

MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción: “El conflicto entre el deber de secreto del psicólogo y las obligaciones legales de revelar la intimidad del paciente en la legislación española”.

Polít. Crim. Vol. 20 N° 40 (Diciembre 2025), Art.7, pp. 159- 188
<https://politicrim.com/wp-content/uploads/2026/08/Vol20N40A7.pdf>

El conflicto entre el deber de secreto del psicólogo y las obligaciones legales de revelar la intimidad del paciente en la legislación española

The conflict between the psychologist's duty of confidentiality and the legal obligations to disclose the patient's private information in Spanish law

M^a Concepción Molina Blázquez
Doctora en Derecho Universidad Pontificia Comillas
Prof^a Ordinaria de la Universidad Pontificia Comillas
cmolina@comillas.edu
<https://orcid.org/0000-0002-0492-2403>

Fecha de recepción: 17/05/2024
Fecha de aceptación: 10/03/2025

Resumen

Los psicólogos deben respetar la confidencialidad de lo que conocen en la terapia, no hacerlo es constitutivo del delito previsto en el artículo 199.2 del Código Penal español. A ese deber se oponen el de denunciar y testificar sobre los delitos que conozcan, deberes previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el de impedir ciertos delitos que les impone el Código Penal en el artículo 540. Dado que es imposible cumplir simultáneamente dichas obligaciones nos encontramos con una colisión de deberes que crea inseguridad jurídica. Se aborda dicha problemática tratando de paliar dicha inseguridad. Aunque se trata de una problemática netamente española el análisis dogmático contenido en estas páginas puede resultar útil para afrontar conflictos normativos semejantes en otras legislaciones.

Abstract

Psychologists must respect the confidentiality of private information obtained during therapy sessions; failure to do so constitutes a criminal offence under Article 199.2 of the Spanish Penal Code. This duty is opposed by the duty to denounce and testify about the crimes they know, duties provided for in the Criminal Procedure Law, and the duty to prevent certain crimes imposed by the Penal Code in Article 540. Since it is impossible to fulfill these obligations simultaneously, we find ourselves with a collision of duties that creates legal uncertainty. This problem is addressed by trying to alleviate such insecurity. Although it is a purely Spanish problem, the dogmatic analysis contained in these pages may be useful to face similar normative conflicts in other legislations.

Palabras clave: psicólogo clínico, deber de guardar secreto, deber de denunciar, deber de declarar en procedimientos judiciales, colisión de deberes, inseguridad jurídica, responsabilidad penal, justificación del incumplimiento de un deber jurídico.

Key words: clinical psychologist; duty of confidentiality; duty to report; duty to provide testimony in legal proceedings; collision of duties; legal uncertainty; criminal liability;

MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción: “El conflicto entre el deber de secreto del psicólogo y las obligaciones legales de revelar la intimidad del paciente en la legislación española”.

justification for a breach of legal duty.

1. El derecho a la intimidad del paciente

En el ámbito profesional el deber de secreto se enuncia por primera vez en el Juramento hipocrático, desde entonces hasta prácticamente la actualidad el deber de secreto se ha concebido como una opción del médico, un deber del buen profesional, y no como el reverso del derecho del paciente a que no se divulguen datos de su intimidad que han sido conocidos por otro en el ejercicio de una actividad profesional.

Hoy en día, sin embargo, el deber de secreto profesional se legitima por el derecho a la intimidad del paciente, derecho que podría ser definido como el que compete a toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella. Este concepto es relativamente moderno y su origen se encuentra en la doctrina y jurisprudencia norteamericana de finales del siglo XIX, en concreto en un ensayo en 1890, en el que WARREN y BRANDEIS, advirtieron de los problemas que a la vida personal podrían acarrear la prensa sensacionalista y los fotógrafos, y la necesidad de definir un principio que pudiera ser invocado para amparar la intimidad del individuo frente a la invasión de dichos medios. Ese principio, según los autores, se materializaba en el derecho a la privacidad (*right to privacy*), que le otorga a toda persona plena disponibilidad para decidir en qué medida pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones¹.

