

El secreto profesional en psicología: Enfoque constitucional, legal y jurisprudencial en Colombia

Gerardo Hernández¹
Colegio Colombiano de Psicólogos

Resumen

El Secreto Profesional (SP) es definido como la reserva obligatoria que debe tener todo profesional frente al conocimiento que en función de su trabajo llegase a tener. El secreto en general y el secreto profesional en particular, reciben especial atención de la sociedad, al punto de que su violación es considerada delito en la mayoría de países del mundo. En Colombia, la violación del SP no constituye delito, salvo la violación de reserva industrial o comercial consagrada en el artículo 308 del Código Penal, o lo estipulado en el artículo 418.

Palabras clave: secreto profesional, derecho, derecho fundamental, derechos humanos, constitución política.

“Su marido José, como era justo y no quería ponerla en evidencia, resolvió repudiarla en secreto.”
Mateo 1,19

Abstract

The professional secret (PS) is defined as the compulsory reserve professionals must have in front of the knowledge they achieve because of their work. Secret -in general- and professional secret -in particular-, are especially important for society. For this reason, their violation is considered as a criminal offense in most countries. In Colombia, the violation of professional secret is not a criminal offense, except the violation of industrial or commercial reserve. This is established in the Penal Code - Article 308 and Article 418-.

Keywords: Professional Secret, Rights, Fundamental Rights, Human Rights, Political Constitution.

Recibido: 31 de Julio de 2013
Aceptado: 19 de Septiembre de 2013

1. Psicólogo y abog ado. Magister en Derecho Penal y Criminología. Asesor Jurídico Externo del Colegio Colombiano de Psicólogos. Correspondencia: psicoger@gmail.com

Introducción

El Secreto Profesional (SP), definido como la obligatoria reserva que debe tener todo profesional frente al conocimiento que en función de su trabajo llegare a tener (Hernández y Espinosa, 2011); ha estado ligado a la historia de las profesiones liberales, como se puede evidenciar en el juramento hipocrático que data del año 430 a.C., aproximadamente. Y tratándose del Secreto en sí mismo, definido como cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta (Real Academia Española, 2009), también ha estado presente en la historia de las civilizaciones debido a que los seres humanos, luego de hacer el tránsito desde las hordas primitivas a las comunidades jurídicamente organizadas, vieron la necesidad de mantener en reserva ciertas parcelas de la vida privada de los ciudadanos para salvaguardarlos de que personas mal intencionadas se valieran de conocimientos íntimos para manipularlas o hacerles daño.

En ese sentido, en el mundo moderno se tienen dos conceptos bien definidos con respecto a los comportamientos de las personas: lo público y lo privado. Es de conocimiento público todo aquello que la misma persona hace ante el vulgo, mientras que lo privado se refiere a los comportamientos que la persona hace, de tal manera que solo un mínimo grupo de personas, o ninguna, tenga conocimiento de ellos. Algunos de tales comportamientos son secretos; es decir, quien los ejecuta espera que se mantengan ocultos.

Sin embargo, hay situaciones en donde las personas, por distintos motivos, ven la necesidad de contar sus secretos, desde los actos más sublimes, hasta los que consideran perversos. Para ello, recurren a amigos, abogados, sacerdotes, terapeutas, etc., y esperan que ellos guarden con el mayor celo tales secretos. Revelar el secreto que le ha sido confiado convierte al depositario, a ojos del depositante, en un despreciable ser que no merece perdón. Así lo señalan las Sagradas Escrituras judeo cristianas en Macabeos (II) 27, 21:

Que la herida puede ser vendada, y para la injuria hay reconciliación, pero el que reveló el secreto, perdió toda esperanza.” Según las Sagradas Escrituras, quien revelare un secreto que le ha sido confiado, no merece perdón.

En cuanto al secreto profesional, propiamente dicho, dice el juramento hipocrático:

Juro por Apolo, médico, por Asclepio, y por Higía y Panacea, y por todos los dioses y diosas del Olimpo,

tomándolos por testigos, cumplir este juramento según mi capacidad y mi conciencia:

Guardaré silencio sobre lo que, en mi consulta o fuera de ella, vea u oiga, que se refiera a la vida de los hombres y que no deba ser divulgado. Mantendré en secreto todo lo que pudiera ser vergonzoso si lo supiera la gente.

Si fuera fiel a este juramento y no lo violara, que se me conceda gozar de mi vida y de mi arte, y ser honrado para siempre entre los hombres. Si lo quebrantara y jurara en falso, que me suceda lo contrario (Herranz, como se citó en Hernández y Espinosa, 2011, p. 130).

Así las cosas, el secreto, en general, y el secreto profesional, en particular, reciben especial atención de la sociedad al punto que su violación es considerada delito en la mayoría de países del mundo (Hernández y Espinosa, 2011). Tómese como ejemplo el caso de Argentina, en donde violar el secreto profesional está tipificado en el artículo 156 de su Estatuto Penal. Lo mismo ocurre en Chile, Venezuela y Perú, países que penalizan la violación del secreto profesional al tenor de los artículos 247, 190 y 165, respectivamente, de sus códigos penales. En España, está tipificado en el artículo 199 de su estatuto penal vigente.

