habiendo desempeñado una función o misión pública, o ejerciendo o habiendo ejercido una profesión en virtud de nombramiento o autorización pública, así como sus colaboradores, cuando revelen los secretos pertenecientes a la vida privada que hayan llegado a su conocimiento en el ejercicio de su actividad, a menos que hayan sido obligados a realizar una declaración en este sentido, o que hubiesen actuado en beneficio de una justificada salvaguardia del manifiesto interés general, de sus propios intereses personales o de los de otra persona.*”

Los requisitos, por tanto, pueden reducirse a cuatro: a) Titulación del agente o colaboración calificada. b) Rompimiento del sigilo cuyo contacto se produce en el ejercicio de la profesión titulada presente o pasado. c) Ausencia de compulsión. d) Idem de justificación (72).

C) *Holanda*.—El artículo 272 (73) castiga a “... *el que revelare intencionadamente un secreto que se halla obligado a guardar en razón de su función o profesión que ejerza actualmente o que haya ejercitado, será castigado con prisión de seis meses, como máximo. Si el delito ha sido cometido en perjuicio de persona determinada, sólo se perseguirá por denuncia de ésta.*”

D) *Islandia* (74).—El artículo 230 señala: “*El que ejerciendo o habiendo ejercido un cargo o profesión, por nombramiento, autorización u homologación pública, desvele secretos pertenecientes a la vida privada ajena que hayan llegado a su conocimiento en el ejercicio de*

(71) Máximo de seis meses.

(72) Secuela reciente del concepto danés es la estructura que el art. 68, núm. 3, de la Ley Penal de Groenlandia de 5 de marzo de 1954, otorga a la violación del secreto médico-profesional. Tiene una buena distinción entre la vida privada y la vida íntima y destaca un amplio arbitrio judicial.

(73) Código de 1 de septiembre de 1886. Título XVII (“Violación de secretos”) del libro II (“Delitos”).

(74) El C. P. islandés se inspiró, en 1869, en el danés de 1866. Al quedar anticuado, en 12 de febrero de 1940 se publica un nuevo Código Penal que contiene importantes modificaciones y que a su vez se nota influido también por el danés de 1933. En relación con el capítulo XXV, se ha sustituido el término del danés (“Atentados contra la paz y el honor de las personas”) por “Atentados contra la paz y el honor de la vida privada”, que para el concreto problema que nos ocupa posee una mayor concentración.

su actividad, será castigado con multa o detención simple.” “Se consideran incurso en la misma sanción a los colaboradores de las personas mencionadas que cometan actos similares en el ejercicio de sus actividades.”

E) *Italia*.—El artículo 622 se titula especialmente “Revelación del secreto profesional” (75): “El que habiendo conocido por su estado o su función, por su profesión o por su arte, un secreto, lo revele sin justa causa o lo utilice en su provecho personal o en provecho de otro, si el hecho es susceptible de causar daño, será castigado con pena de reclusión máxima de un año o con multa de 300 a 5.000 liras (76) Sólo es punible el delito mediante denuncia del ofendido.”

Cabe observar que el precepto castiga no solamente la revelación, sino también una apropiación especial del secreto para el provecho propio o ajeno, aunque en este caso no exista revelación. Parece referirse aquí el Código italiano a una figura típica de “chantage” (77). El peligro que representa la admisión del daño potencialmente, es manifiesto. Distinto totalmente es que el hecho revelado cause daño a que lo suponga la mera revelación o indiscreción medical.

F) *Polonia*.—El capítulo XXXVII de la Parte especial del C. P. polaco de 1932, hoy ligeramente modificado, se refiere a la violación de secretos. Contiene un artículo, el 254, con cuatro párrafos que se redactan con claridad.

“Cualquiera que revele, contrariamente a su deber, un secreto privado del que haya tenido conocimiento con ocasión de su profesión o de su función pública, será castigado con reclusión menor de dos años o prisión menor a dos años.

Dicha infracción puede cometerse igualmente por la persona que ayude a alguien en el ejercicio de una profesión o función pública.

No hay infracción si la revelación ha sido en el interés público o privado justificado.

La persecución se ejerce por requisición del ofendido” (78).

(75) Sección V: “Delitos contra la individualidad de los secretos” del capítulo III, “Delitos contra la libertad individual” del tít XII (“Delitos contra las personas”) del libro II (“Delitos en particular”).

(76) Por disposición de 21 de octubre de 1947, la multa se eleva a la cuantía comprendida entre 2.400 y 40.000 liras.

(77) La jurisprudencia italiana ha entendido por “estado” una condición individual, social y habitual de la persona, ofreciendo servicios personales o prestaciones reales, sin que forzosamente hayan de ser remuneradas, mientras que profesión o arte es toda forma de actividad individual, habitual y remunerada (aquí es donde se comprenden los médicos, cirujanos, etc.). Igualmente son secretos para la jurisprudencia aquellos hechos o cosas, no conocidos, que provienen de la intimidad de una persona, y que, en razón de su naturaleza, de la voluntad del enfermo o de sus intereses, no deben ser comunicados a otros. Para el Código italiano, es indiferente que el enfermo haya confiado voluntariamente el secreto o que haya sido sorprendido. (Confront.: T. Milano, S. 25-VI-1931; Foro italiano 1932, pág. 1489; id. Corte Regno: S. 4-VI-1934; Foro italiano 1935, pág. 1801. Citada por HEIM: *Op. cit.*, pág. 28.)

(78) El C. polaco aparta decididamente el problema de distinción entre

AMERICANOS

Λ) *Argentina*.—No entraremos en la evolución histórica y legislativa de este país, uno de los que más hondamente se preocupan del secreto médico, a partir, sobre todo, de la actividad del célebre médico forense Nerio Rojas. Tampoco examinaremos las interesantes polémicas de los codificadores, respecto a la figura. Muy completamente puede estudiarse en Molinario (79) y en Asúa (80).

El C. P. argentino de 1886, en su artículo 165, consagraba un eclecticismo que dió origen a fácil evasión de letra y espíritu, duro realmente por invertir la excepción, haciendo de ella la regla general (81). El Código de 1921, en su artículo 156, dice: “Será reprimido con multa de 200 a 1.000 pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años; el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa” (82).

El problema batallón argentino con relación al 156, que por su trascendencia puede aplicarse a cualquier otro ordenamiento, es el de quién sea el portador o dueño de la decisión sobre la justa causa.

Nerio Rojas, en doctrina aproximada a Rodolfo Moreno y a Rivarola, llega a la conclusión, interpretando la Ley, de admitir en el médico el doble derecho de denunciar o callar, según su conciencia.

la confidencia y la observación. Es quizá el que con mayor amplitud comprende a los colaboradores, pues el mero “ayudar” abarca una extensa zona de personal.

(79) ALFREDO J. MOLINARIO: *El secreto profesional de quienes ejercitan el arte de curar y la obligación de denunciar delitos* (“Rev. D. Procesal”. Ediar. B. Aires, II, núm. 4, 1944, págs. 398 y ss.).

(80) *Tratado*, t. IV, págs. 413 y ss.

(81) Art. 165: “Los médicos, cirujanos y demás personas que profesen el arte de curar, harán conocer, dentro de veinticuatro horas, o inmediatamente en caso de grave peligro, los envenenamientos y otros atentados personales, cualquiera que sean, en los que hayan prestado los socorros, al juez competente, al M. Fiscal o a los funcionarios de Policía; bajo las represiones establecidas en la Ley Penal. En esta declaración se indicará dónde se encuentra la víctima y, en cuanto fuere posible, los nombres y demás circunstancias que puedan importar para la averiguación de los delinquentes.”

Art. 167: “Se exceptúan de lo dispuesto en los anteriores artículos el caso en que las personas mencionadas hubieren tenido conocimiento del delito por revelaciones que les fueren hechas bajo el secreto profesional.”

