

EL SECRETO PROFESIONAL DEL MÉDICO Y SU PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

M.^a Teresa REQUEJO NAVEROS

Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho penal de la UCM
mrequejo@der.ucm.es

RESUMEN

El presente trabajo aborda el estudio de la evolución histórica de la institución del secreto profesional médico —y tangencialmente del secreto profesional en general— desde la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal. Concretamente, el estudio analiza la evolución de la figura mencionada desde su origen como obligación ética en la antigua Grecia hasta su conversión en un deber jurídico-penal tras su inclusión en el Código Penal de 1822. Asimismo, el trabajo pone de manifiesto cómo no todos los Códigos Penales españoles que sucedieron al de 1822 mantuvieron la tipificación de la institución objeto de estudio, habiendo conformado durante muchos años y hasta su inclusión en el vigente Código Penal una laguna absolutamente inexplicable de nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Palabras clave: evolución histórica, secreto profesional, secreto médico, obligación ética, protección penal.

ABSTRACT

The present work studies the historical evolution of medical secrecy —and tangentially of professional secrecy in general— from a criminal law perspective. Specifically, this study analyses the evolution of this rule from its origin as an ethical duty in ancient Greece until its transformation into a criminally enforceable duty upon its inclusion in the Spanish Criminal Code of 1822. This study also highlights the fact that not all Spanish criminal codes following the 1822 Code sanctioned breaches of medical secrecy, inexplicably leaving them outside the reach of criminal law for many years until their inclusion in the Criminal Code currently in force.

Keywords: historical evolution, confidentiality, medical secrecy, ethical obligation, criminal protection.

ZUSSAMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit umfasst die Untersuchung der geschichtlichen Entwicklung der Institution der ärztlichen Schweigepflicht und berührt auch das Berufsgeheimnis im allgemeinen aus juristisch-strafrechtlicher Sicht. Konkret untersucht die Studie die Entwicklung der genannten Figur von ihren Ursprüngen im alten Grie-

chenland —als ethische Verpflichtung verstanden— bis zur Umwandlung in eine juristisch-strafrechtliche Forderung nach seiner Aufnahme in das spanische Strafbuch von 1822. Ebenso zeigt die Untersuchung auf, dass nicht alle nachfolgenden spanischen Gesetzbücher nach 1822 diese Figur enthielten; obwohl sie bereits lange Jahre zuvor bestand. Vor Verabschiedung des aktuellen Strafrechts klaffte eine absolut unerklärliche Gesetzeslücke in unserem Strafrechtssystem.

Stichwörter: Geschichtliche Entwicklung, Berufsgeheimnis, ärztliche Schweigepflicht, ethische Verpflichtung, strafrechtlicher Schutz.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL SECRETO MÉDICO HASTA LA CODIFICACIÓN: OBLIGACIÓN ÉTICA, DIMENSIÓN DEONTOLÓGICA Y EVOLUCIÓN HASTA SU PROTECCIÓN PENAL.—2.1. El secreto médico en la antigua Grecia.—2.2. El secreto médico en Roma.—2.3. El secreto médico en Derecho español antiguo: desde la Edad Media hasta la Codificación.—3. EL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO EN CUANTO OBLIGACIÓN JURÍDICA.—3.1. Del Código Penal de 1822 al texto refundido de 1973.—3.1.1. El Código Penal de 1822.—3.1.2. El Código Penal de 1848 y su reforma de 1850.—3.1.3. El Código Penal de 1870.—3.1.4. El Código Penal de 1928 y la segunda entrada en vigor del Código Penal de 1870: el Código Penal de 1932.—3.1.5. El Código Penal, texto refundido de 1944, reformas ulteriores y Código Penal, texto refundido de 1973.—3.2. Reformas del texto refundido de 1973 y Proyectos y Anteproyectos de nuevo Código Penal.—3.2.1. Críticas y reformas del Código Penal de 1973.—3.2.2. El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980.—3.2.3. La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.—3.2.4. El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 y el Proyecto de Código Penal de 1994.—3.3. El nuevo Código Penal de 1995 y su regulación del secreto profesional.—

1. INTRODUCCIÓN

Si nos preguntáramos el porqué de la importancia del estudio de la evolución histórica del secreto profesional médico, y, sobre todo, por qué tomar como referencia al profesional de la medicina en una exégesis de este tipo, la respuesta sería clara. La primera vez que surge el deber de guardar reserva por parte de los miembros de una profesión es con respecto a los médicos, por lo que podemos afirmar que el secreto médico es el primer secreto profesional reconocido históricamente. Y además, la primera vez que en el seno de una medicina ya científica se plasma por escrito la obligación del médico de guardar secreto es en el Juramento Hipocrático, texto que, pese a haber sido escrito en la antigua Grecia, sigue teniendo plena vigencia en nuestros días y ha informado la mayor parte de los textos de ética médica de nuestro entorno cultural. El que este texto haya permanecido inmutable a lo largo de los siglos es

un hecho que no podemos obviar y que merece ser tratado con el debido detenimiento.

Por otra parte, la tutela que el deber de secreto médico recibe a lo largo de la historia evoluciona de forma distinta a como lo hace idéntico deber respecto a otro tipo de profesionales¹. Concretamente, mientras que el deber de secreto de los abogados se reconoce en los primeros textos legales de nuestra historia, no ocurre lo mismo con el deber de secreto del médico. En este sentido, el deber ético de guardar reserva que recae sobre el profesional de la medicina se transforma muy tarde en obligación jurídico-penal. A ello se adiciona el hecho de que la referida tutela penal no ha permanecido en nuestros textos penales con la continuidad que hubiera sido deseable. A este respecto, merecen ser analizadas cuestiones como el surgimiento del deber de secreto médico en cuanto obligación jurídico-penal, la clase de tutela prestada a esta obligación, su injustificada ausencia en muchos de nuestros Códigos Penales históricos y su condición de novedad (largo tiempo reclamada y quizás no del todo atendida) en nuestro texto penal vigente de 1995. De todas estas cuestiones nos vamos a ocupar en las páginas siguientes.

2. EL SECRETO MÉDICO HASTA LA CODIFICACIÓN: OBLIGACIÓN ÉTICA, DIMENSIÓN DEONTOLÓGICA Y EVOLUCIÓN HASTA SU PROTECCIÓN PENAL

2.1. El secreto médico en la antigua Grecia

Encontramos el origen de la obligación del médico de guardar secreto en la antigua Grecia. Fue allí, entre los siglos VI y V a. C., cuando la medicina perdió el carácter mágico y empírico que hasta entonces la había caracterizado para convertirse en un saber técnico, distinguido por conocer el médico qué hacía y por qué lo hacía². Este cambio tan importante de la

¹ Nos referiremos indistintamente en el presente trabajo al deber de secreto y al deber de confidencialidad para hacer alusión a la obligación de los profesionales de guardar reserva de todo aquello que conozcan a través del ejercicio de su actividad.

² LAÍN ENTRALGO denomina a la época previa a Grecia «era pretécnica». En ella, la medicina se caracterizaba por su naturaleza sacral o mágica, y era llevada a cabo por individuos investidos de carácter sacerdotal. El origen de la enfermedad no se comprendía y se achacaba a los pecados del enfermo, se consideraba un castigo divino por los actos reprobables que aquél pudiera haber cometido. Las prácticas destinadas a la curación de los afectados tenían carácter ritual, y se realizaban principalmente por medio de ceremonias reli-

medicina se produjo, principalmente, por la necesidad que venían sintiendo los griegos de buscar una explicación racional de las cosas basada en el conocimiento científico de la naturaleza. La primera plasmación escrita de tal evolución la encontramos en la obra de Alcmeón de Crotona³, quien elabora una concepción fisiológica de la salud y la enfermedad desprendida de toda connotación mágica o empírica. Sin embargo, como señala Laín Entralgo, si Alcmeón fue el iniciador de la medicina fisiológica, Hipócrates⁴ será su verdadero fundador, al transmitirla a la posteridad y convertirla en bien universal⁵. Así, será a partir de este último cuando comience a formarse la llamada medicina hipocrática, origen y punto de partida de toda la medicina occidental.

Todo el saber que compone la medicina hipocrática fue plasmándose en numerosos tratados y escritos, que fueron recopilados en la biblioteca de Alejandría en el siglo III a. C. en el llamado *Corpus Hippocraticum*, conjunto de cincuenta y tres escritos elaborados a lo largo de trescientos años. Obviamente, no todos los trabajos que componen el *Corpus* pueden ser obra de Hipócrates⁶. Del citado conjunto interesa concretamente a nuestra

gias, sacrificios, oraciones, conjuros, amuletos, ofrendas, etc., que se llevaban a cabo con la finalidad de aplacar a los dioses. La figura del secreto no se hallaba definida en los términos que hoy la conocemos, ni, por tanto, como posteriormente se concibió en Grecia. Así, el secreto médico se refería a la reserva que quienes ejercían las prácticas curativas debían guardar acerca de todo lo que hacían y de los métodos y remedios que empleaban para conseguir la curación de los enfermos, no a las confidencias reveladas a éstos por los pacientes. Ampliamente sobre el particular véase P. LAÍN ENTRALGO, *Historia de la Medicina*, Barcelona, 1978, pp. 3 y ss.; y dirigida por el mismo autor, *Historia Universal de la Medicina*, t. I, Barcelona, 1972. Véase, asimismo, F. ZUBIRI VIDAL, *El secreto médico a través de los tiempos*, Zaragoza, 1966, pp. 16 y ss. Con respecto a la situación y circunstancias en que se produjo tal cambio, cfr. P. LAÍN ENTRALGO, *La medicina hipocrática*, Madrid, 1970, pp. 21 y ss., y J. LASSO DE LA VEGA, «Pensamiento presocrático y medicina», en P. LAÍN ENTRALGO (dir.), *Historia Universal de la Medicina*, t. II, Barcelona, 1972, pp. 53 y ss.

³ Médico y filósofo nacido en Grecia en el último tercio del siglo VI a. C. Sobre su concepción de la salud y la enfermedad véase P. LAÍN ENTRALGO, *La medicina hipocrática*, op. cit., pp. 33 y ss.

⁴ Médico nacido en la isla de Cos hacia el año 460 a. C., que alcanzará una extraordinaria reputación y se convertirá en el médico más célebre y representativo de su época. Desde entonces y hasta nuestros días será considerado el padre de la medicina. Con más detalle véase P. LAÍN ENTRALGO, «La medicina hipocrática», en P. LAÍN ENTRALGO (dir.), *Historia Universal de la Medicina*, op. cit., p. 79.

⁵ P. LAÍN ENTRALGO, *La medicina hipocrática*, op. cit., pp. 9 y 35.

⁶ Se ha discutido mucho sobre cuáles de los textos que integran el *Corpus* son creación suya y cuáles no, llegándose incluso a afirmar que ninguno de ellos era obra del famoso galeno. El dilatado espacio temporal a lo largo del que los diferentes textos vieron la luz, y la gran admiración que por Hipócrates sentían sus discípulos y, a su vez, los discípulos de éstos, que provocaba la atribución al mismo de todos los escritos, son causa de esta confusión. En cualquier caso, su labor y la forma que tuvo de entender y practicar la medicina

investigación el universalmente conocido Juramento Hipocrático, en cuanto primer texto que, en el marco de esa medicina que ya se considera técnica, recoge la obligación del médico de guardar secreto⁷.

