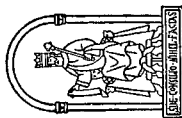


MIGUEL BAJO FERNANDEZ

El secreto profesional en el proyecto
de Código penal



INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES
MADRID 1980

Precio 50 pesetas

Depósito Legal. M. Sep. 126.—1958

El secreto profesional en el proyecto de Código penal*

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

SUMARIO: I. Delimitación del tema.—II. Sentido del precepto como criterio delimitador del concepto de profesional: 1. Motivación político-criminal del precepto. 2. Bien jurídico protegido.—III. Concepto de profesión..

I. Delimitación del tema.

El Código penal vigente no castiga la revelación del secreto profesional como delito específico. La revelación que el profesional realice de los secretos de su cliente, sólo resulta punible en los supuestos de prevaricación de abogado o procurador de los artículos 360 y 361 o si la conducta fuese cometida mediante alguna de las modalidades descritas en el artículo 497 (apoderamiento de papeles o cartas) (1). Dado que el profesional no puede ser considerado «administrador, dependiente o criado» de su cliente, como exige el artículo 498 para ser sujeto activo de la revelación de secretos, hay que reconocer la existencia de una laguna en nuestro Código penal vigente, laguna que ha sido denunciada por la doctrina en lo que respecta, principalmente, al secreto médico (2).

* Este trabajo es parte de otro más amplio realizado con ayuda del Fondo para la Investigación Económica y Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

(1) El Código penal vigente se refiere expresamente a los siguientes supuestos de secreto: traición en el artículo 122.6; prevaricación de Abogado y Procurador en el artículo 360; violación de secretos por parte del funcionario en los artículos 367 y 368; y las normas generales para particulares de los artículos 497, 498 y 499.

El Proyecto de Código penal de 1980 castiga como traición la revelación de secretos políticos o militares en el artículo 636; como prevaricación la revelación del Abogado o Procurador de los secretos del cliente en el artículo 504; la violación de secretos por parte del funcionario en los artículos 466 a 470; y la revelación de secretos por parte de los particulares en los artículos 196 a 199.

(2) Vid. DÍAZ PALOS, *El secreto médico*, en *Revista internacional de Derecho comparado*, 1958; DEL TORO MARZAL, *Estudio penal sobre el secreto médico*, en *ANUARIO DE DERECHO PENAL*, 1961; ALAMILLO, *El secreto médico profesional*, en *ANUARIO DE DERECHO PENAL*, 1950.

Hay que tener en cuenta que el castigo de la revelación del secreto profesional es común en el Derecho continental europeo (3).

Esta laguna se padece en nuestra legislación penal desde que, inexplicablemente, el Código penal de 1870 excluyera de su ámbito el delito de revelación de secretos profesionales que, sin embargo, se recogía en los Códigos de 1822 y 1848 (4).

El Proyecto de Ley de Código penal de 1980 recoge la tradición truncada en 1870 creando el delito de revelación de secretos por parte del profesional en el último párrafo del artículo 196 cuyo tenor es el siguiente: «El profesional que revelare los secretos de su cliente, de los que tuviere conocimiento por razón de su profesión u oficio, será castigado con la pena de suspensión de dicha profesión u oficio por tiempo de dos a cuatro años».

No peco de agorero si afirmo que este precepto va a plantear problemas político-criminales de envergadura sobre los que carecemos de tradición doctrinal y jurisprudencial. Uno de los problemas más complejos es el que se refiere al propio sujeto activo del delito. Determinar qué sujetos quedan sometidos al deber penal de sigilo no es sólo una cuestión de interpretación legal, como lo prueba el hecho de que trascienda a la opinión pública, y se discute con argumentaciones éticas, sociológicas o deontológicas, si determinados profesionales (por ejemplo, los periodistas) quedan o no sujetos a dicho deber. La labor del investigador es sentar las bases para una adecuada interpretación del futuro precepto y que sirvan para corregir falsos entendimientos como la extendida opinión, sin duda errónea, de que el profesional sometido al deber jurídico penal de secreto recibe, a cambio, ciertas prerrogativas, como que- dar dispensado de denunciar o declarar testificadamente ante los Tribunales de Justicia o de revelar ante la Hacienda pública (5).

Este trabajo sólo quiere ser una aproximación al delito de revelación de secretos profesionales cuya bibliografía es copiosísima, tratándose de proporcionar un concepto técnico de profesional o de profesión a los exclusivos efectos de este precepto. El contenido

(3) Así en los Códigos penales francés, artículo 378; alemán, artículo 300; italiano, artículo 622; suizo, artículo 321; belga, artículo 458; holandes, artículo 272; etc... No es punible en Inglaterra, Grecia y Noruega, según CHAVANNE, pág. 4, notas 9 y 10.

(4) El artículo 424 del Código penal de 1822 disponía: «Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas o cualquiera otros, que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su oficio, 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».

El artículo 276, párrafo segundo del Código penal de 1848 establecía: «En estas mismas penas (s. c. suspensión, arresto mayor y multa de diez a cien duros) incurrirán los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelaren los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado».

(5) Sobre los límites del secreto profesional, referido principalmente al secreto bancario, vid. mi trabajo al respecto en *Papeles de Economía Española*, núm. 4, en prensa.

específico de este trabajo lo constituye, así pues, el concepto de profesión o de profesional, si bien haremos un estudio a fondo del bien jurídico protegido en el precepto como medio interpretativo.