Vemos que la peligrosa excepción del art. 167 podía servir para burlar la lógica y justa previsión del art. 165, que se refería sólo a “envenenamientos o atentados personales”.

(82) Hay gran diferencia entre el tratamiento del Código actual y el anterior. Antes, cuando el médico, aun en presencia de atentado o envenenamiento, denunciaba el hecho habiendo mediado exigencia del secreto, no podía afirmarse que violara el Código, sino que realmente no utilizaba la excepción. Se considera luego que al omitir dicha excepción concedida, debe ser sancionado. Así, antes si ligado por el secreto, el facultativo denunciaba, obraba injustificadamente, a pesar de no venir penado. En el 156, por el contrario, viniendo obligado a silenciar, si lo denuncia mediando justa causa, su postura es correcta. (En este sentido, el recordado Alsina, en el debate de la Sociedad Argentina de Criminología de 28 de agosto de 1944. Citado por Molinario.)

Por el contrario, el profesor Molinario (83), brillantísimamente, y tras detallado análisis de la evolución legislativa y de la fórmula legal, tanto sustantiva como ritual, opina que sólo se exime el profesional de la obligación legal de denuncia cuando ha mediado promesa explícita de guardar el secreto (84). En la misma línea, Mario Mallo, no cree deba dejarse al subjetivo criterio del médico la calificación sobre la justa causa que obligue a denunciar o a romper el secreto, ya "que no se puede ser juez y parte al mismo tiempo" (85). Cree Asúa que de todos modos se ha exagerado notablemente este aspecto del problema entronizando el secreto profesional. Pero para el maestro es, a pesar de todo, necesario esclarecer si se trata de una facultad de revelar el secreto —excepción hecha de los casos en que la Ley impone romper el silencio— o si, por el contrario, renunciando al excesivo subjetivismo, hay que someter el descubrimiento de estos secretos a las "normas objetivas" que deben regir el conflicto de intereses, es decir: El estado de necesidad (86). Sin embargo, una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha sugerido acertadamente la consagración de lo objetivo y del interés público (87). Sencilísimo

(83) *Op. cit.*, pág. 426.

(84) Es de lamentar que el excesivo ajuste a la interpretación de la Ley argentina no haya conducido al ilustre profesor de La Plata a la conclusión de abogar plenamente por admitir sin reservas la obligación legal de denunciar, máxime cuando con el relato de un apasionante caso de defensa, representando a un médico, sobre presunta omisión del deber de denuncia en accidente de trabajo, reconoce Molinario con admirable hidalguía que la generalización del criterio que sustentó ante el Tribunal "podría conducir a la impunidad de verdaderos y propios descubrimientos punibles" (vid. *op. cit.*, pág. 415).

(85) *Código Penal Comentado*. Buenos Aires, t. II, pág. 353. Sin embargo, la jurisprudencia argentina ha seguido una línea casi constante en el sentido de amparar la libertad de conciencia del médico para declarar lo que sea a su juicio objeto del secreto. (Así, SS. Corte de Casación de 14 de junio de 1937 y 23 de noviembre de 1934.)

(86) Asúa juzga que se ha olvidado en la doctrina y jurisprudencia argentina que "la justicia de la causa por la que se revela, plantea la cuestión en el plano rigurosamente objetivo de la antijuridicidad, y de los motivos que la exciuyen (causas de justificación), penetrando de excesivo subjetivismo todo el tema del secreto profesional. En este sentido cita Asúa la frase de Gómez, parecida a la de Rojas, sobre que no puede haber más juez, respecto a la naturaleza secreta del hecho, que el propio médico (vid. *Tratado*, t. I, págs. 413 y ss.). Insiste el ilustre catedrático sobre el problema de la justa causa en págs. 416-17, donde analiza las opiniones de Eusebio Gómez, del tan citado Nerio Rojas, de José Belbey, Raúl C. Vigliani, Sebastián Soler y el profesor mejicano Ceniceros. Ahora bien, el problema no creemos pueda resolverse con simples exactitudes sobre la corrección de la técnica. Nos encontraríamos que el médico dejaría de ser juez de la justa causa para pasar a serlo del estado de necesidad objetivo, salvo que se pudiese facultar al magistrado para obligar a la revelación.

(87) "Que si bien, como regla profesional, puede ser acertada la recomendación de guardar el secreto, sobre todo de los hechos cuyo conocimiento haya adquirido el médico en el ejercicio de la profesión, no sucede igual desde otros puntos de vista, y menos del que se desprende de nuestras leyes penales, que establecen que el INTERÉS DEL ORDEN PÚBLICO DEBE PRIVAR sobre toda otra consideración particular, ya que se refiere a la extensión del secreto mé-

y adecuado camino a seguir, tan velado con el cendal de la técnica y con las protestas de perfección y autonomía.

Según Mario Mallo (88) los requisitos del 156 son: a) Que el secreto haya llegado a conocimiento del profesional en razón del ejercicio de estado, oficio, profesión, empleo o arte. b) Que la revelación cause un daño o sea susceptible de causarlo. c) Que no exista justa causa.

Finalmente, observa Mallo que no es necesario el requerimiento expreso de la guarda del secreto, por ser tácita esta obligación.

Hay que notar que, aunque la doctrina siga fluctuando sin hallar la panacea que contente por doquier no puede dejar de admirarse la profunda preocupación de los juristas argentinos por armonizar el artículo 156 con el 165 del Código de Procedimiento Penal, y de sus exposiciones se desprende la más abundosa y honrada doctrina sobre esta materia en los derechos hispánicos.

B) *Brasil*.—La Ley Penal brasileña (89) pena en su artículo 154 “con detención de tres meses a un año o multa de un conto a diez contos de reis a todo aquel que revelase sin justa causa un secreto de que tenga conocimiento en razón de su cargo, ministerio, oficio o profesión, y cuya revelación pueda causar un daño a tercero”. El delito sólo es perseguible a instancia de parte.

C) El artículo 307 del C. P. colombiano (90) dice: “El que teniendo conocimiento, por razón de su profesión, arte u oficio, de un secreto, lo revele sin justa causa, incurrirá en arresto de tres meses a un año, y suspensión para ejercer tal profesión, arte u oficio por el mismo tiempo”.

D) *Costa Rica*.—También es, en el Código de 21 de agosto de 1941 un delito contra la libertad (91), recogido en el artículo 256: “Se impondrá la pena de 200 a 600 colones, y además la de inhabilitación para el ejercicio de cargos u oficios públicos o de profesiones tituladas, en su caso, al que teniendo noticia, por razón de su estado, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño y

dico con relación al delito, a la obligación de denunciar y a los casos en que esta obligación no existe y en que están dispensados de testificar.” (Citada por GÓMEZ: *Tratado*, t. III, pág. 443, y recitada por ASÚA: *Tratado*, t. IV, página 420.)

(88) MALLO: *Op. cit.*, pág. 353. Confront. supra opinión de Molinario.

(89) De 7 de diciembre de 1940 (tít. I, “Delitos contra las personas”; cap. VI, “Delitos contra la libertad individual”; sección 4.ª, “Delitos contra la inviolabilidad de los secretos”).

(90) Código Penal de 14 de diciembre de 1936: Capítulo V, “De la violación de secretos”, del título XI, “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, del libro II.

(91) Capítulo III, título IV.

que no consista en un plan o conspiración para delinquir, lo revele sin causa que justifique su conducta" (92).

E) *México*.—Los artículos 210 y 211 (93) tipifican la violación del secreto. El primero castiga con multa de 5 a 50 pesos o prisión de dos meses a un año, *al que sin justa causa, con perjuicio de alguien, sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada, que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto*. Pero los médicos van a comprenderse en el artículo siguiente, que supone agravante específica dentro de esta figura, y que dice: "*La sanción será de uno a cinco años, multa de 50 a 500 pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios personales o técnicos, o por empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial*" (94).