El escrito citado supone el establecimiento de unas directrices éticas orientadas a regular el ejercicio de la profesión médica. Pero, como señala Gafo, tales obligaciones no nacen porque se considere que el enfermo es titular de determinados derechos, sino por tratarse la profesión del médico de una de las más nobles y elevadas⁸. En cualquier caso, va a constituir uno de los textos de mayor importancia en la historia de la medicina, conocido de forma universal, vigente hasta nuestros días y a partir del cual la obligación de guardar reserva por parte del médico nunca ha cedido. En este sentido, ha ilustrado la mayoría de las regulaciones éticas que sobre la profesión médica se han elaborado a lo largo de la historia, muchas de las cuales aún gozan de absoluta vigencia.

Con respecto al tema que nos ocupa, el Juramento dispone en su penúltimo párrafo: «y si en mi práctica médica, o aun fuera de ella, viviese u oyere, con respecto a la vida de otros hombres, algo que jamás deba ser revelado al exterior, me callaré, considerando como secreto todo lo de este tipo»⁹. Se trata de un deber de confidencialidad caracterizado por dos

informan cada uno de estos textos, lo que pone de manifiesto la presencia de un pensamiento común en ellos, dato que tampoco es de extrañar si se tiene en cuenta que, al fin y al cabo, los autores de los escritos del *Corpus* eran médicos griegos que ejercían la medicina técnica a la que hemos hecho referencia. Sobre esta controversia véase P. LAÍN ENTRALGO, *La medicina hipocrática*, op. cit., pp. 36 y ss.

⁷ Con carácter previo, en el ámbito de la medicina todavía mágica y empírica no podemos dejar de citar los *Consejos de Asclepio*. Asclepio (Esculapio cuando en la época romana se latinizó el nombre) era considerado el auténtico dios de la Medicina griega. Los descendientes de Asclepio se denominaron asclepiades y constituían una casta sacerdotal. Sus templos se llamaron asclepiones, y en ellos se trataba a los enfermos llevando a cabo ceremonias religiosas y ritos mágicos. En este sentido, los asclepiades no se desplazaban nunca al domicilio del enfermo, desempeñando su labor exclusivamente en los referidos templos. Los conocimientos y ceremonias de culto se transmitían de padres a hijos, pues sólo en este caso podían revelar los secretos de su arte. Estos templos empezaron a levantarse en Grecia y de allí se extendieron a otros muchos territorios, lo que provocó que acabaran dando entrada a extraños que demostraran talento y discreción, transmitiendo, por tanto, sus secretos a los mismos. Sobre el particular y con más detalle véase F. ZUBIRI VIDAL, op. cit., pp. 19 y ss. Hacen referencia los citados *Consejos* al secreto médico en los siguientes términos: «... y el secreto de tu profesión te prohibirá impedir crímenes de los que serás testigo» y «sientes pasión por la verdad, ya no podrás decirla (...). Habrás de ocultar secretos que posees, consentir en parecer burlado, ignorante, cómplice», en R. M. SUÁREZ INCLÁN, «Códigos Históricos», en VVAA, *Deontología, derecho, medicina*, Madrid, 1977, pp. 15 y ss.

⁸ J. GAFO, «Los Códigos Médicos», en J. GAFO (ed.), *Dilemas éticos de la medicina actual*, Madrid, 1994, p. 28.

⁹ R. M. SUÁREZ INCLÁN, op. cit., p. 19.

notas. La primera es que se extiende no sólo a lo que el médico conozca en el ejercicio de su profesión, sino también a aquello que advierta al margen de la misma; circunstancia que pone de manifiesto la amplitud que se va a conceder a tal figura. Y la segunda es que queda a discreción del médico decidir cuándo lo que ha visto u oído debe o no ser revelado, es decir, es el propio médico el que debe valorar si lo que sabe ha de ser ocultado o no, si la información obtenida ha de ser considerada «secreta».

¿Pudo exigirse legalmente en la antigua Grecia el cumplimiento de este deber de reserva? Y más aún, caso de responder afirmativamente a la pregunta, ¿pudo tener tal exigencia un carácter penal? En este sentido, como señala Rigo Vallbona, no ha llegado a nuestro tiempo ningún texto legal griego que otorgue la categoría de delito público a la violación del secreto profesional. Sin embargo, partiendo del hecho de que en aquella época el quebrantamiento de un depósito era castigado severamente, parece que podría aceptarse el ejercicio de una acción civil reclamando la reparación y resarcimiento de los daños que tal indiscreción hubiera podido causar¹⁰. En suma, si no llegó a establecerse una sanción de carácter penal para el que violaba un depósito moral, como es una confianza expresada a un profesional, por lo menos debió existir la posibilidad de reclamar una reparación por la vía civil. Y ello porque, al margen de las leyes escritas, en supuestos de omisión o de oscuridad legal, el magistrado debía acudir al ideal de justicia de acuerdo con el juramento que se les exigía antes de entrar en funciones: «juro suplir el silencio de las leyes por las reglas de equidad»¹¹.

En cualquier caso, lo que realmente interesa es que ya entonces surgiera ese deber de reserva, que ya hubiera una intensa conciencia de la necesidad de guardar secreto sobre lo que se supiera del paciente en cuanto obligación moral del médico, hecho que queda demostrado a la luz de lo expresado en el Juramento Hipocrático. En este sentido, la doctrina mayoritaria considera que no constituyó en ningún caso una obligación legal, jurídicamente regulada y exigida por un órgano con potestad para ello, sino que fue simplemente, y durante muchos siglos, un imperativo de carácter ético que derivaba de la propia moral del médico, máxime cuando se dejaba al arbitrio de éste delimitar aquello que debía mantenerse reservado.

¹⁰ J. RIGO VALLBONA, *El secreto profesional como objeto de protección penal*, Barcelona, 1961, pp. 135-136.

¹¹ *Ibid.*, p. 136.

2.2. El secreto médico en Roma

En los primeros tiempos de Roma confluían en el ejercicio de la medicina, por una parte, las notas propias de la medicina primitiva, que ya hemos definido como poseedora de un carácter mágico y religioso; y por otra, un saber empírico que se transmitía de padres a hijos y que basaba el ejercicio de la medicina en los elementos que ofrecía la naturaleza. El *paterfamilias*, quien en Derecho romano ostentaba la patria potestad sobre toda su familia y tenía numerosos derechos que podían ser ejercidos respecto a la misma, se encargaba personalmente de la salud de su comunidad familiar¹². En consecuencia, hasta finales de la República, la medicina, fuertemente marcada por la superstición, podía calificarse de doméstica o familiar y se basaba en el uso de plantas y productos orgánicos. En este sentido, se trataba de una fase pretécnica de la medicina que se fue superando conforme llegaron a Roma los conocimientos procedentes de Grecia y Asia Menor¹³.

Así, el concepto de medicina doméstica imperante en la época romana primitiva comenzó a modificarse alrededor del siglo II a. C., cuando empezaron a llegar a Roma médicos procedentes del Mediterráneo oriental, concretamente de Asia Menor, Egipto y, sobre todo, Grecia. Estos galenos, cuyo número aumentó de forma importante tras la Segunda Guerra Púnica, ostentaban la condición de extranjeros. A este respecto, debe ser tenido en cuenta el apego que los romanos tenían a la tradición y su desconfianza hacia los extranjeros. En concreto, se apreciaba en los romanos una profunda actitud antigriega que pudo culminar en el año 150 a. C. con la prohibición del Senado del ejercicio de la medicina por parte de los griegos libres. En el siglo I a. C. se estableció en Roma el médico Asclepiades de Bitinia, y fue entonces cuando tuvo lugar la efectiva transformación de la primitiva medicina doméstica romana en una medicina ya técnica, que Laín Entralgo denomina una *ars medica*¹⁴. Asclepiades fue un médico que gozó de gran prestigio y alta estima en Roma, hasta el punto de que César concedió la ciudadanía a los médicos griegos, favoreciendo así la entrada de los mismos en Roma. En este sentido, la necesidad de cuidados médicos

¹² La familia en Roma se entiende en sentido amplio e incluye a la esposa, los hijos y los esclavos. Cuando se trataba de familias acomodadas, era relativamente habitual que tuvieran un esclavo que ejerciera de médico.

¹³ M. I. NÚÑEZ PAZ, *La responsabilidad de los médicos en Derecho romano*, Gijón, 1996, p. 20.

¹⁴ P. LAÍN ENTRALGO, *Historia de la medicina, op. cit.*, p. 65.

en una sociedad continuamente expuesta a la guerra era más intensa que el recelo de los romanos más tradicionalistas hacia los extranjeros¹⁵.

Esta situación continuó cambiando de forma paulatina, avanzando hacia un reconocimiento cada vez mayor de la profesión médica. Coetáneamente, el rechazo inicial que los romanos sentían hacia los griegos evolucionó hasta llegar a una fascinación absoluta por la cultura griega, lo que incluía la medicina. De hecho, y por encima de cualquier otra rama del conocimiento, la medicina fue la ciencia griega que penetró en el mundo romano de forma más completa. Esta admiración por la medicina griega llevó consigo el resurgimiento de la figura de Hipócrates.

La intensa recepción de la medicina griega con el consiguiente renacimiento hipocrático implicaron la asunción por parte de los romanos del *Corpus Hippocraticum*, y, por tanto, del Juramento. Es decir, la asimilación de la muy superior medicina griega no se produjo sólo en lo que se refiere al aspecto técnico o científico de la misma, sino también en el ámbito ético¹⁶.

Si bien el carácter ético del deber del médico de guardar secreto sobre las confidencias de sus pacientes no ofrece duda en la indicada época romana, pues el Juramento Hipocrático llegó a gozar de plena vigencia, distinta es la cuestión cuando se trata de valorar el hipotético carácter jurídico de esta obligación, y, en caso afirmativo, la posible trascendencia penal de su violación. Además, si bien las leyes romanas tuvieron una calidad y técnica elevadísima en el ámbito civil, no puede hacerse idéntica afirmación en el orden penal¹⁷.

No se encuentra en el ordenamiento jurídico-penal romano acción alguna que protegiera el secreto profesional en sentido estricto. Tan sólo

¹⁵ M. I. NÚÑEZ PAZ, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶ La condición de extranjeros de los griegos y la animadversión inicial que inspiraban en los romanos, condujo a aquéllos a un intento de «romanización» de su medicina que terminó con su capacidad creadora. Los médicos griegos se acabaron dedicando más a la sanación de los enfermos que a la investigación de la ciencia médica. Merece ser destacada, sin embargo, la figura de Galeno. Para LAÍN ENTRALGO: «Si Hipócrates de Cos es la gran estrella inicial de la medicina antigua, en Galeno tiene ésta su gran estrella final; no sólo por la originalidad y la importancia de su obra personal en todos los campos del saber médico (...), también porque en sus escritos hace suya o expone críticamente casi toda la medicina griega desde Hipócrates»; y añade: «con la muerte de Galeno parece extinguirse la capacidad creadora de la medicina helenístico-romana», en *Historia de la medicina, op. cit.*, pp. 64-65. Con detalle sobre Galeno véase L. GARCÍA BALLESTER, «Galeno», en P. LAÍN ENTRALGO (dir.), *Historia Universal de la Medicina, op. cit.*, pp. 209 y ss.

¹⁷ A. QUINTANO RIPOLLÉS afirma que: «en el Derecho romano, de tan refinadas instituciones civiles, las reservadas a lo penal fueron sumamente modestas, hasta el punto de haberse podido decir que los romanos, gigantes en el Derecho privado, fueron pigmeos en el criminal», en *Curso de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1963, p. 91.

los Libros XLVII y XLVIII del Digesto contenían disposiciones relativas a la infidelidad de los abogados hacia sus clientes, concretamente en lo que respecta a la conducta de entrega de documentos a la parte contraria. Es decir, que la única disposición que podía asimilarse a la protección del secreto profesional tenía lugar en el ámbito civil y estaba circunscrita a la prohibición de una conducta muy concreta como es la referida *supra*, lo que en ningún caso agota el contenido de la violación de secretos profesionales, y menos aún del secreto médico. Contra esta conducta procedía la persecución del abogado mediante una *actio extra ordinem*¹⁸. Por lo tanto, lo más probable es que, al igual que ocurría en Grecia, se pudiera lograr la reparación del daño causado por la indiscreción a través del ejercicio de una acción civil. Pero esto no supone la existencia de una protección jurídica del secreto profesional en general, y menos aún de carácter penal.