En Colombia, la violación del SP no constituye delito, salvo la violación de reserva industrial o comercial consagrada en el artículo 308 del Código Penal, o lo estipulado en el artículo 418 y siguientes del mismo articulado (Arboleda, 2012), que se refiere a la revelación de secretos que pueden afectar al Estado, pero tratándose de servidor público, y no de los profesionales en general. Sin embargo, el SP recibe una atención especial constitucional. En efecto, el artículo 74 de la Constitución Nacional, en su inciso final, señala que “El secreto profesional es inviolable” (Mendoza, 1996; Gómez, 2006). Esa prescripción constitucional le da al SP dos categorías jurídicas especiales:

- Mediante la ficción jurídica de la conexidad, el SP se puede convertir en un derecho fundamental, el cual no puede ser violado por nadie y recibe una protección especial por parte del Estado
- La inviolabilidad del SP. Al ser una norma constitucional, ninguna ley, por específica que sea, puede señalar en qué momentos se puede revelar.

El Secreto Profesional como derecho fundamental

El desconocimiento o violación de los derechos fundamentales obligan al Estado a poner en acción su aparato jurisdiccional para salvaguardar o restituir el derecho desconocido o violado en el menor tiempo posible, una vez el ciudadano afectado se lo haga saber por intermedio de una acción judicial, que para el caso de Colombia, es la Acción de Tutela. Existen distintas definiciones de lo que son los derechos fundamentales² (Alexy, 2004; Aguilar, 2009; Hernández, 2010). Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano, son derechos fundamentales los consagrados en el título II, capítulo I de la Constitución Política, que comprende los artículos 11 al 41, y los que la misma constitución señala como fundamentales. Tal es el caso de los derechos de los niños, consagrados en el artículo 44 de la misma Constitución, que son fundamentales, a pesar de estar por fuera del rango de los artículos 11 al 41 (Gómez, 2008).

Estos derechos son el fundamento del ser humano como ser social y jurídicamente reconocido. Por ello, cuando estos se desconocen, el ser humano pierde su esencia como tal y; por ende, se ve afectada la dignidad. De nada sirven los derechos, incluso el derecho a la vida, si a la persona se le ha arrebatado su dignidad como persona humana y jurídicamente reconocida.

A pesar de que la misma Constitución señala cuáles son los derechos fundamentales, por interpretación jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana, hay derechos que sin ser fundamentales adquieren esa categoría debido a la ficción jurídica de la conexidad: si un derecho no fundamental, como el SP, es violado, se afecta uno de carácter fundamental. Así bien, el derecho no fundamental adquiere esa categoría por conexión con el fundamental. Tómese como ejemplo el derecho a la salud. En esencia, este derecho no es fundamental, pero si al ser desconocido pone en riesgo el derecho a la vida, que sí es fundamental, por conexión, el derecho a la salud adquiere la categoría de fundamental y obliga a su inmediata protección.

El derecho al Secreto Profesional no es fundamental. Sin embargo, si llega a ser violado y afecta otros derechos tales como la intimidad y el buen nombre de las personas, consagrado en el artículo 15 constitucional, o el de la honra, del artículo 21 del mismo ordenamiento jurídico, por conexidad, el SP adquiere la categoría de fundamental. Lo anterior se desprende de la interpretación que hace la

Corte Constitucional colombiana al señalar, en sentencia C-538 de 1997, que:

La inviolabilidad del secreto asegura la intimidad de la vida personal y familiar de quien hace partícipe al profesional de asuntos y circunstancias que sólo a él incumben y que sólo con grave detrimento de su dignidad y libertad interior podrían desvelarse públicamente.

Por lo tanto, quien viole el SP podría estar violando, no uno, sino varios derechos fundamentales por conexidad, y podría ser sancionado administrativa, disciplinaria y éticamente, sin perjuicio de las demás acciones que el afectado pueda emprender en contra del profesional infractor. El carácter fundamental del SP, por conexidad, ha sido reconocido en sendas y sesudas sentencias de la Corte Constitucional, en especial en las C- 411 de 1993 y C- 264 de 1996.

La inviolabilidad del Secreto Profesional

La Constitución Nacional es norma de normas, así lo señala el artículo 4 del Mandato Superior que prescribe: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Gómez, 2006, p. 14). Este categórico mandato no le permite a ninguna ley definir en qué momento puede ser violado un derecho que la misma constitución ha declarado inviolable, como en el caso del SP. Así lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-411 de 1993:

Como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado “inviolable”. Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él revelarlo o abstenerse de hacerlo.

En esa misma sentencia, el Ministerio Público, en cabeza del Procurador General de la Nación, señaló: “La consagración de la inviolabilidad del secreto profesional hecha por el Constituyente, no contempla ninguna salvedad y no podría, entonces, el legislador introducir salvedades a la excepción al deber de declarar que no hizo el Constituyente.”

La disposición constitucional, lo mismo que su interpretación sobre la inviolabilidad del SP, supone que cuando

una ley ordinaria señala en qué momento se puede violar el SP, dicha ley resulta contraria a la Constitución y; por lo tanto, no será de obligatoria aplicación. La obligación de todo ciudadano es la de cumplir la constitución y la ley, pero en caso de incompatibilidad entre aquella y ésta, se aplicará la norma constitucional por su carácter de norma superior. Se reitera el ya citado del artículo 4 de la Constitución Nacional, en su parte pertinente: “[...] En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Gómez, 2006, p. 14). Y la Constitución señala que el SP es inviolable.