F) *Uruguay*.—Siguiendo la línea más utilizada, para el Código de 4 de diciembre de 1933 es un delito contra la libertad (95). El artículo 302 se titula "Violación del secreto profesional", y dice: "*El que, sin justa causa, revelare secretos que hubiesen llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho cause perjuicio, con multa de 100 a 2.000 pesos*".

G) *Venezuela*.—Según el artículo 190 del Código de 1926, "*El que teniendo conocimiento, por razón de su estado, profesión, arte u oficio, de algún secreto cuya divulgación pueda causar algún perjuicio, lo revela, no obstante, sin justo motivo, será castigado con prisión de cinco a treinta días*" (96).

De todo lo examinado hemos de concluir que el tipo discutido no es figura caprichosamente arrastrada del escondrijo de alguna ley exótica, ni hallada casualmente en sus ángulos recónditos. Puede afirmarse la existencia de un solidísimo conjunto legal, que no degrada

(92) La antítesis jurídica que plantea es inútil, pues se representa difícil que la divulgación de una conspiración delictual pueda causar daño.

(93) El título XI de la parte especial del C. Penal de 13 de agosto de 1931 se refiere a la revelación de secretos y comprende un único artículo, igualmente titulado.

(94) El Código mexicano conserva los clásicos requisitos de injustificación y resultado de perjuicio. Pero introduce uno, importante, que es el de exigir la falta de consentimiento del interesado. Por tanto, aparta la discusión doctrinal sobre si seguirá siendo delito la revelación, aun con el consentimiento del sujeto pasivo.

(95) Título XI: "Infracciones contra la libertad". Capítulo III: "Contra la inviolabilidad de los secretos".

(96) Si en el uruguayo se exigía el resultado, aquí basta con el perjuicio potencial. Valora acertadamente el Código de Venezuela, la revelación, como etapa anterior a la divulgación.

la importancia del delito con la realidad de contradicciones y retrasos en algunos de estos exponentes legales. En general, se le considera como un delito contra la libertad; para algunos Códigos se trata de atentado contra el honor y la paz de las personas, sin faltar los que llevan el tipo a alturas insospechadas como lesión a las garantías constitucionales o a la Administración Pública, y para alguno, como el peruano, más modesto y exacto, es delito contra los deberes de la función y los profesionales. En el particular detallismo de cada legislador hemos podido ver cómo se ha matizado de tal forma que poco le queda por inventar al puro bizantinista que lo deseara. El Código búlgaro protege la buena reputación; la Ley de Groenlandia distingue entre vida privada y vida íntima, y las de Grecia y Alemania han previsto las extensiones sucesorias y las de los colaboradores, sin olvidar al estudiantazgo, como también lo hace el del Perú (97).

Legros, después de subrayar la evolución jurisprudencial de Francia y Bélgica, que marchó, desde el secreto absoluto a la concepción relativa, afirma con notorio pesimismo: "La evolución de la Medicina moderna, la de las ideas, han provocado, a propósito del secreto médico, un verdadero malestar intelectual". Y sigue: "Los mejores autores no han cesado de afirmar que se encuentra esta materia en presencia de un problema inextricable" (98).

Estas afirmaciones son incontrovertibles si atendemos a la línea doctrinal que se ha seguido. Consumidos momentos larguísima y pedazos de legislación inestimables, invocando siempre los derechos del paciente y los sacratísimos del médico (99). Resulta desesperante

(97) No podría, sin embargo, decirse que cualquiera de ellos, aun los más completos, no adolecen de alguna posibilidad de discusión y crítica. Menos achacable al legislador que a la constante manía de reclamar prebendas y honores profesionales y de ver contradicciones con el eterno problema de la comparcencia en justicia. Diagnosticando certeramente, lo pone de relieve Molinario, cuando dice: "La cuestión no ha sido siempre considerada en forma autónoma. Se la vincula con la obligación de testificar ante los Tribunales, y esta confusión de problemas—por desgracia demasiado generalizada—no ha favorecido la labor de quienes emprenden la tarea de resolverlos" (MOLINARIO: *Op. cit.*, pág. 398).

(98) ROBERT LEGROS: *Op. cit.*, pág. 451.

(99) Ello es perfecto. Así, puede decir el profesor Rodolfo Rivarola, a mediados del pasado siglo: "Ningún interés puede bastar para imponer, a los que dedican su vida al ejercicio de una profesión noble, la obligación legal de violar las reglas de lealtad e hidalguía, presentes siempre en la conciencia del hombre honrado" (RIVAROLA: *Exposición y crítica del Código Penal*. Buenos Aires, Lajouane, 1850, pag. 561. Citado por MOLINARIO: *Op. cit.*, pág. 407). Exacto. Y por todo ello, por la noble profesión de hombre honrado y por su hidalguía, el médico irá a curar, con idéntica nobilísima unción, al asesino herido por la Policía, al atracador que ametralló pacífica muchedumbre o al conductor borracho que ha provocado una hecatombe. Y al coincidir en el Juzgado o Comisaría con los cadáveres de las víctimas o con los desesperados familiares, se felicitará con amable complicidad de que el secreto profesional le impida revelar el lugar del escondrijo del criminal, "porque ningún interés puede bastar para imponer a su noble profesión la obligación de violar su lealtad e hidalguía".

que aún hoy se olviden los deberes y no se piense más que en los derechos. El delincuente tiene el derecho de defenderse, pero correlativamente el deber de soportar la terapéutica de la pena penal. El médico tiene el derecho de defender su deber de sigilo, pero también el de consagrar "su admirable profesión, no sólo al enfermo, sino también al común social (100).

LOS ELEMENTOS DEL DELITO MATERIALES Y FORMALES

A) EL OBJETO DEL HECHO PENAL

En su inspiradísima creación *Estructuras de responsabilidad punible*, Marcial Fernández Montes, con ocasión de enfrentarse una vez con Ticio (su Simón de Cyrene), limita el diálogo del justiciable y la Justicia por razón del "inabordable reducto en el que ya Ticio no importaba propiamente a la relación concreta —existencial— de un hombre con los demás existentes" (101). La Justicia omnísuperior, que puede entrar en las almas (102), se detiene ante una intimidad permisible, a la que no tiene razón de llegar. Y es que la esfera de la

(100) El médico no es juez de Instrucción ni policía, se arguye. Tampoco estos funcionarios son médicos y jamás se ha permitido que un asesino o delincuente cualquiera enferme o agonice bajo su jurisdicción sin poner los remedios precisos. No es igual, se objetará. A poco que se piense, es absolutamente igual. Y aunque la mayoría de los Códigos admite la justa causa en la violación del secreto, sigue, por desgracia, la polémica sobre si el deber legal de denunciar los delitos sea constitutivo de justa causa. Luego veremos la perfecta expresión que adquiere este aserto en el art. 98, núm. 3, del Código Deontológico Muñozerro.

En pocas doctrinas, se habrá visto el problema con la sencillez y lógica que en Inglaterra. Y es que pesa mucho el respecto intercudadano y la veneración por los Tribunales de Justicia. Si insistimos, en colación forzada, con una de las partes del problema que es la de la comparecencia en Justicia, es porque desgraciadamente, ha servido como arma, en nombre de valores sacrosantos, para bastardear uno de los más claros aspectos de la cuestión. Toda esa maraña que ve Legros, ha sido motivada por las gremiadas cuando se solicita la declaración del médico. Afortunadamente, en nuestro país no se produce el problema merced a la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no es plenamente satisfactoria la solución, debido a la omisión del delito contrario en el Código Penal. Pues bien, en Inglaterra, algunos médicos, reclamaron el privilegio de no contestar a ciertas cuestiones, fundándose en que habían llegado a su conocimiento por comunicaciones privadas y confidenciales de sus enfermos. Un ilustre forense, que fue, Taylor, le contesta así: "La Ley, no concede privilegio alguno de esta naturaleza a los miembros de la profesión médica. La única excepción es que la respuesta pueda incriminar al testigo, pues nadie está obligado a declarar contra sí mismo". (A. S. Taylor. *Traité de Medecine Legale*. París, 1881, pág. 29.)