II. Sentido del precepto como criterio delimitador del concepto de profesional.

El artículo 196 del Proyecto de Código penal al recoger el delito de revelación de secretos profesionales se ha separado de sistemas como el alemán que en su artículo 300 limita de alguna forma el número de profesiones a que se refiere el delito, sistema que ya había sido utilizado por el Código penal español de 1822 cuyo artículo 424 se refería a los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas y otros (6). El artículo 196 ha escogido una fórmula totalmente abierta, al estilo del Código penal de 1848 (7), con la diferencia respecto de Códigos europeos de no enumerar profesión alguna a título de ejemplo como la de médico, abogado, etc.

A pesar de que el concepto de profesional tiene una plural trascendencia jurídica (fiscal, administrativa, procesal, penal, etc.), no existe en nuestro Ordenamiento jurídico una definición legal de profesional. «En la legislación española, no sólo en la fiscal, sino también en la administrativa, el término profesional se da por sabido, y únicamente abordando estatuto por estatuto podrían sintetizarse, en un alarde de dedicación y generosidad, las características delimitadoras del término» (8).

Una interpretación gramatical daría una amplitud excesiva al concepto tanto a efectos penales, como fiscales, administrativos o procesales. En efecto, el Diccionario de la Lengua española entien- de por profesional la persona «perteneciente a la profesión o ma- gisterio de ciencias y artes», siendo la 2.ª acepción del término «profesión» la de «empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente». Por otra parte «profesar» es «ejercer una ciencia, arte, oficio, etc.». Atendiendo al Diccionario —se dijo— «tan profesional es un médico como un mecánico fresador o un can- tante de ópera» (9).

No cabe la menor duda sobre la necesidad de someter a una restricción esta interpretación gramatical. Conviene advertir que tal restricción ha de tener distinto carácter según tratemos del problema de los impuestos, de la regulación de los Colegios pro- fesionales, del secreto profesional o de la dispensa para declarar como testigos, lo que necesariamente debe conducir a un con-

(6) Vid. texto legal en nota 4.

(7) Vid. texto legal en nota 4.

(8) J. R. DOMÍNGUEZ RODRÍGO, J. A. ANTON PÉREZ, *El concepto fiscal de profesional, en Régimen tributario de las rentas de trabajo, Instituto de Es- tudios fiscales*, 1976, pág. 67.

(9) J. R. DOMÍNGUEZ RODRÍGO, J. A. ANTON PÉREZ, pág. 70. Téngase en cuen- ta que ambos autores ven la cuestión desde el punto de vista fiscal.

Miguel Bajo Fernández

cepto de profesional distinto según se trate del Derecho fiscal, administrativo, penal o procesal.

Por lo que respecta al secreto profesional a efectos penales se ha insistido en la necesidad de limitar el alcance que se dé a esta obligación de sigilo. La extensión de la obligación penal de secreto a toda actividad acaba ridiculizando el secreto profesional y le hace perder por completo su significado.

La restricción ha de hacerse con el criterio que proporciona el sentido del precepto penal de que tratamos: el artículo 196 del Proyecto de Código penal. De ahí que dediquemos las próximas páginas a desentrañar el sentido político-criminal del precepto y conocer el bien jurídico que se trata de proteger para luego enfrentarnos con el concepto de profesional a estos efectos.

1. Motivación político-criminal del precepto

La obligación de guardar secreto impuesto, moral o jurídicamente, a quien realiza ciertas actividades tiene un fundamento variado. El sigilo a que obliga la función sacerdotal se basa en la libertad de conciencia: el del abogado en la necesidad de la defensa, el del médico, en la salud pública, etc.... (10).

Pero el motivo común a todas las profesiones que explica el delito de revelación del secreto profesional se puede concretar en las siguientes consideraciones. De un lado, la defensa de la intimidad como derecho de la personalidad que constituye el bien jurídico protegido en el artículo 196 del proyecto. Dado que en la base de toda relación profesional se produce un depósito de confianza por parte del cliente que da lugar a desvelar aspectos de la vida privada, la obligación de mantener sigilo no es más que la lógica consecuencia de la defensa de la esfera de la intimidad.

En segundo lugar, motivo de esta obligación de discreción penalmente tutelado es la necesidad a que cada uno se ve sometido de recurrir a los servicios profesionales. Esto ocurre, como dice Manzini, cuando el sujeto no puede obtener el servicio por sí mismo por carencia de conocimientos técnicos, peligrosidad del servicio, imposibilidad natural, prohibición jurídica de proveerse por sí mismo, necesidad de someterse a determinados controles, deberes del culto religioso, etc. (11).

En tercer lugar, motiva la obligación de mantener secreto el interés público que, en ciertas profesiones como la del médico, abogado, sacerdote se acentúa por la alta misión moral encomendada que ha hecho apreciar el secreto no ya sólo como una carga,

(10) A. CHAVANNE, *La violation du secret professionnel*, voz de *Juris-Clas-seur pénal*, 6, 1957, pág. 4, ap. 16.

(11) V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 4.ª ed., por Nuvo-lone-Pisapia, VIII, *Delitti contro le persone*, Torino, 1964, pág. 957.

sino como un verdadero título de nobleza que explica la reivindicación del secreto por los profesionales más variados como vanagloria y autoestima (12). En este sentido cita Chavanne (13) la pretensión de los veterinarios de someterse al secreto profesional y rechazar la obligación de testificar en juicios. Por lo que respecta al secreto bancario se habla de «el interés de un correcto funcionamiento del sistema bancario, presupuesto elemental y condicionante de la organización económica» (14). Este interés público suele hacerse patente en las reglamentaciones oficiales de la profesión.