Declarar como inviolable al SP no fue un capricho del constituyente ni de la Corte Constitucional. Su inviolabilidad reside en que al garantizar la reserva de la información le permite a algunos profesionales, como en el caso de los psicólogos, acceder a información íntima, privada y privilegiada de sus usuarios, tales como estados de salud física y mental, hábitos de todo tipo, costumbres, modos de vida y de relación, habitabilidad, e incluso conductas que pueden ser catalogadas como criminales o pecaminosas, necesarias para los objetivos profesionales, que dejan al usuario en vulnerabilidad frente a las intromisiones de terceros que se pueden aprovechar de tal información si ésta fuera divulgada.

Por otro lado, si no fuera por la confianza en el profesional, los pacientes o clientes no podrían dar la información necesaria para el logro de objetivos previstos que, en el caso de la salud, pueden ser la cura para males somáticos o psicológicos. En ese sentido, la Corte Constitucional señaló en Sentencia C-264 de 1996:

Determinados profesionales tienen la delicada tarea de ser beneficiarios de la confianza de las personas que ante ellas descubren su cuerpo o su alma, en vista de la necesidad de curación o búsqueda del verdadero yo. El profesionalismo, en estos casos, se identifica con el saber escuchar y observar, pero al mismo tiempo con el saber callar.

Y más adelante dijo:

De esta manera, el profesional, según el código de deberes propio, concilia el interés general que signa su oficio con el interés particular de quien lo requiere. El médico, el sacerdote, el abogado, que se adentran en la vida íntima de las personas, se vuelven huéspedes de una casa que no les pertenece y deben; por tanto, lealtad a su señor:

En efecto, a todos aquellos profesionales a quienes sus clientes descubren sus almas y sus cuerpos en procura de bienestar; les asiste el sagrado deber de callar: violar este mandato no sólo pone en la picota pública al cliente, sino que se pierde la confianza en el profesional, y por ende, en la profesión. ¿Qué sería de la profesión de la psicología si sus profesionales divulgaran los secretos de sus consultantes? Ello también es predicable para cualquier profesión de las llamadas personalísimas; es decir, aquellas donde el insumo básico de la actuación del profesional es la información privada, íntima y oculta de la persona. Por ello, los profesionales pregonan la guarda del secreto y sancionan a aquellos colegas que no se pliegan a esta disposición. En concordancia, en la ya citada sentencia C-538 de 1997, la Corte Constitucional refirió:

También, cada profesión, particularmente las ligadas a la prestación de servicios personalísimos, tienen el interés legítimo de merecer y cultivar la confianza pública y; por lo tanto, estigmatizan y sancionan a los miembros que se abandonan a la infidencia y a la divulgación de lo que siempre debe quedar confinado dentro del impenetrable espacio de lo absolutamente reservado. La inviolabilidad del secreto profesional presupone la previa delimitación de la intimidad del sujeto, cuyos datos y hechos constituyen su objeto. De otro lado, las profesiones no están todas en el mismo radio de cercanía de la intimidad personal o familiar; ni el control del Estado sobre ellas debe ser siempre idéntico.

En Colombia, a pesar de que, como ya se señaló, la violación del SP no está tipificada como delito, la ley ordinaria protege su reserva. Al respecto, el artículo 214 del Código de Procedimiento Civil, señala las excepciones al deber de testimoniar en estos términos:

No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:

Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional.

Cualquier otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.

En este mismo sentido, el Código de Procedimiento Penal señala, en el artículo 385, como excepciones constitucionales al deber de testimoniar, las siguientes:

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.

Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de: (a) abogado con su cliente; (b) médico con paciente; (c) psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente; (d) trabajador social con el entrevistado; (e) clérigo con el feligrés; (f) contador público con el cliente; (g) periodista con su fuente; y (h) investigador con el informante (Arboleda, 2012).

Por otro lado, y en relación al deber que tiene todo ciudadano de denunciar la comisión de conductas criminales, el mismo Código dispone la exoneración al deber de denunciar en su artículo 68, en estos términos:

Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional (Arboleda, 2012).

Tal como se puede apreciar, la Constitución y la ley, así como la jurisprudencia, permiten herramientas jurídicas para que los profesionales de la psicología no violen el secreto profesional bajo ninguna circunstancia. En ese mismo sentido, la ley 1090 de 2006, que regula la profesión de la psicología en Colombia, es prolifera en disposiciones relacionadas con la reserva de la información obtenida por parte del cliente. Lo hace en varios artículos, a saber: artículo 2, numeral 5, artículo 10, ordinales a, b, d, y f, artículo 11, ordinal c y artículos 23 al 32 (Congreso de la República, 2006).

A pesar de las disposiciones en la ley del psicólogo que obligan a la reserva de la información obtenida en función del ejercicio de la profesión, la misma ley permite algunas salvedades a la reserva. Lo hacen tres claras disposiciones. En primer lugar, en el artículo 2º numeral 5, el cual reza:

Confidencialidad. Los psicólogos tienen una obligación básica respecto a la confidencialidad de la información obtenida de las personas en el desarrollo de su trabajo como psicólogos. Revelarán tal información a los demás sólo con el consentimiento de la persona o del representante legal de la persona, *excepto en aquellas circunstancias particu-*

lares en que no hacerlo llevaría a un evidente daño a la persona u a otros. Los psicólogos informarán a sus usuarios de las limitaciones legales de la confidencialidad.