(101) Aguilar, Madrid, 1957, pág. 63.

(102) Es curioso notar en este momento, como Federico PUIG PEÑA, op. cit., página 304 señala el interés del secreto médico al conectarse con el problema del narcoanálisis.

intimidad ha de respetarse, cuanto más si a ella se arriba, en virtud de una misión, sagrada para el médico e imprescindible para el enfermo, envuelta para y de por sí en la necesidad de descubrir toda la intimidad que al doliente rodea. (103). No quiere decirse con esto que se base el deber de sigilo en la famosa frase de que el enfermo no tiene más remedio que acudir al médico (104). Como tampoco es cierto, y bien lo señala Mallo, que se consulte al facultativo para hacerlo depositario de un secreto (105).

Hay una razón de necesaria profesionalidad en el deber de sigilo, cual es la facilidad de la tarea del médico, a quien no se ponen trabas ni obstáculos, lo que quizá no sería si no se contase con el sigilo. Hay un fundamento puramente estético: la publicación de lacras y miserias corporales disgusta a la sensibilidad social si esta publicación es inútil. Y, sobre todo, hay un determinante moral: el facultativo contacta con el enfermo y su "entourage" en circunstancias anormales... dolor, miseria... o, cuanto menos, preocupación. Tanto el enfermo como su cortejo se hallan en una cierta indefensión. Así, de arrancar la capa de la intimidad, se uniría por su propio peso el abuso de confianza con la villanía. No es una creación artificial, por tanto, y así lo señala Muñoyerro en el artículo 91 de su Código Deontológico (106). De aquí se alegará que también existe una obligación puramente jurídica, que dimana de un contrato civil, tácito o expreso, en cuyas características estructurales no ingresamos (107), encontrándose en él sobrentendida la obligación de silencio por la naturaleza de la prestación que una de las partes viene obligada a cumplir. En este momento podríamos revisar la coordinación de valores que el admirado Fiscal y Abogado Puig Peña realiza al referirse a la tipificación penal de la violación del secreto, "no sólo por incumplir un contrato civilístico, no sólo por faltar a un deber jurídico, sino por producir un estado de alarma e intranquilidad" (108). Y debe atenderse a revisar, decimos, esta coordinación porque no es igual en absoluto un extremo que otro. Como no es igual el tratamiento jurídico de una morosidad que el de

(103) *A missao do medico o singularmente facilitada quando além la confiança, possui e simpatia e o respeito do doente*, PIRES DA LIMA. Separata de "A Medicina Contemporânea", núm. 10, de 5 de marzo de 1934. Centro Tip. Colonial. Lisboa.

(104) Vid. Opinión de P. PEÑA, Op. cit., pág. 318.

(105) MARIO MALLO, Ob. cit., pág. 352. "Se recurre al facultativo porque se teme del mal y de las consecuencias que puede significarle una lesión no tratada.

(106) Art. 91. 1) La Ley natural, impone al médico la obligación de guardar secreto sobre lo que ha conocido por razón de su profesión, y pueda causar al cliente o a su familia perjuicio o desagrado racional.

2) Más riguroso que el simplemente natural o prometido, este secreto, aunque no preceda petición explícita del enfermo, lo que exige el interés privado de éste, y el bien social, y nace de un pacto tácito entre el cliente y el médico, por lo que se llama profesional. Obliga en justicia.

(107) Depósito, con. innominado, cont. de gestión de negocios ajenos, o arrend.º de servicios. Vid. P. PEÑA, Op. cit., pág. 316.

(108) PUIG PEÑA. Id. pág. 318.

un ánimo fraudatorio. Podemos, sí, comparar y estudiar la traslación mutua del concepto civilístico con el penal, pero no confundirlos o medirlos por igual (109). Ahora bien, es indudable que la materia reviste dificultades: ¿Cuándo se considerará la revelación como un mero incumplimiento de contrato? ¿Cuándo se llevará al Código penal? Es peligroso afirmar que una mera indiscreción, que, v. gr., no producirá daño ni descrédito, sino simplemente, en términos de Muñozerro, "desagrado racional", deba caer en el Código penal (110). La mayoría de la doctrina, con excepción de Soler y Franck, han intentado ignorar esta realidad, porque desvirtuaba notoriamente la buena marcha de su sistemática. Pero la mayor dificultad se halla en el hecho de que no puede medirse objetivamente la figura por la forma de la revelación ni la calidad de lo revelado. Es evidente, aunque no frecuente, que una "mera indiscreción" pueda complicarse y producir daño auténtico.

Así, pues, propugnamos se ataque el problema a través del subjetivismo del agente. ¿En qué se diferencian las pasiones o el fallo humano de un médico con las de otro justiciable? ¿No puede el médico cometer un homicidio, estafar o perturbar, v. gr., el curso de la misma justicia con un certificado de complacencia? Se dirá que la profesión hace al hombre. Es cierto. Pero también son honorabilísimas la Judicatura o la Administración, y sus funcionarios no están exentos de caer en las más vulgares prevenciones del Código Penal, al tiempo de hallarse específicamente postulados como punibles por delitos inherentes a su profesión. Si estos delitos son infrecuentes o nulos, mejor. ¿Por qué hemos de ignorar la posibilidad de que un médico quiera causar perjuicio a su cliente prevaliéndose precisamente de la traición a su intimidad? ¿Sería justo otorgar idéntico encaje en el Código al que impensadamente desvela un hecho sigiloso, que al que intencionalmente se prevale de su condición para intentar causar perjuicio? Así se redacta una agravante genérica del Código penal español.

Consideramos inadmisibles que blasonando, justamente desde luego, de un pudibundísimo honor profesional y de la excelstitud de la función terapéutica, se produzcan los resultados siguientes:

1) Un metódico confusionismo doctrinal, condicionado por románticos recuerdos hipocráticos y por la sistemática rasgadura vestimental cuando de testimoniar en justicia se trata.

2) Una interpretación legal y línea jurisprudencial contradictorias, pues a pesar de ser una y universal la función moral y profesional, son distintos los ordenamientos (III).

(109) Vid. p. ejemplo: *Teoría de la continuidad de los Derechos Penal y Civil*. Castejón. Bosch, 1949; pág. 8 y ss.

(110) LEGROS, Op. cit. "El médico sólo debe ser considerado penalmente culpable de violación en los casos de falta precisa e indiscutible", pág. 462.

(111) Recuérdese por ej. la sentencia citada por Asúa (Tratado T. IV, página 421), contenida en la Gaceta del Foro Argentina de 11 de julio de 1927, según la cual, el médico preguntado como testigo y no como perito puede ampararse en el secreto profesional. Aparte de contradecir el art 165 del Código de Procedimiento, resultaría objetivamente equivocado el criterio si recordamos

3) Un tratamiento jurídico tambaleante y peyorativo para la clase médica, que en loor a la tan decantada sacrosantidad funcional se encuentra inmersa en un delito artificial, sometido a probables caprichos o histerismos de la clientela o a imprevisibles coincidencias.