En cuarto lugar, y por último, hay que citar como motivo de la obligación jurídica de sigilo el interés del propio profesional en mantener la confianza del cliente en el sentido de que su secreto no va a ser revelado. No hay que olvidar que si en la práctica los profesionales no revelan los secretos de su cliente, no lo es tanto por el efecto intimidatorio de la pena como por el interés de conservar la confianza del cliente. Prueba de ello es que en nuestro país no es punible la revelación de secreto profesional o, al menos, no lo es mientras no se apruebe el Proyecto de Código penal, y, pese a ello, no podrá decirse que el médico o el abogado se comportan de forma distinta a como lo hacen en otros países donde rige el delito de revelación de secreto profesional.

2. Bien jurídico protegido

1. El secreto cobra relevancia jurídica penal en la medida en que su descubrimiento afecta a un interés que el Derecho protege. Este interés puede ser la seguridad del Estado, intereses públicos de la Administración, intereses comerciales o industriales, o la esfera de intimidad del sujeto. El delito de revelación de secretos profesionales recogido en el último párrafo del artículo 196 del Proyecto de Código penal protege la esfera de intimidad personal. Por esfera íntima ha de entenderse ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad (15). Se trata de un ámbito personal reservado a la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde enraiza la personalidad. Una mayor concreción de esta zona personal no es posible. «Los límites de esta reserva se fijan

(12) F. WAREMBOURG-AUQUE, *Réflexions sur le secret professionnel*, en *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 1978, pág. 238.

(13) CHAVANNE, cit., pág. 8, ap. 62.

(14) R. JIMÉNEZ DE PARGA, *El secreto bancario en el Derecho español*, en *Revista de Derecho mercantil*, número 113, 1969, pág. 403.

(15) En sentido similar, *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung* (Bonn, 1962), pág. 236.

por la apreciación social» (16) que tendrá que tener en cuenta el juez a la hora de aplicar la norma.

Particular importancia tiene, a efectos de admitir ciertas profesiones como la de banquero, determinar si la intimidad como bien jurídico protegido incluye también los aspectos económicos. Ciertamente, el secreto bancario trasciende de lo puramente económico para entrar en aspectos altamente personales del cliente, pero qué duda cabe que los aspectos económicos del cliente cobran especial importancia en el secreto bancario. Pues bien, la doctrina no encuentra reparo alguno en incluir estos aspectos patrimoniales como parte de la esfera de intimidad personal. Así, nuestros comentaristas decimonónicos escribían que «descubrir los secretos de uno es amenguar su individualidad, es atentar contra su honor, contra su *propiedad*» (17) o, refiriéndose al actual artículo 498 del Código penal vigente, que «los secretos de que se trata con todos aquellos que pueden perjudicar el buen nombre y la *fortuna* del principal» (18). Habida cuenta de la confusión que en aquella época existía entre «secreto» e «intimidad», parece que la doctrina incluía en la esfera de intimidad también los aspectos patrimoniales o económicos del individuo.

Pero, incluso en la actualidad, la doctrina mantiene esta misma tesis. Batlle, por ejemplo, entiende que «debido a los cambios de la estructura económica, se ha producido una *personalización del patrimonio*» (19). Y Cazorla Prieto, que parece mantener una postura antiliberal, al menos, en el tema de secreto bancario, sostiene que «el secreto bancario deja de teñirse ya exclusivamente de interés cercano al beneficio bancario, para emparentarse así con la defensa de lo íntimo, aunque sea económico, del ciudadano» (20). Sin embargo, hay que reconocer que la moderna doctrina italiana no incluye este aspecto patrimonial en el derecho a la intimidad (*riservatezza*) que garantiza la Constitución italiana (21), al igual que lo hace el artículo 18 de nuestra Constitución.

El motivo por el que el legislador convierte en bien jurídico la esfera de intimidad es doble. De un lado, porque el reconocimiento de un ámbito personal libre e ingerencias extrañas don- de encuentra sus raíces la personalidad, protegido frente a la

(16) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, I, Barcelona 1974, página 116.

(17) VIZMANOS-ALVAREZ, *Comentarios al Código penal*, II, Madrid, 1848, página 452.

(18) VILADA, *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890, pág. 337.

(19) G. BATLLE, *El secreto de los libros de contabilidad y el secreto bancario*. *Dos manifestaciones del derecho a la intimidad privada*, separata de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio, 1975, pág. 33.

(20) CAZORLA PRIETO, *El secreto bancario*, *Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, 1978, pág. 90.

(21) Cfr. MAZZACUVA, *L'obbligo al segreto bancario e la sua rilevanza in sede penale*, en *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1975, pág. 151.

comunidad y el Estado, es esencial a una democracia libre (22) y es una de las necesidades más vitales de la libertad individual (S. 8 marzo 1974). De otro lado, porque es un modo de proteger, de manera mediata o indirecta, otros intereses entre los que se suele enumerar el honor, la fama y la propiedad (23).