Parece, por tanto, que se siguió manteniendo en Roma la vigencia de la obligación del médico de guardar secreto en su dimensión ética, si bien no existía idéntica exigencia en el ámbito jurídico. Quedaba de nuevo en manos de la moralidad del médico decidir si mantener o no mantener las confidencias del paciente reservadas, sin que la negativa a tal mantenimiento tuviera repercusión jurídica alguna.

2.3. El secreto médico en Derecho español antiguo: desde la Edad Media hasta la Codificación

Tras el comienzo de la Edad Media, la Iglesia cristiana conservó en sus monasterios la esencia de las culturas griega y romana, en particular los escritos de sus más prestigiosos médicos. Como resultado, durante toda la Edad Media tuvieron absoluta vigencia los escritos de Hipócrates, entre ellos, una vez más, el Juramento.

La importante presencia del cristianismo influyó de manera decisiva en la forma de practicar la medicina, que empezó a ser ejercida por sacerdotes¹⁹, importando más que la sanación del cuerpo del enfermo, la de su

¹⁸ Acción planteada en el marco de un procedimiento cognitorio que se tramitaba en una sola fase ante un juez oficial. Con respecto a otras posibles conductas que dieran lugar a la exigencia de responsabilidad civil o penal de los médicos en Roma, véase M. I. NUÑEZ PAZ, *op. cit.*

¹⁹ De ahí que la exigencia de guardar secreto no derivara de su condición de médico, sino de su carácter sacerdotal. A este respecto A. DEL TORO MARZAL afirma que: «el Juramento Hipocrático adquiere verdadero significado cuando el arte de curar se independiza del sacerdocio», en «Estudio penal sobre el secreto médico», *ADPCP*, t. XIV, fasc. 1, Madrid, 1961, p. 21.

alma, situación que, aun suponiendo un importante adelanto en el proceso de valoración del enfermo desde un punto de vista humanitario, no contribuyó a que se produjeran avances científicos relevantes en la medicina. Las escasas innovaciones fueron principalmente fruto de la medicina árabe —continuadora de la medicina griega y de gran importancia durante los siglos VII y VIII—, concretamente con sus aportaciones referidas a la botánica y la alquimia.

Al comienzo de la Edad Moderna, la ciencia médica empezó a experimentar de nuevo un desarrollo constante y cada vez más significativo. Las medicinas griega y árabe, imperantes hasta entonces, se fueron superando de forma paulatina, realizándose importantes avances en disciplinas como la anatomía, con notable influjo en la cirugía. El ejercicio de la medicina comenzó a desprenderse de connotaciones religiosas y la enfermedad se sometió a parámetros lógicos y naturales. No obstante, el Juramento Hipocrático conservaba todo su valor, y era acatado y defendido por la totalidad de los médicos, quienes se consideraban vinculados por los principios deontológicos que en él figuraban, los cuales debían guardar fielmente²⁰. A partir de la Revolución Francesa, la evolución de la ciencia médica se tornará incesante, avanzando la medicina en todos los campos de forma verdaderamente extraordinaria.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, y dentro del Derecho español, las normas reguladoras de conductas de revelación de secretos por parte de profesionales se referían básicamente a los funcionarios públicos y a los abogados. Con respecto a los primeros, tanto las Partidas como la Novísima Recopilación imponían a los funcionarios públicos discreción y reserva sobre los documentos y secretos que conocían o custodiaban en el ejercicio de su cargo. Esta exigencia no tenía en cualquier caso la finalidad de proteger los intereses de los ciudadanos, sino el funcionamiento correcto de la Administración pública. En cuanto a los abogados, el Fuero Real les prohibía que utilizaran en contra de sus clientes las confidencias por éstos realizadas. En el mismo sentido, las Partidas establecían penas muy elevadas para los abogados prevaricadores —lo que incluía la infidelidad al secreto—, previsión que reiteró la Novísima Recopilación, mera

²⁰ F. ZUBIRI VIDAL, *op. cit.*, p. 38. Completa esta afirmación el autor diciendo que: «todos estaban de acuerdo en que los hombres que ejercen profesiones que llevan anejas una gran responsabilidad han de ser parcos de palabra. A los médicos les exigían esa cualidad, por considerar que no sería buen médico, aunque supiese curar acertadamente, el que no tuviese discreción en su trato social, siendo necesario que todas las preguntas que formulase, para hacer un buen diagnóstico, fuesen siempre prudentes».

refundición modernizada de los textos ya mencionados. En consecuencia, no existió regulación legal alguna de la revelación del secreto profesional por parte del médico, cuya exigencia mantuvo un carácter exclusivamente ético.

La validez del Juramento Hipocrático ha persistido hasta nuestros días, confiriendo generalidad e importancia al secreto de los médicos —siempre en cuanto obligación ética—, hasta el punto de que los estudiantes de las primeras Escuelas de Medicina y Universidades medievales recitaban el Juramento al acabar sus estudios, tradición que continuaron las Escuelas Médicas posteriores. El arranque jurídico de la figura del secreto profesional tuvo lugar a raíz del fallo del Parlamento de París de 13 de julio de 1573, que condenaba a un farmacéutico que citó en un proceso de reclamación de honorarios la enfermedad del paciente moroso. Asimismo, en el año 1600 se registraron en el citado Parlamento los Estatutos de la Facultad de Medicina de París, cuyo art. 38 proclamaba que el médico no revelaría jamás los secretos de su paciente²¹. Esta exigencia del secreto profesional con carácter absoluto se debilitó en Francia cuando un edicto de 1666, confirmado por los Decretos de 1716 y 1778, así como por la Ordenanza del 17 de Ventoso del año IX de la Revolución, obligó a comunicar a las autoridades los heridos asistidos, el lugar donde fueron transportados o internados, y la gravedad y causa de las heridas. Fue precisamente en este estado de cosas cuando el legislador convirtió definitivamente la tradicional exigencia ética de secreto médico en una exigencia legal castigada con pena en caso de su incumplimiento²². Concretamente, el Código Napoleón de 1810 derogó la Ordenanza revolucionaria mencionada y reguló penalmente la figura del secreto profesional. Es en ese momento cuando la obligación del médico de guardar secreto deja de ser meramente ética para transformarse en un deber jurídico penalmente exigible²³.

²¹ Cfr. A. DEL TORO MARZAL, *op. cit.*, pp. 22-23, y J. M. MARTÍNEZ-PEREDA, «La protección penal del secreto médico en el Derecho español», *Actualidad Penal*, núm. 10, 1996, p. 157.

²² J. M. MARTÍNEZ-PEREDA, *op. cit.*, pp. 157-158.

²³ Lo que no obsta para que se siga manteniendo —y hasta nuestros días— como una obligación ética en todos los Códigos deontológicos reguladores de la profesión. Concretamente, nuestro Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 1999 actualmente vigente, relativo al secreto profesional del médico, establece en su art. 14 que: «1. El secreto médico es inherente al ejercicio de la profesión y se establece como un derecho del paciente a salvaguardar su intimidad ante terceros. 2. El secreto profesional obliga a todos los médicos cualquiera que sea la modalidad de su ejercicio. 3. El médico guardará secreto de todo lo que el paciente le haya confiado y de lo que

3. EL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO EN CUANTO OBLIGACIÓN JURÍDICA

Una vez descrita la evolución de la figura del secreto médico desde sus orígenes hasta la codificación, corresponde ahora el estudio de la regulación jurídica de dicha figura una vez obtuvo reconocimiento penal, primero en Francia y después en España. A este respecto, analizaremos en primer lugar la incriminación que del secreto profesional realizaron nuestros Códigos Penales históricos —cuando la hubo—, y en segundo término, la evolución que experimentó dicha figura en los diversos intentos legislativos que se sucedieron en el proceso de reforma del Código Penal del 73 hasta su actual incriminación en el Código Penal del 95.

3.1. Del Código Penal de 1822 al texto refundido de 1973

3.1.1. *El Código Penal de 1822*

El primer Código Penal español, publicado el 9 de julio de 1822, nació, como es sabido, en un momento histórico de debilidad económica e inestabilidad política que se reflejará en el contenido del mismo, coexistiendo en dicho texto arcaísmos procedentes de la normativa penal preexistente junto a nuevas ideas punitivas de contenido liberal²⁴. En cualquier caso, y al margen de apreciarse en el texto citado elementos propios de nuestro Derecho penal antiguo, como las Partidas y el Fuero Juzgo, el Código Penal de 1822 se inspiró fundamentalmente en el Código Napoleón de 1810. Como señala Morales Prats, «al inicio de la codificación penal española, el patrón legislativo en el que se erigió el Código de Napoleón de 1810 hizo que el Código Penal español de 1822 albergara una regulación del secreto profesional tomada, casi íntegramente, del texto francés»²⁵.

La figura del secreto profesional se encontraba regulada en el art. 424, en la Parte Primera del Código Penal, rubricada «De los delitos contra la sociedad», e inserto entre los «Delitos contra la fe pública», recogidos en el Título V del mismo, y en su Capítulo VI, bajo el epígrafe «De los que

de él haya conocido en el ejercicio de la profesión. 4. La muerte del paciente no exime al médico del deber del secreto».

²⁴ Cfr. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA *et al.*, *Códigos Penales Españoles*, Madrid, 1988, p. 11.

²⁵ F. MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, Barcelona, 1984, p. 212.

violan 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»²⁶. El referido art. 424 decía: «los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas, matronas, y 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 treinta a cien duros», y añadía: «si la revelación fuere de secreto que pueda causar a la persona que lo confió alguna responsabilidad criminal, alguna deshonra, odiosidad, mala nota o desprecio en la opinión pública, sufrirá el reo, además de la multa expresada, una 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 un arresto de un mes a un año».

En consonancia con lo señalado anteriormente, este art. 424 es una copia casi exacta del art. 378 del Código Napoleón²⁷. La diferencia prin-

²⁶ El citado Capítulo contenía las disposiciones recogidas en los arts. 421 a 428, reguladoras, además del secreto profesional recogido en el art. 424, del descubrimiento y revelación de secretos por funcionarios civiles, eclesiásticos o militares que sin orden de su superior competente revelasen secretos confiados por razón de su destino; el descubrimiento a la parte contraria de los secretos del defendido por abogado, defensor o procurador en juicio; y de las conductas de violación de la correspondencia. Es de criticar, en primer lugar, que el artículo que nos ocupa, concretamente el 424 regulador del secreto profesional, se incluya en el marco de los delitos contra la sociedad, cuando es claro que se trata de un delito contra los particulares. Además, la regulación de conductas de revelación de secretos por parte de funcionarios junto a la regulación de idénticas conductas por parte de los particulares es sistemáticamente inadecuada y, por tanto, debe ser objeto de crítica. E. CORTÉS BECHIARELLI, en *El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal*, Madrid, 1998, pp. 27-28, entiende que una posible causa de esta situación reside en el hecho de que el derecho a la intimidad todavía no se había configurado en aquella época.