Se nos dirá que nada ocurre si el secreto se ceta devotamente. Pero como puede que a veces se produzca el fallo, es lógico procurar que las discusiones doctrinales sirvan para algo más que piruetas entretenidas. Deben tener utilidad y aplicarse. Lo que no sería si nos limitamos a barajar autores y aquilatar teorías sin afrontar la vida como es. Y es que si el Derecho se elabora para la relación humana misma, o aceptamos situaciones irreales o concluimos que el médico navega diariamente en cómoda inseguridad por los Códigos penales y deontológicos. Porque el soberbio ejemplar humano que es el médico, se produce la mayor parte de su jornada a través de situaciones que, a pesar de la costumbre, no dejarán de marcarle profunda preocupación, que forzosamente y en relación con el sigilo, o le convertirán en amargo misántropo o le empujarán de la tragedia a la anécdota.

En la medida justa para no herir lo que la conciencia del médico considere silencioso, sus colegas, sus familiares, sus tertulias en cierto modo, es normal que participen siquiera sea esporádicamente en preocupaciones y alegrías profesionales. Gollería fuera pedir a un médico que dedica doce horas diarias a compartir y aliviar el fallo de la naturaleza, que ni una sola palabra en relación con esas horas, de sus labios salga después. Se objetará que no es tan extremo el caso y que el médico tiene bondad y conciencia para distinguir. Bien. Hemos visto en la jurisprudencia argentina la discusión establecida sobre si el médico ha de ser el juez del secreto. Esto es inadmisibile, y no ya en el sentido de Mallo sobre imposibilidad de reunir en una persona la condición de juez y parte, sino porque la intimidad no puede valorarla el médico sino el propietario de ella y, en todo caso, el Tribunal teniendo muy en cuenta las condiciones subjetivas del dueño de la intimidad y la forma de revelar el agente.

Resulta arriesgado desamparar al profesional, siempre teniendo en cuenta los circuitos de imponderables, pues quizá un mínimo comentario que normalmente ni por asomo pudiera significar revelación injusta, tenga consecuencias impensadas y constituya legalmente una rotura de silencio perjudicial en alto grado. La mayoría de las legislaciones, es cierto, exigen el resultado de perjuicio, pero en este tipo de delito la solución puede desviarse. ¿Cómo puede el médico res-

el magnífico razonamiento del Juez Maule en el asunto "Webb contra Page", que Taylor expone (op. cit., pág. 24):

"Es absolutamente distinto el caso de un hombre que contempla un hecho y que es llamado para probarlo ante el Tribunal, y el de quien es escogido por una de las partes a fin de que opine sobre una materia en la que se encuentra particularmente versado, dado su profesión. El primero viene obligado, por deber público a hablar de un hecho que ha llegado a su conocimiento ya que sin su testificación el curso de la justicia puede detenerse. El segundo no se encuentra sometido a ninguna obligación parecida".

ponder de un perjuicio que causa o va a causar cuando en muchos casos no cobrará conciencia de que está violando el secreto profesional? Con arreglo a nuestra técnica penal, convertiríamos este delito en figura de puro resultado, y si eludimos esto, en delito exclusivamente artificial.

¿Existen inconvenientes de orden doctrinal para impedir la punición del médico que utiliza el sigilo para dañar intencionadamente a su cliente o a un tercero? En absoluto, por lo menos respecto de nuestro Código, que no por desordenadamente asistemático es menos real en cuanto a la exigencia de dolo específico (112).

¿Existe sería dificultad para considerar que la revelación, sin ánimo de perjudicar al cliente o tercero en sus intereses patrimoniales, morales o sociales, es el mero incumplimiento de una tácita obligación contractual, ínsita en la naturaleza misma de prestación medical? En modo alguno. No tiene mayores dificultades que las que pueda presentar la calificación del acto omisivo de pago de la pensión como un incumplimiento del contrato de hospedaje, en lugar de reconocer el delito de estafa.

Afirmamos, por tanto, *la perfecta licitud de distinguir entre el incumplimiento civil y el penal en la revelación del secreto médico profesional.*

La objeción surge, ciertamente, ya que hemos expuesto un criterio de orientación totalmente subjetiva, fijándonos solamente en los sujetos de la relación privada, sea negocio jurídico civil o penal el que resulte. Y los principales gallardetes que tradicionalmente han servido para defender el criterio objetivo de punibilidad han sido, por una parte, el honor de la Corporación médica considerada en conjunto, que se siente herida ante el fallo de un miembro, y por otra, la alarma de la sociedad al ver fallar la Corporación, repetimos, culpándola por el acto de un sujeto particular y, en consecuencia, volvemos a repetir, agravando la situación de este sujeto con olvido de sus normales características de individuo penal. Pensamos, sin embargo, que si un médico envenena a su paciente, la alarma social condicionada por el reprochable uso de la benemérita función se producirá más, si cabe, que por la violación del secreto profesional. No por ello la sanción aplicable, con independencia de las agravantes inherentes, se fundará penológicamente en un especial tratamiento de la Corporación medical. Pero nos atrevemos a poner otro ejemplo, quizá de alguna actualidad nacional, porque para el Derecho español pensamos que, creemos, resaltará nuestra concepción subjetiva. Si un torero adquiere una afección que obligue a delicada intervención quirúrgica en sectores anatómicos tradicionalmente considerados discretos, nos parece suponer lógico que de pregonarse en los periódicos los pormenores de los lugares operados y sus resultados, angustiosos o no, la colectividad consideraría inútil tan pública preocupación, y el interesado molesto por todos conceptos. Quien dice un torero dice cualquier otro ciuda-

(112) Arts. 205, 260, 319, 351, 353 a 356, 440, 497, 500, 514 y otros.

dano. Nos parece recordar, sin embargo, por lo menos en dos ocasiones, que con motivo de percances de lidiadores, se produjeron en toda la Prensa nacional y en el lugar acostumbrado de los por desgracia frecuentes partes facultativos, la descripción lujosísima y antiestética de los destrozos causados en muy púdicas regiones. Y ni la colectividad se siente alarmada ni la Corporación desprestigiada, sino todo lo contrario, ni el interesado reclama. ¿Es que existe algún motivo para anunciar algo más que gravedad o lenidad en el pronóstico? ¿Es que alguna autoridad exige a la Prensa tan prolija divulgación? ¿Y a los facultativos? No, lo que ocurre es simplemente que a los actores interesa poner de relieve el riesgo y la pericia de las profesiones intervinientes. Ello es muy justo. Pero entonces son únicamente los actores quienes tienen auténtico poder para considerar en qué circunstancias debe subrayarse el sigilo en la profesión medical (113).

Entendemos que exigiéndose el dolo específico y su inherente ánimo de causar un perjuicio patrimonial o moral al cliente, se evita el divorcio entre la Ley y la realidad (114). Además, este era, sin ninguna duda, el primitivo intencionalismo del legislador francés, pero la parva aparición forense del delito del 378 motivó la desnaturalización (115), y al extenderse a los demás Códigos se produjo el giro que se debe enmendar (116). Ciertamente, la prueba del ánimo de dañar será trabajosa, aunque, con toda probabilidad, menos difícil que en los anteriores artículos del Código penal español que citamos en nota 112, si bien con excepción, claro está, del 500 y 514. En cuanto a los casos en que dicho ánimo esté ausente, ancha es la vía civil para

(113) En definitiva, no desdeñamos la consideración de la dignidad profesional y de la alarma social, pero como muy remotos fundamentos e indudablemente degradados ante el interés y dignidad del enfermo y la protección al médico.

(114) LEGROS. (*op. cit.*, pág. 459) apunta este problema sin decidirse a resolverlo.