Ahora bien, ello no quiere decir que la lesión del bien jurídico en los preceptos que nos ocupan, dependa de la real lesión del honor, la concepción pública o la propiedad del sujeto. Observa en este sentido Binding que se trata de delitos de lesión (para él, lesión de la voluntad, para nosotros lesión de la esfera de intimidad) con una suma alternativa de posibles resultados (24). Hay lesión del bien jurídico en cuanto la intimidad resulta afectada por la amplitud de conocimiento a otras personas; publicidad de la intimidad que puede frustrar esperanzas, deseos o proyectos (25).

El derecho a la intimidad personal y familiar se recoge como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución, al lado de los derechos al honor y la propia imagen. Este derecho a la intimidad se protege a través de diversas normas jurídicas. Este es el sentido del carácter secreto que se otorga a los protocolos notariales por el artículo 174 del Reglamento notarial de 2 de junio 1944 y artículos 18 y 32 de la Ley de Notariado de 28 mayo 1962; o el carácter de secreto que la Orden de 17 enero 1951 otorga a los datos de agencias de investigación. En el Código penal vigente la esfera de intimidad queda protegida en el número 2 del artículo 566 referido a «los hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos, pueden producir perjuicios, o graves disgustos, en la familia a que la noticia se refiera». En la misma línea el derogado artículo 2 de la Ley de Prensa e Imprenta limita la libertad de expresión a la salvaguarda de la intimidad personal o familiar, o el artículo 192 del Código penal vigente que protege la inviolabilidad de la correspondencia. La defensa de la intimidad a través del castigo de los comportamientos consistentes en descubrir los secretos de otro, se recoge en los artículos 497 y 498 del Código penal vigente y en los artículos 196 y 197 del Proyecto de Código penal.

La intimidad se protege, pues, también castigando las revelaciones de secretos. Pero, tanto el Código penal vigente como el Proyecto responden al carácter fragmentario del Derecho penal, ya que no se castiga toda revelación de secretos sino sólo aque-

(22) *Entwurf* 1962, pág. 326.

(23) En ello insisten varios autores. Por ejemplo, G. SCHMIDT, *Zur Problematik des Indiscretionsdelikt*, en *ZStW*, 79, entiende que los delitos protectores del secreto, sobre todo en el Proyecto alemán de 1962 se explican, en parte, por la insuficiente defensa del honor en el delito de injurias sobre todo en Derecho alemán en virtud de la amplitud de efectos concedida a la prueba de la verdad.

(24) BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, I, (Reimpresión de la 2.ª ed., Leipzig, 1902), 1969, pág. 127.

(25) G. SCHMIDT, cit., pág. 772.

llas que revistan una singular importancia por su disvalor de acción: en el artículo 497 del Código penal vigente y en el primer párrafo del artículo 196 del Proyecto se destaca el apoderamiento de papeles o cartas, y en el artículo 498 del Código vigente y en el artículo 197 del Proyecto, la violación del deber de lealtad.

Las lagunas que, en este sentido, se habían detectado en el Código vigente, son subsanadas en el Proyecto al añadir, como modalidades de comportamiento relevante, el uso de instrumentos o artificios técnicos de escucha o grabación del sonido o de la imagen, y el incumplimiento de la relación de confianza entre el profesional y su cliente.

2. Algún autor ha entendido que el objeto que persigue la norma que castiga la revelación de los secretos profesionales, no atiende exclusivamente al interés del cliente (de su intimidad, diríamos nosotros), sino también al interés de la propia profesión asegurando el funcionamiento de ciertas profesiones necesarias para la vida social (26).

Conviene advertir, sin embargo, que esta observación no convierte el interés de la propia profesión en bien jurídico protegido en el delito de revelación de secretos profesionales. Es necesario tener en cuenta que una cosa es el bien jurídico y otra los motivos por los que la norma castiga un determinado comportamiento. Ya hemos puesto de relieve más arriba que uno de los motivos de la protección penal es el interés social en preservar la alta misión moral de ciertas profesiones y, por tanto, la confianza que el público tiene en el cumplimiento de sus deberes de sigilo y discreción. Pero esto no permite convertir tal interés social en bien jurídico protegido.

Un sector de la doctrina francesa llega al extremo de no hacer referencia a la intimidad como fin de la norma penal que castiga la revelación de secretos profesionales, restando la garantía del deber profesional como único fin del precepto. En este sentido, dice Garçon que «el artículo 378 tiene como fin, más que proteger la confidencia de un particular, garantizar un deber profesional indispensable a todos. Este secreto es, pues, *absoluto* y de *orden público*» (27). Las razones que se esgrimen son, precisamente, las satisfactorias consecuencias a que conduce este entendimiento. En efecto, se dice que, como consecuencia, el titular del secreto no puede renunciar y el confidente no queda relevado de la obligación de sigilo por voluntad de la persona que le ha confiado el secreto. Por otra parte, habiendo un interés público no puede distinguirse, en cuanto a la obligación de sigilo, entre secretos confiados y secretos conocidos por el profesional en su actividad (28).

(26) Cfr. CHAVANNE, cit., pág. 8, ap. 54 y pág. 9, ap. 64.

(27) GARÇON, *Code pénal annoté*, nueva edición por Rousselet-Patin-Aurcel, II, París, 1956, pág. 517, ap. 7. Subrayado del autor.

(28) GARÇON, cit., pág. 517, ap. 8.