Habrà que esperar hasta después de la Segunda Guerra Mundial para que aparezca el primer precedente legislativo a nivel internacional de reconocimiento autónomo del derecho a la intimidad: la Declaración de Derechos del Hombre. Posteriormente la Convención Europea de los Derechos del Hombre y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos incorporarán también el derecho a la intimidad personal y familiar. Sin embargo, la conciencia internacional sobre la necesidad de protección del derecho a la intimidad como derecho autónomo no se incorporó a los cuerpos constituyentes europeos hasta que lo hicieron las constituciones portuguesa (1976) y española (1978).

La Constitución Española garantiza en el art. 18.1 “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, declaración que permite soslayar todo tipo de especulaciones sobre que el derecho a la intimidad quede ínsito en otros derechos o valores constitucionales, así como que derive del carácter vinculante de las convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificadas por España². Con posterioridad a la Constitución se dictó la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante LO 1/1982), que protege estos derechos fundamentales de toda intromisión ilegítima estableciendo que son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, aunque no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Así el art. 2.2 considera legítimas las intromisiones que estén expresamente autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley y las consentidas por el propio interesado.

Ni la Constitución ni la LO 1/1982 definen el derecho a la intimidad, quizás porque no resulte fácil definir un derecho que afecta a las esferas más profundas de la personalidad, que junto con componentes estables y permanentes ofrece también otros factores fruto de

¹ SALDAÑA (2012), p. 211.

² El derecho a la intimidad se halla estrechamente vinculado al derecho a la dignidad de la persona como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido en STC 231/ 1988, de 2 diciembre 1988.

la coyuntura y por tanto cambiantes. No obstante, existen múltiples definiciones doctrinales que, aunque con matices distintos, suelen poner de manifiesto las dos dimensiones del derecho: la positiva, que supone que existe una esfera reservada donde la persona encuentra las posibilidades de desenvolver su personalidad, y la negativa, que hace hincapié en el derecho a proteger esa esfera de las intromisiones ajenas³. El desarrollo de las nuevas tecnologías posibilitó la extensión cada vez más generalizada del tratamiento informático de datos de carácter personal y trajo consigo una nueva amenaza al derecho a la intimidad a través del acceso y divulgación descontrolada de los mismos. La especial protección demandada por el derecho a la intimidad en esta faceta se aborda en la actualidad en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que traspuso a nuestro derecho la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995.

2. El deber de secreto del psicólogo: fuentes jurídicas y deontológicas

La Enciclopedia jurídica define el deber de secreto profesional como “la obligación que tienen los miembros de ciertas profesiones de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión”⁴. El fundamento del deber de secreto profesional es doble: de una parte, se tutela un interés personal, la intimidad del paciente, y de otra un interés de carácter supraindividual consistente en la creación de un clima de confianza social en la confidencialidad de lo revelado⁵. En el ejercicio de la psicología se aprecia claramente que la intimidad constituye el reverso de la confidencialidad: cuando un paciente acude a un psicólogo le revela aspectos íntimos de su vida, aspectos que suele proteger de la intromisión de otras personas, y lo hace en la confianza de que mantendrá la reserva sobre lo dicho, sobre dicha confianza se sostiene la profesión.

El deber de secreto no es sólo un deber ético, sino que se ha elevado a la categoría de deber jurídico al haberse reconocido en la legislación española como reverso del derecho a la intimidad. Así LO 1/1982 establece en su art. 7.4 que constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y la propia imagen “la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”. También el CP de 1995 reconoce el deber de secreto de los profesionales al elevar a la categoría de delito la divulgación de los secretos de otra persona incumpliendo las obligaciones de sigilo o reserva.

En el ámbito sanitario se reconoce el deber de confidencialidad en las siguientes leyes: en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Fuera del ámbito sanitario hay que señalar que la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, establece el deber de confidencialidad y señala que dicho deber es complemento de los deberes de secreto profesional reconocidos por la normativa vigente.

Por último, resulta necesario recordar que el Código Deontológico del Psicólogo, del

³ BAJO (1980), p. 599. En el mismo sentido se ha pronunciado la STC 134/1999 de 15 julio de 1999.

⁴ <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/secreto-profesional/secreto-profesional.htm>.

⁵ GÓMEZ TOMILLO (2009), p. 2.