²⁷ El art. 378 del Código Napoleón disponía que: «Los médicos, cirujanos y otros oficiales de la 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 a constituirse en denunciante, hubiesen revelado estos secretos, serán castigados con multa y prisión de uno a seis meses». A diferencia de lo ocurrido en nuestro país, con excepción de algún párrafo nuevo que se ha ido adicionando al mismo con el paso del tiempo, y de alguna corrección operada por la jurisprudencia francesa, el citado artículo ha permanecido inmutable en Francia hasta el año 1992, en que se publicó el Código Penal francés que derogaba al Código Napoleón, y que está vigente en dicho país desde el 1 de marzo de 1994. La copia realizada por el legislador español del CP francés suscita opiniones diversas. Mientras que hay autores que entienden que la regulación del descubrimiento y revelación de secretos que realiza el CP español es técnicamente muy superior a la del Código francés, como es el caso de G. LANDROVE DÍAZ, en «Descubrimiento y revelación de secretos», *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1976, p. 182; otros critican la simple copia del mismo y, concretamente, manifiestan su

cial entre ambos textos reside en las circunstancias agravantes específicas que el texto español establece en los dos últimos párrafos del citado artículo, relativas al efecto que pudiera causar la revelación del secreto o a la concurrencia de soborno. También se distinguen en que el texto español incluye la palabra «empleo» junto a «estado o profesión» y hace una enumeración más exhaustiva de los distintos profesionales que pueden cometer el hecho delictivo. Concretamente, mientras el Código Napoleón sólo enumera de forma expresa a determinados profesionales de la salud, el Código Penal de 1822 incluye explícitamente a «profesionales» como el abogado, el eclesiástico o el barbero²⁸. En este sentido, hemos de señalar que la enumeración de sujetos activos realizada por el Código Penal de 1822 no constituye un *numerus clausus*, sino que se trata de una mención meramente ejemplificativa, como pone de manifiesto la expresión «o cualesquiera otros», que equipara los sujetos mencionados a aquellos otros en quienes se confía un secreto por razón o con ocasión de su actividad laboral²⁹. Con respecto al tipo de actividad realizada por el sujeto activo, el texto del art. 424 se refiere a aquellos en quienes se haya confiado un secreto por razón de su estado, empleo o profesión. Esto permite incluir en el marco de la conducta típica tanto lo que hoy conocemos como revelación de secretos laborales, como la revelación de secretos profesionales³⁰. Además, la referencia al

disconformidad con el último párrafo del art. 424, no presente en el CP francés, por entender que implica «una magnífica carta de impunidad para la no colaboración con la justicia». En este último sentido se manifiesta A. DEL TORO MARZAL, *op. cit.*, pp. 30-31. En cualquier caso, no fue sólo España quien tomó la regulación del secreto profesional del CP francés como referencia, ya que la misma sirvió de modelo y ejemplo a la mayoría de países de nuestro entorno legislativo.

²⁸ Como ya hemos señalado, en este mismo capítulo se regula de forma expresa, concretamente en el art. 423, el descubrimiento y revelación de secretos por parte del abogado, defensor o procurador en juicio. La diferencia con el art. 424 es que se trata de una regulación más precisa en la que las conductas se circunscriben a las propias del desarrollo de la administración de justicia. En particular, el art. 423 se refiere a la revelación de secretos a la parte contraria, al abandono de la defensa a la que el abogado se había comprometido para defender a la parte contraria o al perjuicio malicioso al propio defendido en beneficio del contrario o por una utilidad personal.

²⁹ Mientras al abogado se le confiaría un secreto *por razón* de su actividad profesional, entendemos que al barbero se le comunicaría *con ocasión* de la misma. A este respecto, en el CP de 1822 el concepto de profesional a efectos del delito de revelación de secretos no estaba lo suficientemente perfilado, de forma que no se exigía que concurriera en el mismo la condición de confidente necesario, a la que más adelante nos referiremos.

³⁰ A este respecto el CP actual distingue si el secreto se ha conocido por relación laboral u oficio o a través del ejercicio de una profesión, sancionando con mayor penalidad a los profesionales que incumplan su obligación de sigilo por entender que con respecto de ellos el deber de confidencialidad es más intenso. Sobre el particular véase T. REQUEJO NAVE-

conocimiento del secreto por razón del «estado» posibilita la inclusión del sacerdote en el elenco de posibles sujetos activos³¹.

En cualquier caso, al margen de que el art. 424 fuera una copia del Código Napoleón y de las posibles deficiencias y problemas interpretativos que pudiera suscitar, lo cierto es que supuso un importante adelanto en la regulación del secreto profesional, siendo incluso más avanzado que muchos de los códigos que le sucedieron. Para Cortés Bechiarelli, la regulación de este delito por el Código Penal de 1822 es prolija y no ha sido superada, hasta el momento, por ningún código posterior, siendo pocas las censuras y muchas las alabanzas que merece la primera formulación de este tipo penal, por cuanto se le dedica la extensión y detalle que reclama³².

No podemos acabar nuestra referencia al Código Penal de 1822 sin hacer alusión a uno de los aspectos más controvertidos en torno al mismo, como es el de su vigencia. La efectiva aplicación de este texto penal ha sido siempre puesta en duda por la mayoría de la doctrina, siendo pocos los autores que de forma clara se hayan decantado por sostener o negar su vigencia. En cualquier caso podemos afirmar que, de haberla tenido, ésta habría durado sólo unos meses, pues la restauración del absolutismo supuso la derogación de todas las leyes aprobadas durante el periodo constitucional, en el que, como ya hemos visto, nace el Código Penal analizado³³.

ROS, *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Madrid, 2006, pp. 92-94.

³¹ La inclusión de las personas investidas de estado entre aquellos que ostentan la consideración de profesionales es una de las cuestiones que actualmente se debaten con respecto a la regulación del secreto profesional operada por el CP de 1995. En principio, los eclesiásticos y ministros de culto no pueden ser englobados en la categoría de «profesionales», por tener la consideración de personas investidas de estado, y la regulación penal vigente del secreto profesional sólo menciona como posibles sujetos activos a los profesionales, sin incluir, como históricamente hicieron otros textos penales, a las personas investidas de estado, por lo que una interpretación estricta del precepto dejaría fuera del mismo a los eclesiásticos y ministros de culto.

³² E. CORTÉS BECHIARELLI, *op. cit.*, pp. 26-27.

³³ Trata este asunto con detalle ÁLVAREZ GARCÍA. El autor sostiene la efectiva vigencia y aplicación del CP de 1822 apoyándose en un documento de la época, concretamente la Real Cédula de 5 de febrero de 1824. Este documento declaraba la nulidad de todas las órdenes, decretos y reglamentos dictados durante el Trienio Liberal, declarando en su art. 7 nulas y sin ningún valor las actuaciones seguidas en los pleitos con base en el CP de 1822, siempre que se tratara de actuaciones contra eclesiásticos y militares. Para el citado autor, el motivo de la citada referencia al CP es que se aplicó de forma efectiva, pues no habría necesidad de aludir a las actuaciones realizadas bajo el CP de 1822 si éste no se hubiera aplicado. Véase J. ÁLVAREZ GARCÍA, «Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822», *CPC*, núm. 5, 1998, pp. 234-235. En cualquier caso el referido CP fue anulado por orden de Fernando VII en octubre de 1823.

Desde su anulación se volvió al sistema anterior, lo que supuso que, hasta la entrada en vigor del Código de 1848, la Novísima Recopilación fuera nuevamente aplicada, modificada en mayor o menor medida por la práctica o la arbitrariedad de los tribunales³⁴.

3.1.2. *El Código Penal de 1848 y su reforma de 1850*

La nueva situación política tras la muerte de Fernando VII se estabiliza cuando en 1844 acceden al poder los liberales moderados. De esta etapa datan el Código Penal de 1848 —inspirado en los *Estudios de Derecho penal* de Joaquín Francisco Pacheco, representante en España de la Escuela clásica— y su edición oficial reformada de 1850.

El Código Penal de 1848 recoge la figura del secreto profesional en el art. 276.2 del citado texto, ubicado en el Título VIII, rubricado «De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos», Capítulo IV, «Violación de secretos». El texto del citado precepto decía: «en estas mismas penas incurrirán los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelaren los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado». Las penas a las que el artículo hace referencia son las recogidas en el párrafo primero del mismo, que alude al descubrimiento de secretos de particulares por parte de los empleados públicos, sancionándolos con las penas de suspensión, arresto mayor y multa de 10 a 100 duros. Así las cosas, podemos afirmar que el Código equipara la conducta de los profesionales a la de los empleados públicos.

En lo que respecta a la descripción del sujeto activo, el precepto utiliza una fórmula general en la que únicamente hace mención de las profesiones que requieran título, renunciando a la previa ejemplificación de posibles sujetos activos realizada por el Código Penal de 1822. En este sentido, la exigencia de la concurrencia de título en el sujeto activo denota un tono más restrictivo en este Código Penal que en su precedente de 1822, que abarcaba con su regulación las revelaciones de secretos conocidos por razón de oficio o relación laboral, sin necesidad de que la profesión de que se tratara exigiera título. Es decir, en el Código Penal de 1822 obtenían cobertura general tanto las revelaciones del denominado secreto laboral como las del secreto profesional —al igual que en el vigente Código Penal

³⁴ E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Tomo I. Parte general*, vol. 1.º, Barcelona, 1980, p. 152.

de 1995— mientras que el posterior texto de 1848 dejaba el descubrimiento y revelación de la mayor parte de los secretos conocidos por razón de oficio o actividad laboral sin protección penal. Decimos la mayor parte porque este Código Penal sí regula la divulgación de secretos del principal por parte del administrador, dependiente o criado, así como el delito de apoderamiento y divulgación de papeles o cartas de un tercero y la revelación de secretos industriales³⁵.

Junto a esta regulación del secreto profesional, el Código Penal de 1848 recogía en su art. 266, como delito de prevaricación, la revelación dolosa de secretos profesionales por abogados y procuradores³⁶. El texto del citado artículo decía: «el abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente, o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con las penas de suspensión a la de inhabilitación perpetua especial, y multa de 50 a 500 duros». Analizando los dos preceptos conjuntamente pudiera interpretarse que la exigencia de dolo en la conducta de prevaricación del art. 266 implica que la acción típica de revelación de secretos del 276.2 ha de ser exclusivamente imprudente. Sin embargo, se ha sostenido que el hecho de que el art. 266 contemple un tipo doloso de revelación de secretos por abogado y procurador no implica que, de forma general, las infracciones del deber de secreto profesional contenidas en el art. 276.2 sean las cometidas exclusivamente mediante imprudencia o negligencia, afirmándose en este sentido que «el sujeto específico de la comisión dolosa, del cual podían ser autores abogados y procuradores, era ley especial respecto al art. 276, párrafo 2.º, precepto que, de forma generalizada, comprendía la hipótesis de violación de secretos profesionales y que con respecto a aquellos primeros admitía la subsunción de acciones culposas»³⁷.

Tras su promulgación, y como es sabido, el Código Penal de 1848 fue reformado por el Real Decreto de 30 de junio de 1850 con claros tintes

³⁵ Esta regulación se encuentra en el art. 413, dentro del Título VIII, «Delitos contra la libertad y seguridad»; Capítulo VII, «Descubrimiento y revelación de secretos». Es en este texto penal donde se utiliza por primera vez y se asienta la expresión «descubrimiento y revelación de secretos». Encontramos un capítulo con idéntico contenido y ubicación en el CP de 1850.

³⁶ También es éste el primer CP que trata separadamente el secreto profesional de abogado y procurador. Así, el delito de revelación de secretos por parte de los citados profesionales se considerará un delito de prevaricación y tendrá su ubicación entre los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos. Este modelo de regulación se ha mantenido hasta la entrada en vigor del CP de 1995, y supone una pauta tradicional en nuestro derecho, como ya hemos visto *supra* al tratar el secreto profesional en el derecho español antiguo.