A mi juicio, la primera consecuencia conforme a la cual se niega al titular del secreto la posibilidad de eliminar la obligación de sigilo por propia voluntad contradice el sentido y finalidad del precepto. No se puede olvidar que la revelación de secretos profesionales es un delito ubicado entre los que atentan contra la libertad individual y, entre estos, son muy escasos aquellos en los que el consentimiento del sujeto pasivo no opera como causa de atipicidad o de justificación. Del Código penal vigente sólo podríamos excluir los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo. Pues bien, creo que el interés público que ostenta el llamado delito social no se puede comparar con el interés público en garantizar ciertos deberes profesionales. Que el trabajador no pueda renunciar a ciertos derechos reconocidos en las leyes laborales obedece a la necesidad de proteger a los trabajadores como parte más débil en la contratación laboral (29). Pero que el cliente no pueda renunciar a mantener sigilo respecto de los secretos confiados a su abogado, médico, confesor, etc..., carece de sentido porque si el profesional no revela el secreto lo puede hacer el propio cliente.

Probablemente, haya producido cierta confusión el hecho de que resulta discutido si el consentimiento del cliente convierte o no el derecho de ciertos profesionales a no testificar en juicio en deber de hacerlo. Esta es una cuestión controvertida (30) que no queda en absoluto condicionada por el hecho, a mi juicio indiscutible, de la relevancia del consentimiento.

En definitiva, el sentido del precepto es el de otorgar relevancia a la voluntad del cliente en el sentido de liberar al profesional de la obligación de sigilo. Este sentido obliga, entonces, a excluir de la consideración de bien jurídico el interés público en garantizar el cumplimiento de los deberes profesionales.

Por otra parte, se dice que solo considerando este interés público objeto de protección de la norma penal, puede extenderse la obligación de sigilo a los secretos no confiados por el cliente, sino conocidos por el profesional en el ejercicio de su actividad propia. En efecto, el deber de sigilo abarca aquellos secretos que son desconocidos por el titular, pero esta consecuencia puede obtenerse del mismo modo considerando como bien jurídico protegido la intimidad personal.

3. A mi juicio, en los artículos 497 y 498 del Código penal vigente, igual que en los artículos 196 y 197 del Proyecto, se protege la intimidad personal (31). No lo entiende así la doctrina que de

(29) Cfr. M. BAO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, págs. 517 y ss.

(30) Sobre ello me pronuncio en el trabajo sobre límites del secreto bancario en *Papeles de Economía Española*, 4, en prensa.

(31) En este sentido la S. 8 marzo 1974 al advertir que el artículo 497, al igual que los artículos 192, 360 y 368 («sin perjuicio de que, indirectamente, la idea del respeto al secreto público o privado y a la necesidad de guardar» sigilo se halle presente en otros preceptos de dicho cuerpo legal, tales como

modo mayoritario concreta el bien jurídico en la voluntad de que no sea conocido el secreto (32).

En contra de este entendimiento se ha dicho, no sin razón, que se estaría protegiendo el mero capricho del titular del secreto y se llegaría a imponer una pena inútil e injusta castigando al descubridor del secreto por el mero hecho de ser indiscreto. De otro lado, quedarían desprotegidos los secretos ignorados por su titular, como es el caso de una enfermedad deshonorable conocida únicamente por el médico. Por último, no explicaría la protección del secreto más allá de la muerte de su titular (33).

Ciertamente los preceptos que comentamos se encuentran bajo el título de delitos contra la libertad, pero sería una excesiva simplificación decir que el objeto de protección es la libertad de voluntad. Vuelve aquí a renacer el conocido equívoco entre el interés protegido y la voluntad de conservar tal interés. El hecho de que el consentimiento del sujeto pasivo destituya el hecho o excluya la antijuridicidad no obliga a entender como bien jurídico protegido la voluntad. También en el hurto, la estafa o la violación, la conducta queda desplazada del ámbito penal si media consentimiento del sujeto pasivo y no por ello se consideraría objeto de protección la libertad de voluntad. La Ley no castiga el hecho porque así lo desea el sujeto pasivo, sino porque hay unos valores (la honestidad, la propiedad, el patrimonio como un valor económico) dignos de protección que, por añadidura, el

(32) El número 6 del artículo 122, número 3 del artículo 135, 364, 365, 366 y 367) es «manifestación directa de punitiva protección» del «derecho a la intimidad personal, es decir, el derecho a mantener intacta, desconocida, intaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recóndita del hombre», y ello es «según la terminología que se prefiera, un derecho de la personalidad, un derecho innato, un derecho individual o un derecho humano, reconocido universalmente».

(33) Por supuesto, esta doctrina va referida a los artículos 497 y 498 del Código penal vigente, pero por coherencia podría mantenerse frente al artículo 196 del Proyecto. Así, J. M. RODRÍGUEZ DÍAZ, *Parte especial*, Madrid, 1977, pág. 295; A. QUINTANO, *Tratado*, I, pág. 861, se refiere a la «libertad de cada persona para mantener en sigilo determinados sectores de sus actividades cuyo ajeno conocimiento no se desea y se trata de ocultar». En idéntico sentido G. LANDROVE, *Descubrimiento y revelación de secretos*, en *III Jornadas*, Santiago de Compostela, 1976, pág. 188. MUÑOZ CONDE, pág. 142, considera objeto de protección «la voluntad de una persona que no sean conocidos determinados hechos que sólo son conocidos por él o por un círculo reducido de otras personas, es decir, que pueden ser calificados de secretos». Aunque toda esta doctrina está referida, repito, no al secreto profesional inexistente en nuestro Código penal vigente, sino a los artículos 497 y 498 del Código vigente, también se ha mantenido la misma tesis frente al secreto profesional en otros países. Así, MANZINI, 1951, refiriéndose al artículo 622 Código penal italiano sobre secreto profesional, entiende como bien jurídico protegido la libertad individual (pág. 956) «en cuanto se atiene a la conservación de una condición indispensable para la libertad y para la seguridad de las relaciones profesionales, es decir, en la contianza en el secreto del profesional en todo lo que concierne a la esfera íntima de la personalidad individual» (pág. 958).