(115) La Ley de 28 de abril de 1832 sobre Instrucción Criminal, en su Exposición de Motivos, y refiriéndose a lo cuestionado, dice: "La Ley se ha visto obligada a penar a los que indiscreta o *dolosamente* divulgan los hechos, de positados en ellos por su profesión; a los que, por ejemplo, sacrifican sus deberes a la causticidad, se burlan de los más graves asuntos, alimentan la malignidad con revelaciones indecentes, con anécdotas escandalosas, y vierten de este modo la deshonra sobre los individuos y la desolación en las familias."

(116) No hay duda que la primitiva intención del legislador francés fué la exigencia del dolo específico. La jurisprudencia, como señalamos arriba, ha mantenido esta opinión desde el famoso Arret de Cassation de 23 de julio de 1830, aunque sin conservar posteriormente la uniformidad. En cambio, el párrafo 2 del Código alemán, al agravar, como vimos, la pena especialmente en el caso en que se hubiese obrado "para perjudicar a otra persona", convierte la revelación pura en delito artificial. La jurisprudencia no corrigió el problema, sino tan sólo vino en exigir la injustificación o arbitrariedad en la revelación. El Código español de 1822 sólo se preocupó de agravar, si la revelación producía deshonra.

La mayor parte de los ordenamientos iberoamericanos exigen el perjuicio o daño para la perfección del tipo, pero no llegan a admitir la intención de no causarlo. Los de Bulgaria y Holanda se acercan algo más, sobre todo el holandés: "El que revelare intencionadamente..."

pedir la correspondiente indemnización, sin que quepa hablar de nuevos obstáculos para la prueba de daños y perjuicios, no sólo materiales, sino morales (117).

a) *Materia del sigilo.*—Muy discutido es este extremo. Entendemos, a efectos de construcción, que existen dos especies de hechos destinados al sigilo:

1) Aquellos que tradicionalmente se reputan como tales en la inteligencia y experiencia media de un facultativo, así como en la diaria valoración de un núcleo social que no posea alteraciones vitales en su normalidad moral o histórica.

2) Los que poseyendo un previsible destino de sigilo para el facultativo normal, dicho destino resalte ordinariamente debido a que el enfermo por razones lícitas de su honor y libertad lo valora de tal modo que haya de respetarse aunque dicha valoración sea desacostumbrada en la experiencia del facultativo (118).

(117) Véase la actualización del daño moral. P. ej., en *Análisis crítico del daño moral*, JOSÉ VELOSO RODRÍGUEZ. Tesis doctoral leída en Madrid el 13 de diciembre de 1957.

(118) Puig Peña resume su estudio diciendo que debe afectar el secreto a hechos o circunstancias de carácter íntimo u oculto, conocidas por el médico sólo a través del ejercicio profesional y respecto de los que él sepa o presuma fundadamente que deban continuar en sigilo (pág. 334).

Y la disposición deontológica 23 de la O. M. de Gobernación de 8 de septiembre de 1945, aprobando el Reglamento para la Organización Médica Colegiada, entiende por secreto médico AQUELLAS CONFIDENCIAS QUE POR RAZÓN DE PROFESIÓN EL MÉDICO RECIBA DE SUS CLIENTES, CONDUCENTES A RECIBIR EN CAMBIO UN CONSEJO O SERVICIO CORRESPONDIENTE A SU PROFESIÓN. Se ha entendido por la doctrina que dicha disposición no restringe el secreto tan sólo a aquellas manifestaciones que el enfermo hace, sino a todas aquellas circunstancias que el médico observe y conozca, relacionadas con la enfermedad (PUIG PEÑA, pág. 313, y DÍAZ PALOS, pág. 300, *op. citados*).

Muñoyerro, con magnífico sentido realista, hace una gradación entre las circunstancias generalmente comprendidas en el secreto y las particulares. Artículo 94: "Están comprendidas en el secreto médico todas las enfermedades y sus circunstancias conocidas por el profesor en el ejercicio de su misión, ya por manifestación del enfermo, ya en el reconocimiento facultativo, y cuya divulgación originaría perjuicio al cliente o a su familia, en el honor o en las legítimas aspiraciones de la vida."

Art. 95: "ESPECIALMENTE, caen bajo secreto:

a) La naturaleza de ciertas enfermedades designadas con el calificativo de secretas y las hereditarias.

b) El pronóstico de algunas, que, en el concepto público, aun curadas o atenuadas, pueden ser impedimento al enfermo para ocupar cargos (v. g., la diabetes).

c) La gravedad de una afección, a causa de los antecedentes personales del cliente (v. g., el alcoholismo).

d) Algunas circunstancias que comprometen el honor del enfermo o su seguridad en relación a los Tribunales o a la paz del hogar doméstico.

e) Ciertos hechos deshonrosos (v. g., un embarazo ilegítimo, un parto oculto) y los delitos ya cometidos (v. g., un aborto provocado, un infanticidio), salvo lo que disponga la ley."

Art. 96: "No constituyen objeto del secreto médico profesional, pero sí del natural:

El problema se centra en la dificultad de calificar apriorísticamente qué sea lo sigiloso. Al lado de los secretos valores en sí, existen secretos valores en potencia, ya que esta valoración sólo puede hacerse a posteriori respecto de su rompimiento, puesto que es entonces, ante la reacción del que se considera lesionado o de la sociedad, cuando aparece la calidad del sigilo (119). Este problema no puede superarse a base de clasificaciones u orientaciones. La única salvaguarda del médico será considerar *secreto todo lo que pueda relacionarse con el enfermo*. Pero como señalamos la imposibilidad humana de guardar esta regla, en virtud de la vida de relación del médico-hombre, sirve de lenitivo para el tratamiento jurídico y de garantía para el justiciable y para el médico la intención de perjudicar exigible en el campo penal.

Entendemos por secreto médico profesional *cualquier hecho o valor, en sí o condicionado, que el médico conozca o compruebe desde el comienzo de su relación profesional con el enfermo, con su problema o con su circunstancia* (120).

b) *Forma del sigilo*.—La estructura del silencio no puede dar lugar a más dudas que las derivadas de las formas de revelar (121) o a la forma de conocer. Respecto de la última, con la amplísima fórmula que en beneficio del facultativo propugnamos, pasan a letra superada las discusiones sobre si ha de comunicarse el secreto tácita o expresamente, a través del ejercicio simple de la profesión o de la simple observación (122). Así, el contacto con el secreto puede producirse a) por conversación, b) por comprensión, c) por observación. Y el descubrimiento doloso, por acción u omisión, conforme al artículo 1.º C. p. O, empleando la terminología de Muñozerro, pudiera ser revelación directa o indirecta (123).

a) Los diagnósticos que haga el médico en una persona, sin intervención facultativa cerca de la misma.

b) Los hechos extraños a la profesión que conoce con ocasión del ejercicio de sus funciones.

c) Las tentativas criminales que, en razón de su intervención médica, advierte en contra del enfermo."

(119) P. ej., un embarazo prematrimonial, parece siempre secreto en sí. Una tuberculosis prematrimonial es secreto valor en potencia.

(120) Con esto evitamos la dificultad que se deriva de los requisitos exigidos tradicionalmente: hecho privado, oculto, sustraído al dominio público, etc., y lo compensamos, insistimos, con el ánimo doloso.

(121) Más adelante examinaremos este problema con especial atención.

(122) PUG PEÑA: *Op. cit.*, pág. 313, con las opiniones de Carrara, Florián, Soler, Manzini, Garraud, Franck, Schmidt, etc.

(123) Art. 97, pgf. 1: "A más de la revelación directa del secreto, se prohíbe la manifestación indirecta por la que la persona del enfermo puede ser reconocida y el que el médico se aproveche del secreto para su bien particular.