Colegio Oficial de General de la Psicología de España⁶, dedica los arts. 39 a 49 a recoger las reglas que rigen la obtención y uso de la información por parte del profesional, estableciendo en su art. 40 que toda la información que un Psicólogo recoge en el ejercicio de su profesión está sujeta a un deber y a un derecho de secreto profesional, del que, sólo podría ser eximido por el consentimiento expreso del cliente. A continuación, el Código específica (art. 41) que si es el paciente quien solicita la intervención/evaluación la información que derive de la misma solo puede ser comunicada a otros con su previa y expresa autorización y dentro de los límites de dicha autorización.

3. El delito de revelación de secretos del art. 199.2

El Código Penal español castiga la violación del deber de secreto profesional en dos de sus arts. el 199.2 y el 417.3 y, conectado con ellos, la intromisión ilícita en datos de carácter personal en el art. 197.2.

3.1. El bien jurídico protegido

En el art. 199.2 del CP se castiga al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva divulgue los secretos de otra persona. Este delito se ubica en el ámbito de los delitos contra la intimidad lo que constituye el argumento fundamental para considerar que el bien jurídico protegido es la intimidad del que se ve obligado por sus padecimientos físicos o psíquicos a confiar sus secretos al médico o al psicólogo⁷.

Esa necesaria renuncia a la intimidad se realiza presuponiendo que los datos e informaciones personales que se revelan quedarán preservados en una esfera de confidencialidad que el profesional respetará, ahí radica el fundamento del secreto profesional que ostenta el rango de deber jurídico, más allá del deber ético-profesional, y concreta el bien jurídico en la intimidad de las personas en la esfera de relaciones confidenciales profesional-cliente⁸. Hay que añadir, además, que la doctrina mayoritaria rechaza que pueda reputarse bien jurídico protegido la creación de un clima de confianza que repercutiría positivamente en el ejercicio de la práctica profesional⁹, aunque no puede desconocerse que únicamente cuando exista dicha confianza se puede esperar que los pacientes confíen sus secretos al médico o al psicólogo¹⁰.

3.2. Sujeto activo y sujeto pasivo

Respecto del sujeto activo de la acción, el profesional, debe resaltarse que no existe un criterio unánime para identificarlo puesto que el término que usa el legislador constituye una cláusula de carácter general, lo que provoca indeterminación e inseguridad jurídica. La doctrina intenta suplir la indeterminación a aportando distintas conceptualizaciones

⁶ Puede consultarse en <https://www.cop.es/index.php?page=CodigoDeontologico>.

⁷ En este sentido la STS 809/2017 de 11 de diciembre.

⁸ MORALES (2016), ap.3.1.

⁹ MORALES (2016), ap. 3.1 y MORILLAS (2011) p. 92.

¹⁰ Así lo recuerda GÓMEZ RIVERO (2008), p. 658. Para BAJO (1980), p. 602 la necesidad de dicha confianza se constituye en motivo de incriminación. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Sentencia 22009/93, de 25 de febrero de 1997, Caso Z Contra Finlandia) considera que la confidencialidad de los datos médicos es crucial no solo por el respeto a la privacidad del paciente sino también por la preservación de su confianza en la profesión médica y en los servicios sanitarios en general, aunque acepta que el interés en la investigación y persecución del delito puede superarlo. Las mismas consideraciones mantuvo en la Sentencia 1425/06 de 6 de octubre de 2009 Caso C.C. contra España.

del sujeto activo del delito que pueden integrarse caracterizando al profesional con los siguientes requisitos; a) que el profesional sea confidente necesario, es decir que la propia relación entre el profesional y la persona que acude a él le obligue a confiar sus secretos para que pueda ejercer su actividad profesional; b) que el profesional ejerza públicamente un empleo, facultad u oficio cuyos servicios estén jurídicamente reglamentados e impongan el deber jurídico de sigilo; y c) que el profesional esté en posesión de una titulación académica u oficial que le habilite al ejercicio de la profesión. Este último requisito no es exigido, sin embargo, por toda la doctrina¹¹.