(34) Cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, B. T., 5.ª ed., Karlsruhe, 1971, página 170.

sujeto pasivo *quiere* también conservar. Esos valores son en nuestro caso, la esfera de intimidad de la persona.

4. En la bibliografía sobre el tema jurídico del secreto existe una cierta confusión terminológica porque se habla, sin una distinción medianamente aceptable, de *esfera privada*, *esfera íntima* y *esfera de secreto*. A mi entender, es incorrecto referirse aquí a esfera de secreto como concepto homogéneo a los otros dos o incluso como vinculado por una relación de especie a género. Para algunos, por ejemplo, la esfera íntima es un concepto general que incluye, entre otros conceptos específicos, la esfera de secreto (34). Se olvida, sin embargo que el secreto puede ir referido tanto a realidades propias de la esfera de intimidad como a intereses industriales, políticos, militares, etc.... Y también se olvida que la intimidad puede ser lesionada tanto con el descubrimiento de secretos como a través de injurias, escucha de conversaciones, etc....

Debe de quedar claro que el secreto no constituye el bien jurídico protegido en ningún precepto penal. Lo que se protege son los intereses políticos, militares, industriales, administrativos o lo que se llama «intimidad personal», contra comportamientos diversos, entre los que se incluyen ciertos descubrimientos de secretos.

El Proyecto, aunque conserva ciertos equívocos al tratar como expresiones homogéneas «secreto» e «intimidad» (35), parece distinguir con bastante claridad aquella intimidad que se protege contra comportamientos reveladores de secretos (artículos 196 y 197) y otra esfera de intimidad que se protege frente a comportamientos ajenos al descubrimiento de secretos (artículos 198 y 199; grabación o escucha de conversaciones privadas y grabación, mediante uso de la informática, de datos relativos al honor o a la intimidad personal o familiar).

Esta diferenciación en dos partes que realiza el Proyecto coincide, en cierto modo, con la distinción que hace G. Schmidt entre esfera íntima y esfera privada. La esfera íntima se refiere a aquel sector del hombre perteneciente a su ámbito interno al que no tiene acceso el mundo y sobre el que puede disponerse sin ser molestado. La esfera privada, por el contrario, es concepto más amplio refiriéndose al sector de la vida que se manifiesta y es accesible a cualquiera (número de hijos, estudios, viajes, actividades, etc....) (36). La esfera íntima se protege en los artículos 196 y 197 del Proyecto a través del castigo de ciertos comportamientos de descubrimientos de secretos. La esfera privada, donde hay que incluir ese ámbito personal no siempre sometido a secreto, se protege más adecuadamente a través de los artículos 198 y 199.

(34) Así MAURACH, cit., pág. 169.

(35) El artículo 196 del Proyecto comienza: «El que, para descubrir los secretos o la intimidad de otro...».

(36) G. SCHMIDT, cit., págs. 770 y 779-780.

En todo caso, el objeto de protección en el delito de revelación de secretos profesionales, se llame esfera íntima o esfera privada, es ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad.

III. CONCEPTO DE PROFESION

1. A mi juicio debe de entenderse por profesional a efectos del artículo 196 del Proyecto «toda persona que ejerce públicamente un empleo, facultad u oficio cuyos servicios se requieren por razones de necesidad y que, por su interés público, están jurídicamente reglamentados». De ahí se derivan los siguientes requisitos:

- 1) Ejercicio de un empleo, facultad o oficio.
- 2) Ejercicio público jurídicamente reglamentado (investidura pública).
- 3) Necesidad de requerir tales servicios (confidente necesario).

Estos tres requisitos son los que, de una u otra forma, viene exigiendo la doctrina continental europea. Hoy se ha abandonado ya la antigua pretensión de requerir, para hablar de secreto profesional, la dispensa expresa de testificar en juicio (37).

2. Intentaremos explicar, a continuación, cómo hemos llegado a esta definición.

A) El próximo género, en terminología escolástica, a que corresponde el objeto definido es el ejercicio público de un empleo, facultad u oficio. Hemos tenido que acudir por ello al concepto de profesión que nos da el Diccionario, como punto de partida, por carecer de un concepto jurídico.

El artículo 378 del Código penal francés se refiere a las personas depositarias de los secretos que se les confía por *estado, profesión, funciones temporales o permanentes*. Y el Código penal italiano se refiere a quien tiene noticia por razón de su propio *estado u oficio*, o de la propia *profesión o arte*. En ambos preceptos el secreto profesional se concibe con la misma amplitud a

(37) Hoy se entiende, por el contrario, que hay profesiones que deberían quedar dispensadas de testificar (médico, sacerdote, abogado) y otras no (banquero), estando sujetas todas al deber jurídico penal del secreto. Este antiguo requisito probablemente se explica porque originariamente la Ley no se refería al secreto profesional, siendo la jurisprudencia quien hacía relevante el secreto profesional exclusivamente a efectos de excusar de la obligación de testificar. (Así, en la jurisprudencia francesa anterior a 1810. Vid. GARÇON, 516, nota 2; CHAVANNE, 3, nota 6; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, Paris, 1894, 53). Piénsese que, incluso la excepción se extiende al médico que ha de relevar las enfermedades epidémicas por razones de interés público.

que nos obliga, frente al Proyecto español, la interpretación gramatical. Corresponde a la jurisprudencia determinar el alcance de las expresiones empleo, facultad u oficio teniendo en cuenta, sin embargo, que no todo empleo, facultad u oficio es «profesión» a efectos del artículo 196 del Proyecto, ya que faltan otros requisitos.