³⁷ F. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 214.

autoritarios, si bien recogió la figura del secreto profesional y la de la prevaricación del abogado y procurador en los mismos términos que el Código Penal de 1848, concretamente en los arts. 284.2 y 273 respectivamente.

3.1.3. *El Código Penal de 1870*

Este Código Penal nació en un tiempo marcado por continuos cambios y conflictos políticos. De notable corte liberal, supuso un claro intento de armonizar la ley penal con la Constitución entonces vigente, y ha sido objeto de numerosas críticas, entre ellas, la del completo olvido de la figura del secreto profesional.

En efecto, la referencia a este texto penal en relación con el tema que nos ocupa ha de tener carácter negativo, máxime si se considera que, con la excepción del Código Penal de 1928, el secreto profesional no se volvería a proteger penalmente hasta el vigente Código Penal de 1995. A este respecto, podemos afirmar que el Código Penal de 1870 ha supuesto un precedente totalmente desafortunado en nuestra legislación penal, constituyendo la ausencia de regulación del secreto profesional una de las principales lagunas de aquella.

El texto penal mantiene la sanción de la violación de secretos por parte de los funcionarios públicos, así como la realizada por abogados y procuradores como un delito de prevaricación³⁸, y, de forma inexplicable, olvida la sanción penal de las conductas reveladoras del secreto profesional. Sobreviven, sin embargo, las mismas tres modalidades que recogía el texto penal anterior: el descubrimiento y revelación de papeles de otro previo apoderamiento de los mismos, la revelación del secreto del principal por parte de administrador, dependiente o criado, y el secreto industrial³⁹. Con ello quedaban penalmente desprotegidas, entre otras, las conductas reveladoras de secretos conocidos en el ejercicio de la profesión médica. Esta situación sólo puede ser calificada de grave, pues no podemos olvidar que el referido texto penal estuvo vigente en nuestro país cerca de sesenta años.

³⁸ Ambas conductas se recogen en el Título dedicado a los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos. El Capítulo I, bajo el nombre de «prevaricación», recoge en su art. 371 la conducta de revelación de secretos de abogado y procurador, cometida tanto con dolo como por negligencia. El Capítulo IV, titulado «De la violación de secretos», contiene en sus arts. 378 y 379 las conductas reveladoras de secretos cometidas por los funcionarios públicos.

³⁹ Estas figuras se regulaban en el capítulo dedicado al «Descubrimiento y revelación de secretos», concretamente en los arts. 512 a 514.

3.1.4. *El Código Penal de 1928 y la segunda entrada en vigor del Código Penal de 1870: el Código Penal de 1932*

El Código Penal de 1928, ya mencionado como único Código Penal posterior al de 1870 que recogía la figura del secreto profesional, se apartó de lo dispuesto por los Códigos Penales de 1848 y 1870 y tuvo un fuerte carácter conservador, propio del régimen establecido. Disponía este texto en su art. 683.2 —ubicado en el Título XIII, «De los delitos contra la libertad y seguridad individuales», Capítulo IV, «Descubrimiento y revelación de secretos»⁴⁰— que «el que divulgare los secretos de otro, cualquiera que sea la forma de haberlos llegado a conocer, incurrirá en la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 4.000 pesetas».

El Código contemplaba con una amplitud exagerada la conducta de divulgación de secretos, y, más que calificarse como un delito de revelación del secreto profesional, lo que estamos es ante un tipo abierto de indiscreción en el que cualquier persona, profesional o no, que revelara el secreto de otro podía ser considerada penalmente responsable de ello. En este sentido, el citado precepto obligaba a todo español que hubiera alcanzado la mayoría de edad penal a convertirse en un celoso guardián del sigilo ajeno, con independencia del ámbito en el que se hubieran revelado las confidencias, estableciendo, en consecuencia, un deber jurídico general de silenciar secretos sin establecimiento de límite alguno⁴¹. La única corrección a la amplitud del citado precepto venía del párrafo 4.º del mismo artículo, a tenor del cual: «los tribunales tendrán en cuenta, para la aplicación de la pena, la importancia y gravedad de los secretos divulgados».

No obstante, el párrafo 2.º del art. 684 establecía una sanción mayor —pena de tres meses a dos años de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas— para aquellos que divulgaran secretos que les hubieran sido confiados por razón de su profesión o empleo. Este artículo, sin embargo, parece innecesario para la protección del secreto profesional en el Código Penal de 1928, pues la referencia a «cualquiera que sea la forma de haberlos lle-

⁴⁰ En el mismo capítulo se contenían las ya tradicionales figuras del descubrimiento y divulgación de los papeles de otro previo apoderamiento de los mismos con esa finalidad, la revelación de los secretos del principal por su administrador, dependiente o criado, y el secreto industrial. Además, siguiendo una regulación ya tradicional, el CP recogía las conductas de revelación de secretos por parte de funcionarios públicos y la realizada por abogado y procurador como delito de prevaricación.

⁴¹ J. M. MARTÍNEZ-PEREDA, *op. cit.*, pp. 161-162.

gado a conocer» del art. 683.2, ya abarca la posibilidad de conocimiento del secreto por razón de la profesión. El art. 684.2 sería, en todo caso, un supuesto agravado del art. 683.2, respecto del que sería ley especial, y lo único que cambiaría sería la penalidad a aplicar, superior en este último supuesto⁴².

Este texto penal incluía de forma novedosa en su regulación una previsión relativa a la persecución de este tipo de delitos. Concretamente, el art. 686 disponía que: «los delitos comprendidos en este Capítulo sólo podrán ser perseguidos en virtud de querrela o denuncia del perjudicado o de sus sucesores o causahabientes», al igual que establece la regulación del vigente Código Penal de 1995⁴³.

En conclusión, aunque este Código Penal fuera el único que tuteló la figura del secreto profesional desde el Código Penal de 1870 y hasta el Código Penal vigente de 1995, lo hizo de forma totalmente criticable e imprecisa, no acertando en reconocer la verdadera esencia de la protección del secreto profesional. En efecto, la exigencia de la condición de confidente necesario en el profesional constituye una diferencia básica con respecto a todos los demás posibles confidentes de una información, justificándose así su protección penal —a diferencia de lo que ocurre con la mera indiscreción— y su mayor pena en comparación con otros tipos penales de revelación de secretos⁴⁴.

Con el advenimiento de la II República se derogó el Código Penal de 1928 y, hasta que la publicación de un nuevo texto penal tuviera lugar, volvió a entrar en vigor el Código Penal de 1870. Finalmente, con la intención de no prolongar tal proceso y dar una pronta respuesta a la realidad del país, se reformó en lo esencial el Código Penal de 1870, promulgándose el nuevo Código Penal el 5 de noviembre de 1932⁴⁵. En este sentido, podemos afirmar que dicho texto recuperó de forma sustancial lo recogido en el Código Penal de 1870⁴⁶.

⁴² Asimismo, en el caso de la revelación por parte de un profesional, la agravación de la sanción podría haberse conseguido conforme al art. 683.2 mediante la apreciación de alguna circunstancia de agravación, sin necesidad de crear un tipo específico para ello.

⁴³ El art. 201 del Código Penal dispone en su párrafo 1 que: «para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

⁴⁴ Como ocurre con los conocidos por el desempeño de un oficio o relación laboral.

⁴⁵ Con más detalle sobre el particular véase J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA *et al.*, *op. cit.*, pp. 969 y ss.

⁴⁶ Se regulará el descubrimiento y revelación de secretos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, la revelación de secretos por parte del abogado y procurador como

Desde la segunda entrada en vigor del Código Penal de 1870, y hasta el Código Penal vigente de 1995, la protección del secreto profesional carecerá de tutela penal⁴⁷. En este sentido, tan importante laguna de nuestra legislación penal se ha calificado de inexplicable por la mayoría de la doctrina, que ha considerado un retroceso dejar reducida la incriminación de las conductas de revelación de secretos profesionales a las profesiones de abogado y procurador, más aún como una forma de prevaricación. Siempre se ha hecho notar, asimismo, como este vacío es especialmente clamoroso respecto al secreto profesional médico.

3.1.5. *El Código Penal, texto refundido, de 1944, reformas ulteriores y Código Penal, texto refundido, de 1973*

Durante los primeros años de la Dictadura franquista, y en espera de la publicación de un nuevo Código Penal, se mantuvo vigente el Código Penal de 1932, si bien el nuevo gobierno fue dictando una serie de leyes penales especiales para ir adaptando el Derecho penal vigente a sus concepciones políticas⁴⁸. Esta legislación especial, cada vez más abundante, exigía, por lo menos, una refundición. Por Ley de 19 de julio de 1944 se autorizó al gobierno para publicar un nuevo Texto Refundido del Código Penal. En esta Ley, además de concretar determinadas modificaciones a introducir en el nuevo texto, se señalaban como reglas de actuación las siguientes: «en dicho texto se insertarán las disposiciones legislativas dictadas con posterioridad a 1870 y en las que concurran estas dos condiciones esenciales: primera, que hayan sido establecidas o expresamente aceptadas por el Nuevo Estado; y segundo, que puedan ser incorporadas al Texto Refundido sin alterar la unidad y armonía científica del citado Código»⁴⁹. El Texto Refundido de Código Penal se aprobó por Decreto de 23 de

delito de prevaricación y las figuras de descubrimiento y revelación de papeles previo apoderamiento de los mismos con tal finalidad, la revelación de los secretos del principal por parte de su administrador, dependiente o criado, y el secreto industrial.

⁴⁷ Siempre con la excepción de las profesiones de abogado y procurador, bajo la forma del delito de prevaricación.

⁴⁸ Dentro de esta legislación penal especial podemos citar, de forma ejemplificativa, la Ley de delitos monetarios de 24 de noviembre de 1938, la Ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, la Ley de represión de la masonería y el comunismo de 1 de marzo de 1940, o la Ley contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista de 24 de enero de 1941. Además, por Ley de 5 de julio de 1938 se restableció la pena de muerte para los delitos de parricidio, asesinato y robo con homicidio.

⁴⁹ J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA *et al.*, *op. cit.*, p. 1175.

diciembre de 1944, entrando en vigor el 3 de febrero de 1945. El Código Penal de 1944 procede, en esencia, del Código Penal de 1848.

La promulgación del texto refundido del Código Penal no produjo la cesación de esa actividad legislativa referenciada, de forma que se seguían publicando numerosas leyes penales especiales, no incorporadas al Código Penal. Así, «las transformaciones acaecidas en nuestro país desde que entró en vigor el Código Penal, texto refundido de 1944, exigían con urgencia numerosos retoques, la eliminación de algunos preceptos inútiles o inadecuados al tiempo presente, la introducción de otros nuevos y el perfeccionamiento técnico de no pocos, sin contar otras reformas largas de enumerar»⁵⁰. Esta situación culminó con la aprobación de la Ley 79/1961, de 23 de diciembre, que autorizaba al gobierno para llevar a cabo la revisión del Código Penal, estableciendo una serie de bases para ello, así como la necesidad de recoger todas las modificaciones introducidas desde la promulgación del texto de 1944. El texto elaborado fue sometido al dictamen del Consejo de Estado y publicado por Decreto de 24 de enero de 1963. Por último, y de conformidad con el Consejo de Estado, el 28 de marzo de 1963 se aprobó el texto revisado del Código Penal.

A la reforma de 1963 le siguen otras modificaciones, destacando la producida mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que respondía «a la necesidad de armonizar el Código Penal con otras leyes internas, con los tratados internacionales últimamente suscritos por España, a actualizar la legislación penal poniéndola de acuerdo con la realidad social y a razones de orden técnico»⁵¹. La Disposición final de la citada Ley establecía que «el gobierno, en el plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley [17 de diciembre de 1971], publicará un texto refundido del Código Penal».