B) EL SUJETO DEL ACTO PENAL.

a) *Activo: La postulación.*—Implicítamente, viene considerando la doctrina como distintos los valores Secreto Médico y Profesional Médico. Una comadrona, un practicante o el estudiante en Facultad pueden ser sujetos activos en el delito de revelación injusta. Puede verse en P. Peña (págs. 322-23) un completísimo razonamiento sobre la inclusión de estos profesionales. Perfectamente de acuerdo con su postura, creemos pueden considerarse sujetos penales a las comadronas, auxiliares titulados y practicantes, en contra del sector que niega su valoración por ser incomparables las funciones; el tono profesional; la cultura, etc., o del sector intermedio que los admite como sujetos sólo cuando participen activamente de la función personal del médico, mas no si trabajan por sí solos (124).

Los Códigos de Alemania, Finlandia, Suiza, Perú, Dinamarca y otros se pronuncian por el más amplio sentido del sujeto activo. Suele admitirse también el secreto farmacéutico, pero aquí convendría, y no es este el lugar, distinguir entre la discreción dimanante de la técnica apotecaria y la obligada por razón de expender la prescripción médica (125). En este caso creemos que debe participar plenamente del secreto médico profesional, distinto, por supuesto, al secreto farmacéutico profesional. Tampoco debe existir duda en cuanto a la inclusión de especialidades, tales como odontólogos, oftalmólogos, etc.

Señala Muñoyerro que a este secreto están sometidos los que por razón de su profesión concurren a la prestación de los cuidados médicos o son confidentes necesarios (farmacéuticos, comadronas, enfermeros, practicantes). Y en el 2.º párrafo de este artículo 92 se excluyen, lógicamente, a los médicos peritos, a los inspectores de seguros mutuos o semejantes, respecto de las personas o entidades que las hubiesen encomendado la función pericial o inspectora (126).

Problema interesante es el del "intrusismo". Franck, niega que deba equipararse; sin embargo, Fernando Alamillo, con aplastante lógica, arguye que de existir un más duro tratamiento para el profe-

(124) No vemos tan convincente, respecto de los estudiantes en Facultad; es la exoneración del secreto si actúan en salas de prácticas, y la exigencia cuando se transforman en auxiliares del médico. Comprendemos el sentido realista—siempre propugnado por nosotros—de la opinión de Puig Peña en este punto; pero resulta excesivo pensar, aunque el ejemplo sea extremo, que en un anfiteatro se lleve a cabo una intervención o autopsia ante los alumnos y éstos no se sometan al secreto; pero si el profesor o cirujano solicita en algún momento la cooperación, remunerada o no, de algún estudiante, no sólo como ejercicio de prácticas, sino por ser precisa su ayuda, el alumno que abandona las gradas para bajar a la mesa, se vea obligado a un distinto tratamiento jurídico por el hecho de franquear unos escalones. En este sentido, Finger se opone a la aplicación del silencio a los estudiantes (vid. ALAMILLO: *Op. cit.*, pág. 81).

(125) Vid. supra Código austríaco. Novela de 1937 en relación al párrafo 494.

(126) Código Deontológico, art. 92.

sional auténtico que para el suplantador sería injusto, pareciéndonos que el precitado autor se inclina por la sanción del intruso como violador del secreto médico, sin perjuicio de aplicar las normas penales comunes previstas para la represión del intrusismo (127). Admitiendo Puig Peña, y nosotros en el mismo sentido, el impecable razonamiento, de Alamillo, cree que no cabe aplicarles el secreto porque al ser profesiones ilícitas no existe la situación de necesidad en la dación del secreto que tanto influye para la estimación penal de su violación. No es momento para discutir el oscuro problema del intrusismo en nuestro Código penal, pero cabría distinguir entre aquella usurpación, ensanchamiento o atribución de funciones que racionalmente y según la calidad cultural del necesitado le induzcan a creer que su asistente es un profesional impecablemente titulado, en cuyo caso no es admisible la objeción de Puig Peña, debiendo afirmarse con Alamillo que se extienda la represión a estos y aquellos otros sucesos en que a pesar de observar el menos diligente ciudadano la absoluta carencia de notas titulables confía sus dolencias al "medio-médico", "veedor" o curandero, sin que éste se atribuya convincentemente dichas notas. En el primer caso, no sólo debe pensarse el descubrimiento intencional y doloso, sino, además, pensar en la agravante de abuso de confianza, incompatible, desde luego, como genérica con el tipo de revelación normal, con independencia de las sanciones que cupiesen por estafa, intrusismo, etc. En el segundo caso, por el contrario, cobra valor la objeción de Puig Peña y procedería dejar al margen del delito profesional de revelación, pues ni hay honor médico que retribuir ni salvaguardar la confianza del paciente.

Diremos, por último, con arreglo a una amplia concepción del problema, que debe igualmente extenderse la punición a quienes por su relación con el facultativo pudieran, tanto en vida como al fallecimiento de éste, tomar contacto con los secretos de éste y los revelaran, siempre, decimos, con intención de perjudicar (128).

b) *Pasivo: El titular del interés.*—Debe considerarse no sólo el paciente, sino cualquiera de sus familiares o terceros poseedores del hecho sigiloso, siempre que el motivo originador del conocimiento del secreto por el médico sea la asistencia del médico al doliente en quien, o a cuyo alrededor palpita el secreto. No parezca exagerada la hipertrofia del titular. Lo que cabría propugnar en este caso es una imposición, en máximo grado, cuando el secreto perteneciese exclusivamente al doliente. Es bastante acertada la formulación de Muñozerro sobre

(127) ALAMILLO CANILLAS: *Op. cit.*, pág. 81.

(128) Vid. supra Código de Grecia. Se suele aludir y discutir en esta figura, respecto de los perjuicios causados por otras indiscreciones profesionales: bañeros, barberos, peñadoras, domésticos, cargadores, artesanos (vid. ALAMILLO: *Op. cit.*, pág. 79; confr. MANZINI). Y peluqueros, sastres, etc. (vid. GARÇON: *Code Penal annoté*. París, 1901, pág. 1086), no debiendo existir inconveniente para suponer que la revelación por tales sujetos causen daños similares a la revelación medical. Pero esto como regla general solamente.

el titular del interés. Todo enfermo, *aun después del fallecimiento*, tiene derecho a la guarda del secreto (129).

C) EL HECHO PENAL DOLOSO.—*La revelación y sus formas.—La divulgación.*

Revelación, el acto de revelar, es tanto como levantar el velo que cela algo. Para que este hecho cobre valor trascendente será preciso la concurrencia del sujeto activo y del pasivo. En nuestra teoría basta con que el sujeto activo —el facultativo “in genus”— sea unipersonal.

Pero el sujeto pasivo puede ser unipersonal o pluripersonal. Y la diferencia no es gratuita. En este terreno del dolo, “prima facie” parece existir superior malicia en la revelación a sujeto múltiple. Entonces, podríamos llamar al acto “publicación”. Pero no podemos llegar a admitir un alza en la punición. La tesis del delito plurieventual impropio, de Carnelutti, sólo ha de servirnos como una denominación ajustada en cuanto pensemos que aumenta la carga potencial de perjuicios al ofendido.

En todo caso, no podemos diferenciar el tratamiento penal entre la revelación y la publicación. En ambos casos el acto se agota sin volver sobre el mismo. Pero pudiera surgir una figura de delito continuado. Sería cuando el médico convierte la revelación o publicación, cuyos valores pudieran esfumarse, en la *divulgación*. El autor asegura más el deseado resultado dañoso, insistiendo y repitiendo por sí mismo la acción de revelar o publicar en diversos círculos auditores. Este nuevo concepto creemos que viene a facilitar el viejo problema de la investigación del ánimo doloso (130).

Aunque la doctrina suele manejar indistintamente ambos conceptos (131), la referencia no se ha producido por afán glosario. Creemos,

(129) Establece aquí una exclusión: “... salvo el que puedan tener padres y tutores respecto de los hijos y de los incapacitados en los casos en que tal revelación sea precisa para el fin del enfermo o de los que cohabitan con él.” “También lo tiene la familia del enfermo en las enfermedades de uno de sus miembros que sean hereditarias o cuya revelación pueda causarle perjuicio o desagrado” (art. 93 C. Deontológico).