B) El ejercicio ha de consistir en una actividad continuada y característica, aunque no necesariamente habitual, principal o exclusiva, dirigida a servicios personales o a prestaciones a favor del cliente (38). Por otra parte, el ejercicio ha de ser público en el sentido de ser de interés general (39) y estar *jurídicamente reglamentado*. Esta exigencia que el Código penal de 1848 la concreta en la exigencia de «título», es lo que la doctrina francesa denomina «investidura pública». También se refiere a ello el Código penal alemán cuando, al referirse a otras profesiones sanitarias con carácter general, exige que requieran una formación oficialmente reglamentada (40). La exigencia de reglamentación jurídica o título, es decir, lo que hemos llamado investidura pública, es un requisito formal que responde a una exigencia sustancial: la necesidad de que el sujeto tenga una cierta preparación técnica, preparación que ha de ser probada mediante un procedimiento institucionalizado que permita determinar su competencia (41). Esta investidura pública es, por otra parte, una exigencia que se deriva no solo del sentido de la protección penal del secreto profesional sino también del propio sentido de la pena prevista en el artículo 196 del Proyecto. En efecto, en este precepto se prevé como pena la de «suspensión de dicha profesión u oficio por tiempo de dos a cuatro años». Pues bien, tal suspensión de profesión no podría aplicarse a aquellas actividades que carecieran del marchamo que otorga la investidura pública, la reglamentación jurídica, de lo que, en consecuencia, se deduce que el precepto está exigiendo tal investidura pública.

Para ser sujeto activo del delito del artículo 196 del Proyecto debemos entender esta investidura pública o reglamentación jurídica de la profesión en el sentido del delito de intrusismo del artículo 572 número 1 del Código penal vigente, es decir, en el sentido de «profesión reglamentada por disposición legal» que requiere habilitación o capacitación oficial. No se requiere título académico o facultativo, sino simplemente permiso o capacitación oficial (42).

(38) MANZINI, cit., pág. 959; ANTOISEL, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, I, 5ª, ed., Milano, 1966, pag. 178.

(39) CHAVANNE, cit., pág. 9, ap. 64.

(40) Parágrafo 300: «der eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert».

(41) Observación de Parsons, citado por DOMÍNGUEZ RODRÍGO-ANTÓN PÉREZ, pág. 68, que es útil a nuestros efectos aunque haya sido hecha desde la perspectiva fiscal.

(42) Sobre el concepto de profesional a efectos del delito o falta de

Miguel Bajo Fernández

608

Así, pues, quien realiza actos de intrusismo no puede ser sujeto activo del delito del artículo 196 del Proyecto. Esta restricción legal que obliga a excluir de la obligación de discreción a quien ejerce una profesión sin título, probablemente no responde a la interpretación teleológica del precepto ni coincide con exigencias políticas criminales (43), pero la interpretación gramatical no permite dar al sujeto activo otro alcance. Ahora bien, quien realiza actos de intrusismo podrá quedar incurso en el artículo 321 ó 572 del Código penal vigente, o en los artículos 439 ó 440 del Proyecto. Si este mismo sujeto que realiza actos de intrusismo descubriera los secretos del cliente, podrá apreciarse concurso con algún delito contra el honor (44).

Ahora bien, para ser sujeto activo no sólo se exige sino que además basta la habilitación o capacitación oficial. Quiere decir esto que es sujeto activo el titulado o habilitado aunque no haya realizado la correspondiente inscripción en el respectivo Colegio, Corporación o Asociación oficial (45). Así, es sujeto activo el médico no ejerciente que, por razones de necesidad o urgencia, atiende a un enfermo (46).

Al exigir que la profesión esté jurídicamente reglamentada no se están incluyendo las prestaciones inmORALES simplemente toleradas, aunque sean habituales. En este sentido no es sujeto activo la prostituta aun no clandestina que revela la enfermedad o la degeneración sexual de su cliente (47), aunque cometiera, probablemente, un delito contra el honor.

El concepto de profesional, para ser sujeto activo, no incluye al funcionario en ejercicio de su función. El deber de secreto impuesto a los funcionarios, por ejemplo el que impone la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal (art. 42,3) a los funcionarios de Hacienda respecto del secreto bancario, está penalmente protegido en los artículos 367 y 368 del Código penal vigente o en los artículos 466 y siguientes del Proyecto.

C) Para ser sujeto activo del delito, es decir, «profesional», se exige, además de ejercer públicamente una facultad u oficio y detener una investidura pública a que acabamos de hacer referencia, la condición de confidente necesario (48).

intrusismo, vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El delito de intrusismo*, separata de la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1969, páginas 16 y ss.

(43) ALAMILLO, cit., pág. 81, entendía que, de crearse un delito de revelación de secreto profesional, debería de incluirse como sujeto activo también a quien realiza actos de intrusismo. Le sigue, con algunas matizaciones, DEL TORO MARZAL, cit., pág. 50.