La salvedad dispuesta en el artículo transcrito presenta una curiosa situación: se permite el levantamiento de la reserva en “aquellas circunstancias particulares en que no hacerlo llevaría a un evidente daño a la persona u a otros”, que a la luz de lo estudiado es abiertamente inconstitucional. Sin embargo, a renglón seguido, la misma norma señala que “Los psicólogos informarán a sus usuarios de las limitaciones legales de la confidencialidad”. Con ello, se está obligando al psicólogo a que en el documento de consentimiento informado, firmado por el usuario, o en el contrato de prestación de servicios, se determine de manera clara e inequívoca en qué casos no se garantiza la confidencialidad, lo que sería equivalente a decir que en la consulta psicológica hay situaciones en donde no hay reserva y que lo que diga el consultante, en determinados casos, puede ser revelado a terceros. Si el consultado acepta, firmando el consentimiento informado o el contrato de prestación de servicios con esa salvedad, se traduce en un permiso a priori para el levantamiento de la reserva. En la práctica, no habría reserva y el psicólogo no estaría infringiendo la norma sobre el secreto si éste determina que se está cumpliendo la condición del artículo 2º numeral, 5: en el proceso de consulta se evidencia que existe un inminente daño al consultante o a terceros. Pero si el psicólogo no le hace saber por escrito las limitaciones al SP, consagradas en la norma citada, y falta a su deber de confidencialidad, así sea en las situaciones descritas por el numeral 5 del artículo 2º de la ley 1090 de 2006, sería un infractor, no solo de los postulados de la profesión sino de la Constitución Nacional.

La segunda salvedad al SP que trae la ley 1090 de 2006 está en el artículo 14, el cual señala:

El profesional en Psicología tiene el deber de informar, a los organismos competentes que corresponda, acerca de violaciones de los derechos humanos, malos tratos o condiciones de reclusión crueles, inhumanas o degradantes de que sea víctima cualquier persona y *de los que tuviere conocimiento en el ejercicio de su profesión.*

Nótese que la norma al prescribir que “los que tuviere conocimiento en el ejercicio de su profesión” está haciendo otra salvedad a la guarda del SP. Todo ciudadano tiene el deber de denunciar la comisión de delitos, máxime cuando son violaciones a los derechos humanos que rayan con delitos de lesa humanidad, como los enumerados en el artículo 14 de la ley 1090 de 2006. Sin embargo, si el psicólogo

los conociera en función de su trabajo, y bajo confidencialidad, su deber sería callar y no denunciar, tal como lo señala el artículo 74 constitucional. Así mismo, amparándose en los artículos 68 y 385 del Código de Procedimiento Penal transcritos en párrafos antecedentes y en los postulados de la Corte Constitucional, no está obligado a denunciar ni a declarar, y su deber es callar.

Tómese como ejemplo al guardián penitenciario que está agobiado por los malos tratos, crueles e inhumanos (en los que él mismo participa) a que son sometidos los internos de la cárcel donde trabaja. En consulta clínica, el guardián le pide al psicólogo que le dé estrategias para sobrellevar la culpa que le genera tratar mal a los internos; pero ¿Estaría el psicólogo obligado a denunciar al guardián o a sus superiores por lo que está pasando? A la luz del artículo 14 de la ley 1090 de 2006, pareciera que sí, pero al tenor del mandato constitucional y de las leyes antes enunciadas, incluyendo la misma ley del psicólogo, así como de la jurisprudencia referida, su deber sería no denunciar y buscar estrategias para que el guardián no continúe con esa labor y que sea él mismo quien hiciera la denuncia. Entonces, el deber del psicólogo sería callar frente a terceros.

Una situación distinta es si el psicólogo es contratado para que haga parte de un equipo especial de trabajo que evalúe las condiciones propias de un establecimiento carcelario. En una situación tal, la información que recoja será divulgada. En ese caso, el psicólogo no está obligado a la reserva, sino que informará lo que los internos y guardianes le comuniquen en relación a la evaluación del establecimiento carcelario. Aun así, el psicólogo se abstendrá de identificar a los informantes en su informe. Por otro lado, si al contratar al psicólogo, la entidad le solicita absoluta reserva y le señala que no puede divulgar los resultados de su investigación, a pesar de lo indicado en el artículo 25 de la ley

1090 de 2006, el deber del psicólogo es guardar el SP. Si no está de acuerdo con ello, no debe aceptar el contrato.

Ello también es predicable a la actividad del psicólogo cuando los resultados de su trabajo tienen un destinatario distinto a su consultante. La situación más ilustrativa es en la actividad forense: un actor judicial requiere que se le haga una evaluación psicológica a una persona, cuyos resultados serán debatidos en un juicio oral y público. En este caso, la obligación del psicólogo será hacer claridad de que todo lo que el evaluado diga, así como los resultados de la evaluación, serán de dominio público. Por ello, la información obtenida no será objeto de reserva. Para ello,

el psicólogo deberá recurrir al consentimiento Informado, en donde deberá quedar claro, explícito y escrito las intenciones de la intervención del psicólogo y la destinación que se les dará a los resultados obtenidos y a la información recolectada, de tal manera que no quede espacio para la duda: no hay reserva. Todo lo que se diga será ventilado ya sea al público en general, en el marco del juicio oral y público, o al destinatario del informe, en particular. Aun así, en situaciones como éstas, el psicólogo no podrá divulgar la información más allá de los límites establecidos en el consentimiento informado.

Una situación que ayuda a esclarecer lo planteado es cuando un psicólogo forense particular es contratado para evaluar a un presunto abusador sexual por parte de la defensa. Como resultado de la evaluación, el psicólogo rinde su informe al abogado defensor. En dicho informe se consigna que el evaluado cumple con los criterios y los factores de riesgo correspondientes al de abusador sexual, según el proceso de evaluación que incluyó la aplicación de pruebas psicológicas estandarizadas. Con un resultado así, la defensa no presentaría esa evaluación como prueba de la inocencia de su defendido y la obligación del psicólogo es guardar el secreto, a pesar de haber sido eximido de la reserva. Su deber es la confidencialidad, la misma que le asiste al abogado. Si el psicólogo ventila esa situación, identificando al evaluado, su conducta constituirá una falta ética sancionable, en concordancia con la ley 1090 de 2006.