El 14 de septiembre de 1973 se publicó el texto refundido del Código Penal, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Este texto penal supone el final de un largo proceso que comenzó con el Código Penal de 1848, continuó con las reformas de 1850 y 1870, siguió con la promulgación del Código de 1928, y tras las modificaciones de 1932, 1944, 1963 y 1971, llegó hasta nuestros días.

Con respecto a la regulación del secreto profesional en el Código Penal de 1944 y en sus modificaciones posteriores, no hubo reforma alguna que afectara a la regulación de dicha figura, la cual seguía tratándose conforme

⁵⁰ E. CUELLO CALÓN, *op. cit.*, p. 163.

⁵¹ *Ibid.*, p. 177.

a las directrices establecidas por el Código Penal de 1870. Idéntica regulación ofrecía, por tanto, el Código Penal de 1973. Por este motivo, basta con analizar la regulación contenida en el Código Penal de 1973 —en este sentido nada aporta, más que reiteración, el análisis de las dos disposiciones—. A mayor abundamiento, el Código Penal de 1973 es el inmediatamente anterior al texto penal vigente, por lo que procede estudiar con detalle la regulación relativa al secreto profesional contenida en sus disposiciones.

El Código Penal de 1973, siguiendo la tradición de los textos penales anteriores, únicamente regulaba la revelación de secreto profesional cometida por abogado y procurador. Y lo hacía en el Título VII del citado texto, rubricado «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», concretamente en su art. 360, entre los delitos de prevaricación, estando redactado el precepto en los mismos términos establecidos por el art. 371 del Código Penal de 1870. Igualmente, el referido Título VII regulaba en su Capítulo IV los delitos de los funcionarios públicos que descubrieren y revelaren los secretos a los que tuvieran acceso por razón de su cargo. En consecuencia podemos afirmar que ambos supuestos constituyen «las únicas hipótesis delictivas en las que el legislador decide sancionar los ataques a la esfera de secretos, perpetrados por el actor desde una posición de confianza, es decir, como depositario o custodio de los secretos»⁵².

Así pues, la revelación de secretos cometida por otros profesionales queda, una vez más, impune⁵³. Y resulta especialmente clamorosa esa impunidad cuando de la profesión médica se trata.

3.2. Reformas del texto refundido de 1973 y Proyectos y Anteproyectos de nuevo Código Penal

3.2.1. Críticas y reformas del Código Penal de 1973

El Código Penal de 1973 se vio también sometido a numerosas reformas, fruto del paso del régimen dictatorial al régimen monárquico —con

⁵² F. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 262. Sobre los citados artículos, *ibid.*, pp. 232 y ss.

⁵³ El CP de 1973 también regulaba en su Título XII, Capítulo VII, los ya tradicionales delitos de descubrimiento y revelación de secretos, que incluían las conductas de descubrimiento y revelación de los papeles de otro (art. 497), la revelación de los secretos del principal por el administrador, dependiente o criado (art. 488), y las conductas de descubrimiento de secretos industriales (art. 489). Sobre el particular véase F. MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 175 y ss., y D. M. LUZÓN PEÑA, «Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español», *PJ*, núm. especial, XIII, 1990, pp. 131 y ss.

la consiguiente reforma política que esto implicó—, así como a consecuencia de la aprobación de la Constitución española de 1978. Concretamente, el texto constitucional sentó las bases de un nuevo orden jurídico democrático y requirió la adaptación de la legislación penal a los nuevos valores. Hasta que tal adaptación se produjo de forma efectiva —lo que tuvo lugar con la aprobación del Código Penal vigente de 1995—, y con tal finalidad, se sucedieron en España numerosos intentos legislativos.

En relación con el secreto profesional, la doctrina sometió a crítica la regulación que del mismo ofrecía el Código Penal de 1973. En primer lugar, y respecto a las profesiones sí contenidas en el Código Penal, se achacaba a la norma penal el hecho de equiparar las profesiones de abogado y procurador con los funcionarios públicos sin más razón que la de la tradición, pues al margen de la misma no se encontraba razón alguna que avalara que la infidelidad de un abogado se calificase como prevaricación. Si esto fuera lógico, como señala Rigo Vallbona, no habría motivo para dejar de considerar prevaricaciones los delitos que cometieran en el ejercicio de su actividad los médicos, arquitectos y miembros de las demás profesiones liberales. Y ni siquiera podría justificar que la mencionada infidelidad se incluyera entre las prevaricaciones el hecho de que abogados y procuradores son en cierto modo auxiliares de la Justicia, pues el Código, además de no exigir que la revelación de secretos estuviera relacionada con dicha Administración, incluía todos los descubrimientos de secretos que se cometieran, tuvieran relación o no con la Justicia⁵⁴. Esta situación no sólo implicaba una total falta de correspondencia entre la rúbrica del Capítulo I del Título VII y el contenido del art. 360, sino que conducía a una ampliación extensiva del concepto normativo penal de funcionario público. Esta crítica respecto a la denominación y ubicación de las conductas de revelación de secretos por abogado y procurador suscitó la necesidad de separar esa acción de las conductas de prevaricación propias de los funcionarios públicos.

Asimismo se criticaba la dispersión que caracterizaba al Código Penal respecto a las conductas de descubrimiento y revelación de secretos conocidos en el ejercicio de oficio o profesión, siendo deseable la ubicación de todas ellas bajo un mismo Título. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la revelación de secretos por parte de abogado y procurador se regulaba en el marco de los delitos de los funcionarios públicos —donde también se incluía, claro está, la violación de secretos por parte de los funcionarios

⁵⁴ J. RIGO VALLBONA, *op. cit.* pp. 58-59.

públicos—, mientras que las conductas de revelación por parte de determinados particulares y el secreto industrial⁵⁵ se consideraban delitos contra la libertad y seguridad. Ninguna de estas ubicaciones era correcta. La aprobación de la Constitución española en 1978 y la proclamación del derecho a la intimidad personal y familiar como un derecho fundamental generaron la necesidad de tutelar penalmente la misma, incluyendo su protección la del deber de secreto profesional. La amenaza del derecho a la intimidad se veía además incrementada a medida que aumentarían los progresos científicos y tecnológicos, realidad para la que no estaba preparado el texto de 1973.

Y por último, la doctrina penal española coincidió de forma unánime en que una de las lagunas más importantes de nuestro Código Penal era la falta de protección genérica del secreto profesional, deficiencia que no tenía parangón en el derecho comparado y que resultaba regresiva con respecto a nuestra legislación histórica⁵⁶. Era lógico, no obstante, que durante el régimen dictatorial —así como durante los gobiernos de carácter conservador— existiera una regulación deficiente del secreto profesional y, por lo tanto, del bien jurídico intimidad protegido a través del mismo. En este sentido, la intimidad es una prerrogativa de marcado carácter individualista, por lo que encuentra su refrendo legal con el advenimiento de un régimen democrático en el que el desarrollo del individuo como ser libre constituye uno de los pilares del sistema. Por el contrario, en un régimen dictatorial los valores colectivos se anteponen a los individuales, por lo que no es de extrañar que la intimidad personal reciba nula o escasa protección, lo que puede explicar el vacío normativo que existió con respecto a la regulación penal del secreto profesional.

Un primer paso dirigido a solventar la insuficiente regulación penal en materia del derecho a la intimidad fue la reforma operada en el Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, que introdujo en nuestro orden penal la figura de la colocación ilegal de escuchas telefónicas⁵⁷. Sin embargo, esta reforma fue objeto de numerosas críticas atendien-

⁵⁵ Nos referimos a las tradicionales figuras de descubrimiento y revelación de los papeles de otro, la revelación de los secretos del principal por el administrador, dependiente o criado, y las conductas de descubrimiento de secretos industriales.

⁵⁶ A. JORGE BARREIRO, «Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de Derecho penal español», *Revista de Derecho público*, 1982, p. 252.

⁵⁷ La tipificación de la conducta tuvo lugar tanto respecto a particulares, con la introducción del art. 497 bis, como respecto a funcionarios públicos en el art. 192 bis. El primero se ubicaba entre los delitos de «Descubrimiento y revelación de secretos» y el segundo en los «Delitos cometidos por funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes».

do tanto a la insuficiencia de las conductas tipificadas como a la exigua eficacia intimidatoria de la penalidad prevista. Y a ello hay que añadir, además, la creciente aparición de mecanismos tecnológicos a través de los cuales podía llevarse a cabo la interceptación de las comunicaciones y cuya utilización no se hallaba prevista por el tipo. Con la finalidad de solventar las insuficiencias de esta reforma se promulgó la Ley Orgánica 18/1994, de 23 de diciembre⁵⁸, que incrementaba la penalidad y ampliaba el objeto material de la conducta refiriéndose a la interceptación de «telecomunicaciones», con lo que la protección penal ya no quedaba limitada a la telefonía convencional⁵⁹.

Estas reformas, nacidas con el propósito de tutelar la intimidad de forma cada vez más efectiva, siguieron las líneas apuntadas por los distintos proyectos y anteproyectos de Código Penal que desde 1980 y hasta la promulgación del Código Penal de 1995 se fueron sucediendo. De los distintos intentos de regular la intimidad y el secreto profesional en dichos textos nos ocuparemos a continuación.

3.2.2. *El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980*⁶⁰

Ante todo, el Proyecto de LO de Código Penal de 1980 merece ser elogiado, pues es el primero que, desde 1870 y salvando las disposiciones del Código Penal de 1928, cubre en nuestro país la laguna existente en la legislación penal respecto al secreto profesional.

El citado Proyecto recoge la figura del secreto profesional en su art. 196.3⁶¹, ubicado en el Título II, «Delitos contra la libertad y segu-

⁵⁸ C. CARMONA SALGADO, «La intimidad como bien jurídico protegido, a propósito de la reforma penal sobre secreto de las comunicaciones, de 23 de diciembre de 1994», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, vol. XVII, Madrid, 1996, pp. 269 y ss.

⁵⁹ Esta reforma también adicionó un nuevo párrafo a la regulación penal, concretamente el párrafo tercero del art. 497 bis, que tipifica la conducta de revelación sin necesidad de descubrimiento ilícito previo, siempre y cuando se tenga conocimiento del origen ilícito de la información. Analiza con detalle esta previsión E. CORTÉS BECHIARELLI, «Comentario al art. 497 bis, párrafo tercero, del Código Penal», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, vol. XVII, Madrid, 1996, pp. 355 y ss. El autor, si bien elogia la introducción del precepto por incrementar el número de conductas atentatorias contra la intimidad sancionadas penalmente, pone de manifiesto el amplio camino que aún quedaba por recorrer para que el derecho fundamental a la intimidad se viera suficientemente protegido.

⁶⁰ Cfr. M. BAJO FERNÁNDEZ, «El secreto profesional en el proyecto de Código Penal», *ADPCP*, t. XXXIII, fasc. III, Madrid, 1980, pp. 595 y ss., y D. M. LUZÓN PEÑA, «Protección penal de la intimidad y derecho a la información», *ADPCP*, 1988, pp. 42 y ss.

⁶¹ Los dos primeros párrafos de este artículo recogían los atentados a los secretos documentales y a la intimidad del sonido o de la imagen.

ridad», Capítulo VI, «Del descubrimiento y revelación de secretos y de los atentados a la intimidad personal y familiar»; y lo hace con el siguiente tenor «el profesional que revelare los secretos de un cliente, de los que tuviere conocimiento por razón de su profesión u oficio, será castigado con la pena de suspensión de dicha profesión de dos a cuatro años».