(44) En el sentido del texto MANZINI, cit., pág. 961, y ANTOISESI, cit., página 178.

(45) Expresiones del número 2, artículo 572, Código penal vigente.

(46) Cfr. MANZINI, cit., pág. 960, nota 1.

(47) MANZINI, cit., pág. 961.

(48) Téngase en cuenta que las exigencias de investidura pública y confidente necesario son requisitos desarrollados por la doctrina francesa y admitidos, con uno u otro matiz, en el Derecho continental europeo.

La doctrina francesa entiende que en el secreto profesional se trata de proteger algo más que la simple intimidad del titular del secreto: la confianza indispensable al ejercicio de ciertas profesiones como interés público. Consecuencia de ello es la exigencia de un interés público y de un confidente necesario (49). Se parte de la base de que el «confidente voluntario» de un secreto sólo asume una obligación moral de mantener sigilo por exigencias de honor. Pero cuando el confidente se convierte en *necesario* para el titular del secreto, el Derecho y también el Derecho penal interviene en interés público (50).

Este mismo entendimiento es sostenido en otros países europeos. Así en Bélgica se exige para hablar de secreto profesional: 1) la existencia de un monopolio legal; 2) una verdadera investidura pública, y 3) «la necesidad de la confidencia para que la profesión considerada pueda ser correctamente ejercida en el marco de la organización social» (51). Posición similar se mantiene en la doctrina luxemburguesa (52) y en el Derecho italiano, aunque no con terminología idéntica. En efecto, la doctrina italiana exige como requisitos del secreto profesional la propia necesidad de recurrir a determinados sujetos en favor de los propios intereses (53). Esta necesidad de recurso derivada de los conocimientos técnicos del profesional que no posee el individuo, o de la peligrosidad o de la imposibilidad material o de la imposición de un deber jurídico, convierte la protección del secreto en un interés público (54), porque si «el ordenamiento social actual coloca al individuo en dicha necesidad o cuasi-necesidad», es natural que la voluntad del Estado, es decir, la ley, considere el indicado interés como un interés de todos y de cada uno, colectivo, público (55).

En resumen, la condición de profesional exige, aparte de las características de ejercicio de empleo, facultad u oficio que difiere según los países, que el individuo tenga *necesariamente* que dirigirse a él para obtener satisfacción de sus intereses y, por tanto, le tenga que confiar *necesariamente* secretos; y que quien ejerce tal empleo, facultad u oficio detente una investidura pública en el sentido de que se trate de una profesión oficialmente reconocida

(49) Vid. WAREMBOURG-AUQUE, cit., pág. 241; CHAVANNE, cit., pág. 9, ap. 64; GARRAUD, cit., pág. 55.

(50) GARRAUD, cit., pág. 52-53.

(51) HENRIOT, *Le secret bancaire en Belgique*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, París, 1974, pág. 57. Una sentencia del Tribunal Supremo belga de 20 febrero 1905 refería el secreto profesional a las personas investidas de una misión de confianza que por Ley, tradición o costumbre son constituidas depositarias de los secretos que se les confía. Vid. HENRIOT, *Le secret professionnel du banquier*, 2.ª ed., Bruxelles, 1968, página 20.

(52) SCHMIDT-DOBELINGER, *Le secret bancaire en droit luxembourgeois*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, París, 1974, pág. 140.

(53) ANTOISESI, cit., pág. 178.

(54) MANZINI, cit., págs. 957-958.

(55) MANZINI, cit., pág. 958.

y reglamentada de modo que se reconoce su interés público y la misión de confianza encomendada (56).

En todo caso, hay que advertir que la condición de confidente necesario no implica que el profesional esté sólo obligado al siglo respecto de las confidencias voluntarias y espontáneamente expuestas por el cliente. También queda obligado al siglo aunque el secreto sea desconocido por el cliente. Tal es el caso, por ejemplo, de la enfermedad descubierta por el análisis médico, desconocida por el cliente.

(56) Resulta de interés en este sentido observar cómo las distintas definiciones de confidente necesario de la doctrina francesa giran sobre la misma idea expuesta en el texto. Por confidente necesario se entiende aquel profesional con el que el cliente se ve obligado a compartir sus secretos porque la profesión está investida de una misión de confianza. Esta muy extendida la concepción de GURPHE, *Le secret professionnel du banquier en Droit français et en Droit comparé*, en *Revue trimestrielle de Droit commercial*, I, 1948, 10; confidente necesario es el profesional «objeto de una investidura de carácter público ejerciendo oficialmente una profesión a la que la Ley, en interés general y de orden público, ha imprimido carácter confidencial y secreto». Algún autor pretende definir el secreto profesional atendiendo más que a la noción de confidente necesario a la de hecho confidencial. En este sentido, WAREMBOURG. Aunque entienden que la interpretación jurisprudencial de «confidente necesario» hay que considerarla debe sustituirse por la idea de que el secreto profesional se impone a toda persona que, por profesión, tiene acceso a informaciones de carácter confidencial (244). El autor ha de definir entonces qué es hecho confidencial y comienza distinguiendo el hecho secreto por voluntad del titular y el hecho secreto por propia naturaleza (244 y ss.), finalizando que es el interés de la persona quien determina la definición del secreto profesional (247-248). El error consiste en creer que el interés sirve para definir el concepto. Sobre esta equivocada posición vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, cit., págs. 280-281.