(130) La exigencia del ánimo de lesionar la libertad, el honor, etc., del cliente se verá sometida en el caso concreto de revelación o publicación a tan cuidadoso examen como en, v. g., el ánimo homicida. Pero demostrada la actitud del facultativo que corre y regresa y repite el estallido del sigilo, que se asegura que el secreto será conocido, que él mismo será el vehículo cuidadoso del escándalo, sin aventurarse a dejarlo en manos de sus iniciales recipiendarios, ¿no existe una verdadera inversión en la prueba? ¿Será el perjudicado quien deba probar el ánimo doloso? No es que se altere el régimen de la prueba penal, es que no puede subsistir ya racionalmente ninguna duda..., la prueba se ha realizado. Moralmente, hay una inversión. Existe la presunción de intención, porque el acto revela la malicia (vid. GORPHE: *Apreciación de las Pruebas*. Bosch. Buenos Aires, 1950, págs. 27 y ss.).

(131) Puig Peña emplea la palabra certeramente, pero sin utilizar nuestro objetivo (*op. cit.*, pág. 324) y sin aclarar si la divulgación es la personal por

aparte de la necesidad de una punición agravada en el caso de la divulgación, que es fundamental para decidirnos en la vieja polémica sobre el *titular de la acción*. Es tan diversa entre sí la conclusión en el Derecho Comparado, ya lo hemos podido examinar, como en la doctrina (132), y, sin embargo, pudiera ser solución decisiva. Quisiéramos imponer un ejemplo cuya vulgaridad sea paralela a su utilidad. En un lugar público, una persona insulta a otra groseramente. Delito de injurias, eminentemente privado. Pero si los denuestos son de tal calidad, que superan la normal recepción del destinatario, para pasar a ofender el pudor, la moral, y otros sentimientos honorables de quienes están ajenos a este verbal ajuste de cuentas y forzosamente son obligados a escandalizarse, ni el más rigorista y fiel intérprete de la letra del Código se escandalizaría a su vez porque se ejercitase la acción pública. Pues bien, si el divulgador hace *forzosa e involuntariamente partícipe* en la desagradable situación de conocer secretos ajenos, quizá ni estéticos ni edificantes a veces, a una parte de la sociedad, violentando así sus naturales sentimientos de respeto a lo ajeno, la acción debe concederse con todas sus consecuencias al Ministerio Público, pudiendo incoarse de oficio el procedimiento, independientemente, claro está, de la acción privada del perjudicado.

En resumen, propugnamos que en caso de revelación simple o publicación, los hechos no puedan perseguirse de oficio, sino previa denuncia del agraviado, sin excluir, naturalmente, la acción pública. Y en caso de divulgación, debe ejercitarse ésta sin impedir la particular del ofendido.

D) EL HECHO PENAL CULPOSO

Hemos señalado repetidamente que no estamos ante un delito artificial. Ni es sólo una razón de defensa social la base penológica. Y los autores suelen referirse repetidamente al caso del facultativo que abandona sin precauciones documentos, fichas, informes. No es preciso ceñir tan excesivamente la figura. Admitido el delito doloso, la culpa surge, a nuestro modo de ver, sin plantear ningún especial problema, en los términos conocidos de nuestro Código y Jurisprudencia (133).

Díaz Palos relata como tangible ejemplo de imprudencia el dejar sobre la mesa de despacho, una carta o consulta de un cliente, sin adoptar otra precaución de custodia, o dejar sus archivos al fácil acce-

el facultativo o consecuencia de la revelación, si bien la adorna con calidad de agravante.

(132) DÍAZ PALOS: *Op. cit.*, pág. 305: "Nadie como el afectado puede valorar el perjuicio real. Una vez iniciado el proceso, el titular del mismo debe perder el dominio de la acción y quedar legitimado al Ministerio público para intervenir. De este modo se conjuga el interés privado y el público."

(133) P. PEÑA: *Op. cit.*, pág. 333. Algo dudosa y forzada puede parecer su tesis sobre el dolo eventual en estos delitos.

so de la indiscreción ajena (134). No se plantea ninguna cuestión de método (135).

CONCLUSION

Hemos de poner punto final, sin perjuicio de marcar problemas no tocados aquí:

El consentimiento del interesado, como condición penal impeditiva, no es de los menos importantes, si bien existe sobre el mismo abundante material (136) y el de una especialísima legitimación del sujeto activo, como es el de los médicos de empresa, de seguros y fundamentalmente donde los forenses están autorizados al libre ejercicio profesional, la colisión de intereses (137).

En general, la famosa discusión sobre el deber de testimoniar ante la Justicia, ha de resolverse afirmativamente (138).

Alamillo (139) estima que mientras no se modifiquen en nuestra legislación las leyes procesales, habría que estimar que el deber de declarar en juicio eximiría de guardar el secreto, ya que la Ley de Enjuiciamiento criminal solamente reconoce el derecho a negarse a declarar sobre hechos, solocidos por razón profesional, a los abogados, eclesiásticos y funcionarios públicos en los artículos 416 y 417.

Podríamos terminar recordando la frase del inolvidable médico legista Taylor: "Un hombre de nuestra profesión, que reclama un privilegio, cuando ninguno se le concede, busca simplemente ponerse por encima de la Ley... La opinión expresada del juez cubrirá totalmente al testigo médico. En cierta ocasión, el abogado de un acusado

(134) Pág. 305, *op. cit.*

(135) Para la distinción entre 565 C. P. y 1.104 C. C. no caben obstáculos. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS: *Diferencia entre la culpa civil y la culpa criminal*. ANUARIO DE D. CIVIL, t. X, fasc. IV, págs. 104 en especial y ss.

(136) Ya se planteó en el siglo XIX en un Arret del Tribunal de Montpellier de 24 de septiembre de 1827, semejante al de Grenoble de 23 de agosto de 1828, en los que se señaló que la obligación de sigilo continuaba, aun en el caso de que la persona interesada, la que ha confiado el secreto, solicite su revelación, ya que la obligación del artículo 378 se establece en el interés general, y sólo a este precio, las profesiones cuyo ejercicio interesa a toda la sociedad, pueden gozar de la confianza y consideración necesarias (vid. LA-CASSAGNE: *Précis de Medecine Judiciaire*. París, 1878, pág. 36).

Una sentencia de la Cour d'Assises de Lyon, en 16 de junio de 1909, por el contrario, ordena el castigo de la revelación, SALVO cuando ha sido precedentemente autorizada.

Creemos que el consentimiento EXPRESO debe condonar la revelación cuando el interés objetivo no quede lesionado. Este consentimiento no debe presumirse jamás, y en ninguno ha de valorarse cuando se compruebe la ignorancia del titular respecto a la verdadera significación del hecho sigiloso.

(137) Véase LEGROS: *Op. cit.*, págs. 453 y 454, comentando la sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, de 16 de diciembre de 1957, y otra de la de Lieja, de 19 de febrero de 1957 también.

(138) FRANK, citado por ALAMILLO, pág. 86.

(139) *Op. cit.*, pág. 86.

preguntó al testigo médico qué remedio o antídoto había empleado cuando fué llamado por primera vez a asistir al difunto. El médico preguntó al juez si estaba obligado a contestar dicha cuestión. Sí, respondió el magistrado, a menos que tengáis razones para creer que vuestro antídoto sea el causante de la muerte. La respuesta fué inmediatamente otorgada (140).

(140) A. S. TAYLOR: *Traité de Medecine Legale*. París, 1881, págs. 29 y ss.