La primera cuestión que respecto a la regulación del secreto profesional en el citado Proyecto ha de ser objeto de crítica es su ubicación entre los delitos contra la libertad y seguridad, pues son otro tipo de conductas delictivas las que se proyectan sobre estos derechos.

En segundo término, el legislador utiliza un sistema de incriminación abierta, al referirse de forma exclusiva al «profesional», sin mención de requisito alguno ni lista ejemplificativa al respecto, lo que permite la inclusión en el marco del sujeto activo de cualquier persona en la que recaiga la cualidad de profesional, entre ellos, y sin duda alguna, el médico. Si nuestro ordenamiento jurídico ofreciera una definición legal del término «profesional», ello no plantearía, en principio, problema alguno. Sin embargo, no existe tal concepto normativo, lo que suscita problemas interpretativos, pues no es válido el recurso al significado gramatical del vocablo. Si la interpretación del término profesional fuera puramente gramatical, no sólo se incluiría a las personas que ejercen una profesión, sino también a aquellos que practican con habitualidad una actividad de la cual viven⁶², lo que otorgaría excesiva amplitud al precepto y haría que el secreto profesional perdiera su sentido⁶³. En consecuencia, quedaría a la hermenéutica doctrinal y jurisprudencial determinar qué se entiende por profesional a efectos penales.

Con respecto al sujeto pasivo, el art. 196.3 se refiere únicamente al «cliente», lo que también ha de ser cuestionado. El término cliente es generalmente utilizado en el marco de las relaciones profesionales con abogados o procuradores, pero no con médicos o sacerdotes. Además, y como veremos más adelante, la revelación de secretos por abogado y procurador se regulaba en otro precepto del Proyecto —constituyendo ley especial con respecto al 196.3—, con lo que ni siquiera el término cliente podía aplicarse en relación a estas profesiones. Asimismo, referirse únicamente al cliente abriría la posibilidad de excluir a los terceros como posibles sujetos pasivos del delito.

⁶² *DRAE*, acepción 3.^a del término.

⁶³ Como señala J. M. MARTÍNEZ-PEREDA (*op. cit.*, p. 164), desde este tipo de interpretación, tan profesional a efectos penales sería un médico como un mecánico fresador o un cantante de ópera.

El art. 197 recogía el denominado secreto laboral o doméstico, haciendo referencia a «el que, por razón del trabajo que presta a otra persona, supiere los secretos de este y los divulgare...». Esta conducta estaba sancionada con mayor pena que la revelación de secretos profesionales, para lo que no encontramos justificación teniendo en cuenta que la intensidad del deber de confidencialidad es mucho mayor en el ejercicio de determinadas profesiones. Además, nos parece confuso que el art. 196.3 haga referencia a los secretos conocidos por razón de profesión u «oficio», y seguidamente regule en el art. 197 el calificado como secreto laboral.

Merece ser también destacado que, a pesar de regularse de forma genérica el secreto profesional, se mantiene la conducta de revelación de secretos de abogado y procurador como una forma de prevaricación. La novedad al respecto reside en que la conducta se ubica en el marco de los «Delitos contra la Administración de Justicia». Por otra parte, la conducta se castiga con mayor pena que la revelación de secretos profesionales genérica. Esto supone, a nuestro juicio, una vulneración clara del principio de igualdad, pues no existe en principio motivo alguno para distinguir entre todos aquellos profesionales que pueden ser calificados de confidentes necesarios, como es el caso tanto del abogado como del médico. El deber de confidencialidad es tan intenso en unos como en otros y la vulneración del mismo ha de ser sancionada, para todos los profesionales, con idéntica penalidad.

3.2.3. *La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983*⁶⁴

Sobre la base del Proyecto de 1980, las enmiendas formuladas por los distintos grupos parlamentarios y las distintas aportaciones científicas sobre la reforma penal, se elaboró un texto articulado de Código Penal que dio lugar a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983. De entre las novedades de la Parte especial, interesa a nuestro estudio la introducción de un título dedicado de forma exclusiva a los deli-

⁶⁴ Cfr. D. M. LUZÓN PEÑA, «Protección penal de la intimidad y derecho a la información», pp. 46 y ss.; F. MORALES PRATS, «Privacy y reforma penal: la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal (1983)», *Documentación jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de Anteproyecto del Código Penal*, vol. I, 1983, y L. RODRÍGUEZ RAMOS, «La protección de la intimidad en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico núm. 6, Madrid, 1983, pp. 599 y ss.

tos contra la intimidad, pues es la primera vez que un texto penal en nuestro país contiene un título específico relativo a estos delitos. Era necesario a este respecto dotar de una tutela penal específica a un derecho fundamental de la importancia de la intimidad, así como reunir aquello que, versando sobre el mencionado derecho, se encontraba entonces disperso bajo diferentes rúbricas. Ello implicaba, asimismo, que la regulación de los delitos contra la intimidad se independizara de la relativa a los delitos contra el honor, distinción que nos parece del todo acertada, por tratarse de derechos fundamentales diversos⁶⁵.

La figura del secreto profesional se encontraba regulada en el art. 187.3 en los siguientes términos: «el profesional que revelase los secretos ajenos de los que tuviere conocimiento por razón de su profesión u oficio será castigado con la pena de arresto de 12 a 24 fines de semana, multa de 6 a 12 meses e inhabilitación para dicha profesión u oficio para tiempo de dos a cuatro años». Este precepto se ubicaba en el Título «Delitos contra la intimidad», en su Capítulo I, dedicado a los delitos contra la intimidad personal y familiar⁶⁶.

Dos son las diferencias que presentaba este texto con respecto al del Proyecto de 1980. La primera de ellas hacía alusión al sujeto pasivo, pues el Anteproyecto hablaba de los «secretos ajenos» y no de los «secretos de un cliente», solventándose así los problemas de interpretación que el término cliente podía suscitar —a los que ya hemos hecho referencia—, y contemplando a su vez la posibilidad de que los secretos fueran de un tercero. La segunda diferencia estribaba en la penalidad, que pasó de una pena de suspensión en el Proyecto de 1980, a tres penas cumulativas, concretamente arresto de fin de semana, multa e inhabilitación, lo que se traduce en una clara tendencia agravatoria. Este aumento de la penalidad debe ser relacionado con la pena que el Anteproyecto establecía para la figura de prevaricación de abogado y procurador, subsistente en el mismo. Esta pena es de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación de 2 a 6 años, lo que, como ya hemos apuntado, también ha de ser criticado, pues atenta contra el principio de igualdad y carece, además, de justificación alguna el hecho de que las conductas de revelación de secretos se castiguen con distinta penalidad en función del tipo de profesional que divulgue la materia reservada.

⁶⁵ Sobre el particular véase T. REQUEJO NAVEROS, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

⁶⁶ El Capítulo II contenía los delitos que atentaban contra la intimidad domiciliaria.

3.2.4. *El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992⁶⁷ y el Proyecto de Código Penal de 1994*

El Proyecto de 1992 reproducía la mayor parte del contenido de los dos intentos anteriores de 1980 y 1983 y, aunque hay algunas novedades, apenas mejoraba el Proyecto de 1980 con las modificaciones introducidas en la Propuesta de 1983.

El Proyecto de 1992 sancionaba la revelación del secreto profesional en el Título IX, «Delitos contra la intimidad y el domicilio», Capítulo I «De los delitos contra la intimidad personal y familiar»⁶⁸. Al igual que en el Anteproyecto de 1983, los delitos contra la intimidad se regulaban en un título independiente separados de los delitos contra el honor, escisión que ya ha sido mantenida hasta el vigente Código Penal.

Concretamente, el art. 195.2 del Proyecto de 1992 disponía que «el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgare los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años».

La principal novedad introducida por el presente Proyecto en la regulación del secreto profesional era la exigencia de que la divulgación del profesional tuviera lugar «con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva», elemento normativo del tipo que permitía delimitar con mayor precisión qué se entiende por profesional, es decir, quiénes pueden ser sujetos activos de este delito.

Asimismo, el Proyecto mantenía la necesidad de que los secretos fueran ajenos, hablando de «secretos de otra persona» en este caso, y confirmaba la tendencia agravatoria en la penalidad, pues volvía a sancionar la conducta típica con tres penas cumulativas, pero aumentando las penas de multa e inhabilitación y sustituyendo el arresto de fin de semana por prisión de seis meses a tres años.

⁶⁷ Cfr. C. CARMONA SALGADO, «Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen», *CPC*, núm. 56, pp. 405 y ss., y P. GÓMEZ PAVÓN, «La protección penal de la intimidad en el Código Penal y en el Anteproyecto de Código Penal de 1992», *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pp. 667 y ss.

⁶⁸ El Título constaba de otros dos Capítulos. El Capítulo II contenía los «Delitos contra el derecho a la propia imagen» y el Capítulo III se rubricaba «Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público».

El art. 195.1 del Proyecto sancionaba por su parte «al que revelare los secretos ajenos, de los que tuviere conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales», diferenciando, de este modo, el secreto profesional del secreto laboral. A esta distinción ayudaba, como ya hemos señalado, la referencia al «incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva» por parte del profesional. En lo que respecta a la acción típica hemos de hacer una precisión, pues mientras que el art. 195.1 se refería a «revelar», el 195.2 describía la conducta típica como «divulgar», distinción que desde ese momento se mantuvo, perdurando hasta la edición definitiva del Código Penal vigente de 1995 y que ha suscitado importantes problemas de interpretación⁶⁹.

En este Proyecto desapareció la prevaricación del abogado y procurador, por lo que la revelación de los secretos que sendos profesionales conocieran en el ejercicio de su actividad se regulaba, junto a las demás profesiones, en este art. 195.2. Esto unificaba la regulación del secreto profesional y ponía fin a la dispersión que caracterizaba a la tutela de la intimidad⁷⁰.

La regulación del secreto profesional realizada por el Anteproyecto de Código Penal de 1994 no difería en casi nada del Proyecto de 1992. La única modificación se apreciaba en lo que respecta a la penalidad, aumentando el tiempo de prisión hasta cuatro años. Por lo demás —tanto en literalidad como en ubicación—, el precepto contenido en el Anteproyecto de 1994 era idéntico al Proyecto de 1992. Es, por tanto, la regulación que del secreto profesional realizaba el Proyecto de 1992 la que constituye el precedente directo de la plasmada en el vigente Código Penal de 1995.

3.3. El nuevo Código Penal de 1995 y su regulación del secreto profesional

Por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se aprueba el nuevo Código Penal con una *vacatio legis* de seis meses. Con ello se culminan los trabajos que, desde el Proyecto de 1980, tenían como finalidad la adaptación de la legislación penal a los principios constitucionales.

El Código Penal de 1995 dedica su Título X a los «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domici-

⁶⁹ Cfr. T. REQUEJO NAVEROS, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

⁷⁰ E. CORTÉS BECHIARELLI (*El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal*, pp. 51 y ss.) se pronuncia en contra de esta unificación por entender que el secreto de abogado y procurador es diverso al que corresponde a otros profesionales.

lio». A su vez, el presente Título se divide en dos Capítulos. El primero de ellos, que abarca los arts. 197 a 201, versa sobre el descubrimiento y revelación de secretos; mientras que el segundo trata en los arts. 202 a 204 del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público⁷¹. A este respecto, de entre las novedades introducidas en la Parte especial, nos resulta de especial interés la amplia protección otorgada en los arts. 197 y siguientes a la intimidad, a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio.