La tercera salvedad a la confidencialidad que dispone la ley 1090 de 2006, de manera clara e inequívoca, está consagrada en su artículo 25, el cual señala en su parte pertinente:

“La información obtenida por el profesional no puede ser revelada a otros cuando conlleve peligro o atente contra la integridad y derechos de la persona, su familia o la sociedad, *excepto en los siguientes casos:*

1. Cuando dicha evaluación o intervención ha sido solicitada por autoridad competente, entes judiciales, profesionales de la enseñanza, padres, empleadores, o cualquier otro solicitante diferente del sujeto evaluado. Este último, sus padres o tutores, tendrán derecho a ser informados del hecho de la evaluación o intervención y del destinatario del informe psicológico consiguiente. El sujeto de un informe psicológico tiene derecho a conocer el contenido del mismo, siempre que de ello no se derive un grave perjuicio para el sujeto, y aunque la solicitud de su realización haya sido hecha por otras personas o entidades;

2. Cuando las autoridades legales lo soliciten; sólo en aquellos casos previstos por la ley, la información que se suministre será estrictamente la necesaria;
3. Cuando el cliente se encuentre en incapacidad física o mental demostrada que le imposibilite para recibir sus resultados o dar su consentimiento informado. En tal caso, se tomarán los cuidados necesarios para proteger los derechos de estos últimos. La información sólo se entregará a los padres, tutor o persona encargada para recibir la misma;
4. Cuando se trata de niños pequeños que no pueden dar su consentimiento informado. La información sólo se entregará a los padres, tutor o persona encargada para recibir la misma.

La lectura rápida de este artículo propone una salvedad al secreto que, a la luz de lo señalado por la Corte Constitucional, es contraria a la Constitución Nacional. El deber del psicólogo será aplicar el artículo 74 de la Constitución, apoyándose en el artículo 4º de la misma normatividad. Sin embargo, a pesar de lo perentorio del artículo 25 en análisis, ninguno de los 4 ordinales son verdaderas excepciones al SP. En el primer caso, la evaluación psicológica está antecedida por el consentimiento informado, en el cual se le hará saber al evaluado los fines de la evaluación y quién será su destinatario. Éste es un derecho del evaluado. Y si el evaluado no consiente y se niega a ser evaluado, la evaluación no se hace.

Cuando el evaluado es un incapaz, ya sea por edad o por discapacidad cognitiva, serán sus padres o tutores los que darán su consentimiento, y como en el caso anterior, si ellos no consienten, no se hace la evaluación o la intervención del psicólogo, salvo en situaciones judiciales donde si los padres no dan la autorización para la evaluación, y para efectos del restablecimiento de derechos del menor es necesaria, ésta será ordenada por la autoridad competente, siendo el defensor de familia el garante de los derechos del menor, tal como lo dispone el código de infancia y adolescencia, Ley 1098 del 2006 (Congreso de la República, 2006).

El literal B presenta mayor complejidad. Sin embargo, es potestativo del psicólogo enviar o no la información, y ésta será estrictamente necesaria. La norma no dispone si tal necesidad será determinada por la autoridad competente o por el psicólogo. A partir de lo expuesto en cuanto a la constitucionalidad de la reserva, será a juicio del psicólogo, y con la autorización del cliente, enviar o no la información a la autoridad que lo requiera. Si el cliente se niega y aun

así el psicólogo envía la información, a pesar de lo expuesto en los artículos 74 de la Constitución Nacional, 68 y 385 del Código de Procedimiento Penal, 214 del Código de Procedimiento Civil y las múltiples disposiciones de la ley 1090 de 2006, se expone a la sanción ética, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar en otras jurisdicciones si con su actuación se le causa daño a su consultante.

En cuanto a los ordinales C y D, se les aplica ya lo ya dicho con respecto al ordinal A: son los padres o acudientes los que den el consentimiento o quien así lo determine la autoridad judicial competente. Cuando en el consentimiento informado quede escrito de manera clara y explícita que la información recogida y que los resultados de la evaluación serán conocidos por terceros, no habrá lugar a la reserva y; por lo tanto, no le cabría responsabilidad al psicólogo.

Las salvedades dispuestas en la ley 1090 de 2006 ponen al psicólogo en una disyuntiva de difícil manejo: o se hace lo que disponen las salvedades, o se acoge a lo dispuesto en la Constitución. De acuerdo con los argumentos expuestos anteriormente en relación con la inviolabilidad del secreto profesional, y aceptando que la Constitución es norma de normas y conociendo las posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, así como las normas legales que protegen al psicólogo para no violar la reserva, a éste no le asiste conducta distinta que la de plegarse a la Norma Superior: el secreto profesional es inviolable.

Revelar el secreto, más que un problema legal, un problema ético

La Constitución y la ley prohíben al psicólogo revelar el SP y le proporcionan mecanismos jurídicos para negarse a revelarlo, en caso de ser obligado a hacerlo. No obstante, al mismo tiempo, la ley 1090 de 2006 propone excepciones a la reserva que podrían ser atacadas por la Corte Constitucional, tal como lo ha hecho con otras leyes que proponían salvedades al deber de reserva. En ese sentido, la ley no es clara.