La regulación que de estos delitos realiza el Código Penal vigente ha supuesto una importante reforma en relación con el texto penal de 1973. Y si bien muchos de sus aspectos han de ser objeto de crítica, la valoración global de la reforma ha de ser positiva, pues supone la superación de una regulación dispersa y obsoleta que en nada daba respuesta a las necesidades sociales emergentes⁷². El punto de partida de tan relevante modi-

⁷¹ Con anterioridad a la promulgación del nuevo CP, el allanamiento de morada se regulaba dentro del Título XII, «De los delitos contra la libertad y seguridad», en el Capítulo V, «Del allanamiento de morada», del CP 73. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos se ubicaban en el mismo Título, en el Capítulo VII. No se regulaban, por tanto, los delitos de descubrimiento y revelación de secretos junto a los de allanamiento de morada en un Título independiente, de la misma forma que ningún Título hacía referencia a la intimidad como bien jurídico autónomo. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos recogían las figuras de apoderamiento para descubrir, con la posibilidad de divulgar la información descubierta posteriormente; la interceptación y divulgación de las comunicaciones; la revelación de secretos por administrador, dependiente o criado, y la revelación de secretos industriales.

⁷² La doctrina es mayoritaria a este respecto. Así, J. C. CARBONELL MATEU y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC («Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en T. S. VIVES ANTÓN *et al.*, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2004, p. 285) consideran que «el nuevo Código Penal comporta una trascendental reforma en este ámbito, superando la anacrónica regulación anterior, totalmente desfasada en relación a los adelantos de la técnica, e introduce, por primera vez, una tutela global de la intimidad»; para A. JORGE BARREIRO [«Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) y A. JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 563] «el nuevo Título X viene a dotar de unidad a la tutela penal de la intimidad personal, adaptando su regulación a las exigencias constitucionales y a los avances de las nuevas tecnologías»; y en idéntico sentido se pronuncia F. MORALES PRATS [«Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2002, p. 324], quien afirma que «se ha logrado dotar al tratamiento penal de la tutela de la intimidad de una unidad y coherencia sistemática de la que carecía el anterior Código Penal...», incidiendo en la ausencia en el CP anterior de una figura que incriminara la revelación de secretos profesionales. También L. RODRÍGUEZ RAMOS («Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1998, p. 228) considera que estos delitos suponen «una notable ampliación, actualización y mejora sistemática respecto de las previsiones del Código derogado», y C. ROMEO CASABONA (*Los delitos de*

ficación se encuentra en nuestra Constitución, cuyo art. 18 reconoce el derecho fundamental a la intimidad con carácter amplio, esto es, abarcando diversas manifestaciones del mismo, desde el secreto de las comunicaciones al uso de la informática⁷³. De este modo era necesario regular en el ámbito jurídico-penal los ataques más graves al derecho a la intimidad en cualquiera de sus manifestaciones, de forma que ningún atentado contra el mencionado derecho fundamental quedase impune⁷⁴. A este respecto cabe destacar la flexibilidad con que el nuevo Código Penal formula los distintos tipos, de manera que puedan ser subsumidos en los mismos los ataques a la intimidad que una tecnología en constante evolución puede provocar, evitando con ello que la regulación vigente quede obsoleta.

La primera novedad destacable es que el Código Penal de 1995 regula de forma global las conductas atentatorias contra la intimidad personal y familiar, dotando de unidad y coherencia a la tutela penal del mencionado derecho fundamental⁷⁵. El denominador común a los distintos tipos delictivos abarcados por el presente Título es la afectación de la intimidad personal y familiar⁷⁶. La rúbrica del Título X ha sido objeto de crítica por un

descubrimiento y revelación de secretos, Valencia, 2004, p. 25) considera que «como valoración inicial del conjunto debe destacarse la notable mejoría introducida en el Capítulo I respecto a la protección de la intimidad, del secreto y de los datos personales en comparación con la regulación anterior (CP 73)», destacando que dicha regulación requería una importante actualización y revisión con la finalidad de alcanzar diversos objetivos, entre ellos el de la protección del secreto profesional.

⁷³ El art. 18 de la CE recoge en su párrafo 1 el derecho a la intimidad personal y familiar, así como a la propia imagen; dedica el párrafo 2 a garantizar la inviolabilidad del domicilio; en el párrafo 3 reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones y, por último, en su apartado 4 establece la necesidad de limitar el uso de la informática en orden a preservar la intimidad personal y familiar, configurando el denominado derecho a la protección de datos o libertad informática.

⁷⁴ Además de adaptarse a los postulados constitucionales, esta reforma supone también la adecuación de nuestra legislación penal a otras normas que desde la CE y hasta la promulgación del nuevo CP se habían venido publicando en aras a proteger la intimidad y adaptar la normativa existente a las nuevas necesidades sociales. Así ocurre con la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y con la legislación sobre protección de datos.

⁷⁵ Ya se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo cómo los delitos actualmente regulados en el Capítulo X del CP de 1995 se encontraban dispersos en distintos preceptos en el CP de 1973.

⁷⁶ El CP de 1995 recoge a lo largo de su articulado otras conductas atentatorias contra el derecho a la intimidad, pero no en su dimensión de intimidad personal y familiar. En primer lugar, en el marco de los delitos de traición y contra la defensa nacional, se recogen conductas delictivas relativas a secretos ajenos a la intimidad de las personas o entidades no públicas, como ocurre en el art. 583.3, relativo al suministro de planos, documentos o noticias; en el art. 584, referido al uso y revelación de información clasificada como reservada o secreta; o en los arts 598 a 602, dedicados al descubrimiento y revelación de secretos e infor-

sector doctrinal, que reprocha al legislador el hecho de incluir la mención a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, por cuanto ambos derechos se configuran como manifestaciones concretas del derecho a la intimidad y no como bienes jurídicos con autonomía propia. Así lo entiende Morales Prats, quien afirma que la referencia a la propia imagen es innecesaria, por cuanto se trata exclusivamente de tutelar penalmente los supuestos de control visual clandestino⁷⁷. Similares razones se argumentan en contra de la inclusión de la inviolabilidad del domicilio⁷⁸. De la misma forma que el legislador no ha necesitado referirse en la rúbrica a otras facetas de la intimidad también tuteladas en este Título, como pueden ser el secreto de las comunicaciones o la protección de datos, no hay razón para mencionar la propia imagen o la inviolabilidad del domicilio⁷⁹. El rótulo más adecuado para el Título que nos ocupa sería, por tanto, el de «Delitos contra la intimidad personal y familiar», pues la mención a la intimidad abarca todas las demás manifestaciones de la misma.

No obstante, si bien la regulación referida resulta muy novedosa desde la perspectiva del Código Penal de 1973 al que vino a sustituir, no lo fue tanto con respecto al Proyecto de 1994 que le precedía. Así, si bien se mantiene la tipificación de los delitos contra la intimidad y familiar en un mismo título, y además separado de los atentados contra el honor, cambia la rúbrica tanto del Título como del Capítulo en que se insertan. Con respecto al Título, la referencia al domicilio se cambia por la expresión de inviolabilidad del domicilio, que desde luego expresa mejor qué tipo

maciones sobre la defensa nacional. En segundo término, los arts. 277 a 280 —revelación de secretos industriales y empresariales— y 285 —uso de información privilegiada— contienen una serie de hechos delictivos que podríamos calificar como delitos «contra la intimidad de las empresas», con una importante vertiente socioeconómica. Por último, el vigente CP también regula en el ámbito de los delitos contra la Constitución —arts. 534 y siguientes sobre la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad— y en el marco de los delitos contra la Administración Pública —arts. 415 y siguientes relativos a la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos— el quebrantamiento de secreto por funcionarios públicos. Lo mismo ocurre en los delitos contra la Administración de Justicia en el art. 466 relativo al secreto de sumario.

⁷⁷ F. MORALES PRATS, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», *op. cit.*, pp. 324-325.

⁷⁸ Ello porque en el delito de allanamiento de morada el bien jurídico protegido es la intimidad domiciliaria. En este sentido F. MORALES PRATS («Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», *op. cit.*, pp. 324-325) entiende que si bien sí es correcto dedicar un Capítulo propio al allanamiento de morada con base en la raigambre de esta figura delictiva y a la clara acotación de esta manifestación del bien jurídico intimidad, no es necesario referirse a la inviolabilidad del domicilio en la rúbrica del Título X, pues no se configura como un bien jurídico independiente respecto a la intimidad.

⁷⁹ *Ibid.* En el mismo sentido, C. ROMEO CASABONA, *op. cit.*, p. 26.

de conductas realizadas sobre el domicilio de un individuo se encuentran tuteladas por aquél, pues no todo ataque a un domicilio —por ejemplo, el que pudiera conformar un delito de daños— lesiona la intimidad domiciliaria. No obstante, como ya hemos referido *supra*, ni la rúbrica utilizada en el Proyecto de 1994 ni la actual nos parecen adecuadas, por cuanto no es necesaria la mención ni al domicilio, ni a la inviolabilidad domiciliaria, ni mucho menos a la propia imagen. Y en cuanto al Capítulo, la regulación vigente se decanta por la rúbrica «Del descubrimiento y revelación de secretos» en lugar de la utilizada en el Proyecto de 1994, «De los delitos contra la intimidad personal y familiar», que, como ya hemos dicho, debería ser en todo caso la rúbrica del Título, no la de uno de los Capítulos que lo integran⁸⁰.

Por otra parte, desde una perspectiva más particular y centrada en lo que ha conformado el objeto del presente trabajo, hemos de hacer mención a la novedad que consideramos más destacable y elogiable, como es la tipificación del delito de revelación de secretos profesionales en el art. 199.2 del Código Penal, salvándose con ello una laguna histórica de la que adolecía nuestro ordenamiento jurídico y cuya solución la doctrina llevaba largo tiempo reclamando⁸¹.

Así, el art. 199.2 del vigente Código Penal⁸² dispone que «el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años». Permite la redacción del tipo la inclusión sin ningún género de duda del profesional de la medicina como uno de los posibles sujetos activos del mismo, poniendo así fin al vacío legal que existía al respecto. En cuanto a las novedades respecto a la tipificación del delito propuesta por el Proyecto de 1994, tan sólo cabe destacar la confirmación de la tendencia agravatoria de la penalidad que se

⁸⁰ C. ROMEO CASABONA, *op. cit.*, p. 26, critica la rúbrica del Capítulo —descubrimiento y revelación de secretos— por entender que no se corresponde de forma fiel con su contenido, pues los tipos descritos en el mismo no siempre protegen secretos, como ocurre en el caso de los datos personales, que no tienen por qué tener dicha condición.

⁸¹ A. JORGE BARREIRO, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», *op. cit.*, p. 579; F. MORALES PRATS, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», *op. cit.*, p. 356.

⁸² El nuevo Código Penal no sólo hace referencia al secreto profesional en sentido estricto, sino que también recoge en el párrafo 1 del mismo art. 199 el denominado secreto laboral en los siguientes términos: «el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses».

venía manteniendo desde 1980 y que eleva el límite máximo de la pena de prisión en un año, ascendiendo, por lo tanto, hasta cuatro. El resto de los elementos del tipo, e incluso la previsión de la revelación de secretos laborales, actualmente en el art. 199.1, son idénticos a los del art. 195 del Proyecto de 1994, a cuyo análisis nos remitimos.

Así pues, el Código Penal de 1995 vino a colmar correctamente la laguna que había sido denunciada durante largo tiempo por la doctrina, consistente en la falta de incriminación penal general de la revelación de secretos profesionales, y, en concreto, la ausencia de toda referencia a la figura del facultativo. En conclusión, se trata de un delito de novedosa inclusión en nuestro texto penal que, tras muchos años de vacío, permite sancionar a aquellos profesionales de la medicina que incumplan su obligación de sigilo o reserva quebrantando la confianza en ellos depositada por el paciente.