Por otro lado, en algunas ocasiones, las realidades sociales desbordan las normas legales. Entonces, se hace necesario que las leyes se adecuen a las manifestaciones fácticas y no éstas a aquellas, o que se expidan normas que sean concordantes con las realidades sociales. Seguramente, ni el constituyente ni el legislador previeron que el psicólogo, y otros profesionales obligados al secreto, se enfrentarían a dilemas de extrema gravedad donde se

encuentran enfrentados dos o más derechos: el del usuario a que se preserve la información dada al profesional, o la de una posible víctima de ese usuario. Así bien, ¿Qué debe hacer el psicólogo si dentro de su consulta se enteran de situaciones que están poniendo en peligro al mismo consultante o a terceras personas? ¿Qué hacer si el usuario le confiesa al psicólogo que va a matar a una persona, como en el caso Tarasoff? (Hernández y Espinoza, 2011; Zarate, 2007). En casos extremos, el psicólogo se enfrenta a dilemas para los que no ha sido preparado y ni la Constitución ni la ley le dan las herramientas para solucionarlo.

Si el artículo 74, inciso final, de la Constitución Nacional, norma de normas, prohíbe revelar el SP, las normas específicas civiles y penales eximen al psicólogo de su revelación. Ahora bien, si la ley específica no es clara y las máximas autoridades constitucionales, la Corte Constitucional, sentencian que el secreto profesional es inviolable, y que no es optativo al profesional obligado por él revelarlo ¿Qué hacer? La ley constitucional, en especial y la ley ordinaria, en general, como imperativos categóricos, son de obligatorio cumplimiento, pero en ocasiones, pueden ser un obstáculo para el logro de la justicia (Hernández, 2011).

Cuando dos derechos están encontrados, se debe analizar el bien jurídico que tutela cada uno de esos derechos, por un lado, y por otro, recordar que ningún derecho es absoluto, tal como lo interpreta la Corte Constitucional colombiana al señalar, en Sentencia C-189 de 1994, que: «evidente que en un Estado de Derecho y, más aún, en un Estado Social de Derecho, no puede haber derechos absolutos. El absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juridicidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un anti-derecho, pues ese solo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello de los derechos de los otros y a los de la misma sociedad». En el caso propuesto se enfrentan, por un lado, la vida de la posible víctima del consultante, y por otro, el derecho al secreto profesional que debe guardar el psicólogo. La vida es el derecho fundamental por excelencia; ningún otro derecho tiene mayor fuerza, aun teniendo la misma categoría de fundamental. Sin embargo, el derecho a la vida, como cualquier otro derecho, no es absoluto, tal como lo dispone la misma corte al referirse a la eutanasia en sentencia C-239 de 1997 y ratificada en la sentencia 355 de 2006, al pronunciarse sobre el aborto:

Si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justifi-

cadadas todas las que dicte con dicha finalidad porque, a pesar de su relevancia constitucional, la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.

En consecuencia, al no haber derechos absolutos, los derechos antagónicamente encontrados se tienen que analizar bajos las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la situación se esté presentando. El análisis de la situación planteada en que está en peligro la vida de una tercera persona, permite concluir que hay dos derechos encontrados. Por un lado, el del SP, que incluye la confianza depositada por el consultante en su psicólogo, los derechos de los profesionales de la psicología que verían cómo se mina uno de los valores más importantes de la profesión (la confianza depositada en ellos por sus consultantes) y, como ya quedó argumentado, los derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre del consultante. Empero, por el otro lado, está en peligro el derecho a la vida de un tercero.

Si el profesional se ciñe a lo dispuesto en el inciso final del artículo 74 de la Constitución, a los artículos 68 y 385 del Código de Procedimiento Penal, al artículo 214 del Código de Procedimiento Civil, a lo dispuesto en la ley 1090 de 2006 y a la interpretación que se ha hecho de la norma constitucional por parte de la Corte Constitucional, no denunciaría a su consultante, a pesar de que está en riesgo la vida de una persona. Pero si decide proceder de manera distinta, poniendo el caso en conocimiento de las autoridades, posiblemente salvaría la vida de la tercera persona, pero su consultante iría a la cárcel. Y al ser ventilada tal situación en los escenarios públicos, es posible que el común de las personas deje de confiar en el psicólogo, haciéndole un daño irreparable a la profesión y a los miles de colegas que viven de ella.

Situaciones así suponen un dilema para el psicólogo, de muy difícil solución desde el punto de vista legal, que lo obligan a buscar alternativas distintas a las jurídicas. El comportamiento del ser humano no está regido únicamente por normas o leyes jurídicas: su comportamiento es multi-causado (Ardila, 1983). En este caso, la decisión del psicólogo no podría estar determinada únicamente por las normas jurídicas, sino que entrarían a jugar un papel importante, entre otras, las instrucciones recibidas durante su entrenamiento profesional, en especial las que tienen que ver con su formación ética profesional.

El psicólogo podría encontrar la solución al dilema, acogéndose a los principios éticos universales y debería asumir las consecuencias legales de su actuación.

Los principios éticos universales son postulados, que algunos llaman leyes (Yarce, sf), que son reconocidos a nivel universal y necesarios para la convivencia social. Si bien es cierto que el derecho es el conjunto de normas que regulan la vida en sociedad (Carnelutti, 1998) y que es la única forma posible de coexistencia pacífica en sociedad (Corte Constitucional, 2002), también es cierto que antes de que se diera el derecho en la forma reglada como se conoce hoy, el ser humano ya había reconocido una serie de principios que, al ser respetados, posibilitaban la vida en sociedad. Principios tales como que la persona humana y la vida tienen que ser respetadas sólo por su mera existencia (principio de la dignidad humana), que las actuaciones del ser humano están encaminadas al bien de los demás (principio de beneficencia), o que en las acciones de todos los seres humanos se debe evitar el daño a sí mismo y a los demás (principio de la no maleficencia), entre otros, siguen siendo reconocidos por toda la humanidad. Sin entrar a discutir si estos principios hacen parte del derecho natural (iusnaturalismo), estadio jurídico previo al derecho positivo, lo cierto es que de ellos se desprenden actuaciones sociales humanas que van más allá del derecho, de las leyes positivas. Dichas actuaciones sociales pueden ser la vía a la justicia en un momento determinado: cuando la norma pétrea haya sido desbordada por las necesidades sociales, o cuando las leyes sean impuestas por los intereses particulares de unos pocos y; por ende, atenten contra la dignidad humana o el bien común.

De los principios éticos universales se desprende la doctrina del mal menor, el cual está consagrado, como principio, en la ley 1164 de 2007, artículo 35, por la cual se dictan disposiciones en materia del talento humano en salud, el cual señala:

De los principios Éticos y Bioéticos. Además de los principios rectores consagrados en la Constitución Política, son requisitos de quien ejerce una profesión u ocupación en salud, la veracidad, la igualdad, la autonomía, la beneficencia, el mal menor, la no maleficencia, la totalidad y la causa de doble efecto:

Del mal menor: Se deberá elegir el menor mal evitando transgredir el derecho a la integridad cuando hay que obrar sin dilación y las posibles decisiones puedan generar consecuencias menos graves que las que se deriven de no actuar.

El psicólogo debe recurrir al principio ético del mal menor como una forma de hallarle solución a su dilema. Tómese como ejemplo al psicólogo a quien un consultante menor de edad lo ve como su única fuente de confianza y, dentro de esa dinámica terapéutica o de evaluación, le confiesa que está siendo abusado sexualmente por un mayor de edad, y le pide al psicólogo que guarde el secreto, que nadie sepa, que no se lo diga a nadie ya que el abusador amenazó con matarlo a él y a su familia. La obligación constitucional y legal del psicólogo es serle fiel a su menor consultante, guardar el SP y no denunciar el abuso. Empero, al psicólogo le asiste el deber ético de evitar que se le siga causando daño al menor de edad.

El problema, se insiste, deja de ser legal: la ley obliga y protege al psicólogo para que no revele el secreto. El problema es ético: ¿Debe el psicólogo denunciar al abusador para evitar que se le siga haciendo daño al niño, pero perdiendo la confianza que éste depositó en él y; por ende, en la psicología? El psicólogo fue la única persona en la que el niño pudo confiar y es precisamente esa persona, el psicólogo, quien le falla y lo pone en evidencia. El niño está siendo abusado, no confía en nadie, se rinde y deposita la confianza en el psicólogo, y éste le falla. ¿Podría ser mayor el daño que se le hace al niño ante la imposibilidad de que nunca más pueda confiar en alguien al daño que se le está produciendo con el abuso? Cabe anotar que el daño no es sólo para el niño, sino también para los psicólogos ya que cuando una situación así se ventile, las personas que conozcan el caso podrían no confiar en la profesión.

En un caso como el planteado, y en situaciones similares, el psicólogo debe buscar, con los medios que le da la psicología, que el niño acceda a denunciar a su victimario, o a reestructurar cognitivamente al niño, con la garantía de que nadie le va a hacer daño a él, ni a su familia. El psicólogo debe garantizar el cumplimiento de esa promesa, para que el niño acceda a darle permiso para que denuncie lo que está pasando. Pero, si el psicólogo no lo logra, deberá recurrir al principio del mal menor:

¿Qué causa menor daño, denunciar y evitar que se le siga haciendo daño al niño en contra del mandato constitucional y legal de la reserva del SP, lesionando la confianza depositada por el niño, o no denunciar pero preservar el SP y la confianza del niño? Eso sólo lo sabrá el psicólogo que haga el análisis de la situación. Si éste asume la primera de las salidas; es decir, violar el SP y la confianza del niño, denunciando el abuso, debe asumir las consecuencias éticas y legales de su

acto. La corte constitucional, en sentencia C-411 de 1993, ya citada, dijo al respecto:

Como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado «inviolable». Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo. Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho (art. 29 del Código Penal).

La recomendación de la Corte es diáfana: si para evitar la consumación de un delito grave (mal mayor), el psicólogo viola el SP, su conducta infractora tendría que ser muy bien justificada, ya que independientemente de la causa que lo llevó a revelar el SP, esta conducta lo convierte en un profesional infractor, tal como lo concluye la misma Corte, y tendría que basar su defensa, en caso de juzgamiento, en causales justificativas, que en la actualidad están taxativamente señaladas en el artículo 32 de la ley 599 de 2000. Tomar la decisión de violar la reserva, y por ende, la confianza depositada por el consultante, debe ser el resultado de un profundo análisis, al cual se llega utilizando herramientas que son recomendadas por distintas agremiaciones de psicólogos.

Una de tales sugerencias es someter la decisión al escrutinio de los diez pasos para la toma de decisiones que los psicólogos deben seguir cuando enfrentan dilemas éticos⁴ (Ramírez, 2009), recomendados por el Código de Ética de Canadá, o seguir las recomendaciones expuestas por Lang (2009), tomadas del Meta-código de Ética Europeo. Quebrantar la reserva acudiendo al principio del mal menor debe ser la última ratio y no la primera de las soluciones. Se deben analizar los pros y los contras de la decisión, las posibles vías alternas, los perjuicios ocasionados pero, sobre todo, el psicólogo debe ser consciente de que va a violar uno de los valores más preciados de su profesión, la confianza de los consultantes, y que lo viola en procura de evitar un mal mayor.

Además, debe ser consciente de que su decisión está bien sopesada y analizada, y que asume con humildad las

consecuencias de su acción y las sanciones que sus colegas, por intermedio del Tribunal de Ética, le impongan.

Conclusiones y recomendaciones

La legislación colombiana, desde la Constitución Nacional hasta las leyes ordinarias y específicas, prescriben que el secreto profesional es inviolable y obligan al psicólogo a mantener la confidencialidad. Las normas procesales eximen al psicólogo de su deber de denunciar cuando medie el secreto y no lo obligan a declarar si la información ha sido obtenida mediante su práctica profesional. La obligatoriedad de la reserva está determinada ya que si no se mantiene, los usuarios, en particular y la sociedad, en general, perderían la confianza en los psicólogos. Por otro lado, si no se garantiza la confidencialidad, se les estaría impidiendo a los usuarios acceder a herramientas para la solución de problemas del comportamiento.

El secreto profesional es un derecho del usuario y un deber de los psicólogos, que garantiza un eficiente tratamiento, pero que, a su vez, protege otros derechos tales como el del buen nombre y el de la intimidad de las personas. En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el secreto profesional no tiene salvedades y que siendo la constitución norma de normas, al profesional no le asiste otra alternativa que plegarse a lo ordenado en la Constitución. Sin embargo, el psicólogo se puede enfrentar a dilemas que lo podrían llevar a violar la reserva para evitar un daño o un delito.

Ante situaciones así, el psicólogo se tendría que acoger a los principios éticos universales, haciendo un análisis a partir de los postulados del mal menor, de tal manera que su decisión esté sustentada en la condición de que violar la reserva se constituye en un mal menor, comparado con el daño que se evitaría. Si el profesional fuera denunciando ante el tribunal de ética, se tendría que defender a partir de los principios éticos universales y en los eximentes de la responsabilidad consagrados en el código penal vigente.

Los psicólogos se han de acoger a las disposiciones constitucionales y legales que prescriben que el Secreto Profesional es inviolable, tomando como referencia los postulados de la Corte Constitucional y asumiendo como no escritas las normas legales que proponen salvedades al Secreto Profesional. Para ello, se apoyará en los artículos 4º y 74 de la Constitución Nacional, en los 8º y 385 del Código

de Procedimiento Penal, en el 214 del Código de Procedimiento Civil, en las disposiciones de la ley 1090 de 2006 y en los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, en especial en la sentencias C-411 de 1993 y C-264 de 1996.

Cuando el profesional de la psicología se enfrente a un dilema ético que lo llame a revelar el SP, lo hará después de un profundo análisis que le permita concluir que no tiene otro camino y que la revelación conlleva a evitar la consumación de un daño grave al consultante o a terceros. El psicólogo debe ser consciente que revelar el secreto es, en sí mismo, un daño, no sólo para el consultante, sino para la profesión. Por ello, lo hará bajo su entera y consciente responsabilidad, asumiendo las consecuencias de su acción.

Antes de romper la confidencialidad, el psicólogo deberá acudir a los principios éticos universales, como el del mal menor. Y, para su defensa, podrá recurrir a las causales eximentes de la responsabilidad, consagradas en el artículo 32 de la ley 599 de 2000, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional colombiana.

Antes de iniciar cualquier actuación, el psicólogo deberá informar a sus consultantes sobre las limitaciones al Secreto Profesional, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 2º de la ley 1090 de 2006. Si el consultante está de acuerdo con esta limitación, así se hará constar en el contrato de prestación de servicios o en el documento donde se consagra el consentimiento informado. Si el consultante no está de acuerdo y aun así el psicólogo lo acepta en consulta, deberá respetar su compromiso y bajo ninguna circunstancia revelará el Secreto Profesional sin la expresa autorización del consultante.

Por otro lado, hay situaciones en que la información dada al psicólogo, así como los resultados de sus evaluaciones, pueden ser de dominio público o de conocimiento de terceros. En estos casos, el psicólogo, a través del consentimiento informado, le hará saber a su consultante tal situación y sus consecuencias de manera clara y explícita.

Por último, cabe resaltar que toda violación al secreto profesional por parte del psicólogo, en sí misma, es una falta ética y; por lo tanto, deberá ser investigada por los tribunales competentes, ya que el secreto profesional es inviolable.

Referencias

- Aguilar, M. (2009). *Las tres generaciones de los derechos humanos*. Procuraduría General de la República. Recuperado de: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arboleda V., M. (2012) *Código penal y de procedimiento penal*. Anotado. Bogotá: Leyer.
- Ardila, R. (1983) *síntesis experimental del comportamiento*. Planeta: Bogotá
- Carnelutti, F. (1998). *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis S.A.
- Código Penal Argentino (2010). *Código Penal de Argentina*. Recuperado de <http://www.codigopenalonline.com.ar>
- Congreso de la República. (2006). *Código deontológico y bioético del psicólogo*. Bogotá: Congreso de la República.