Resulta obvio que los psicólogos clínicos reúnen todos los caracteres necesarios para poder ser profesionales a los efectos del art. 199.2 del CP; son confidentes necesarios, sus servicios están reglamentados y exigen el deber de sigilo y deben estar en posesión de la correspondiente titulación académica. Lo cierto es que el secreto profesional se configura para el psicólogo como una segunda naturaleza, siendo inherente la confidencialidad a su responsabilidad profesional. Es más, en ocasiones, el propio terapeuta necesita poder ampararse en el secreto profesional para no ceder a la presión de otras personas (familiares, profesores, jefes de personal, etc.) para revelar la información obtenida en la terapia.

En los casos en los que se ejerza la psicología en equipo, o se realice cualquier tipo de consulta a un colega, el deber de sigilo se extenderá a todo el equipo, o a la persona consultada¹². El propio Código Deontológico del Psicólogo así lo establece en el art. 40 inciso final al afirmar que el psicólogo velará porque sus eventuales colaboradores se atengan a este secreto profesional.

En los últimos años ha proliferado la actividad denominada coaching que apareció en los años 60 del siglo pasado en el ámbito deportivo extendiéndose después al empresarial y al personal. El cliente del coach puede revelar al menos parte de su intimidad, lo que sin duda ha llevado a la Internacional Coach Federation (ICF) a introducir, en el núm. 3 de su Código Ético, el principio de confidencialidad con las partes contratantes (cliente y, en su caso, patrocinadores del mismo) y el compromiso de protección de datos personales y comunicaciones¹³.

A nuestro juicio el coach no puede ser considerado sujeto activo del delito del art. 199.2 puesto que no es un confidente necesario, el coaching no es una actividad cuyos servicios estén jurídicamente reglamentados y exijan el sigilo, ni se requiere capacitación alguna para ejercerlo, por más que se intente dotar de una autorregulación a la actividad¹⁴. No obstante, sí podría considerarse al coach sujeto activo del tipo del art. 199.1 en tanto que revele secretos ajenos que haya conocido por razón de su oficio, porque el coaching sí

¹¹ BAJO (1980), pp. 607-608 considera que basta con que el profesional cuente con permiso o capacitación profesional para ejercer.

¹² GÓMEZ RIVERO (2008) pp. 679-682.

¹³ Según su web la ICF es la mayor organización de coaches a nivel mundial, con cerca de 30 años de trayectoria en la autorregulación del sector, la difusión y promoción de los más altos y exigentes estándares para el ejercicio de la profesión de coaching. Su Código ético puede consultarse en <https://coachingfederation.org/ethics/code-of-ethics>.

¹⁴ Recientemente la STS 253/2024 de 26 febrero, Sala de lo Civil, ha rechazado un recurso de casación interpuesto por ICF, por vulneración de su derecho al honor, contra Ediciones El País y una periodista que publicó un artículo titulado "Gurús, falsos psicólogos, terapias en entredicho" referido a los coaches.

que puede ser considerado un oficio¹⁵. De no considerarse así lo que no cabe duda es que la revelación de los secretos que se confían al coach y este revele podrán ser objeto de una demanda civil al amparo de la LO 1/1982 y, en su caso, por el incumplimiento contractual si se firmó un contrato.

El sujeto pasivo del delito es el titular de los secretos revelados, considerando parte de la doctrina, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) que aprecia que el art. 18 de la CE está vinculado a la propia personalidad y dignidad humana, que las personas fallecidas no son sujetos pasivos del delito, aunque naturalmente sus familiares o allegados sí podrían exigir responsabilidad ante la jurisdicción civil por el desvelamiento de los secretos de sus familiares fallecidos¹⁶.

3.3. La conducta típica

La conducta típica consiste en divulgar los secretos de otra persona incumpliendo el deber de sigilo o reserva. El término divulgar significa publicar, extender, poner al alcance del público algo. Según la doctrina mayoritaria¹⁷ divulgar debe hacerse equivalente a revelar, a comunicar por cualquier medio, puesto que no tendría sentido castigar la acción lesiva de la intimidad más amplia -divulgar- y no la menos grave -revelar-, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas, puesto que la lesión del bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas a las que se revele el secreto¹⁸. Se plantea la doctrina si la revelación del secreto profesional al círculo más íntimo (esposos/padres/hijos) es constitutiva de delito o no por tratarse de un comportamiento socialmente adecuado¹⁹.

La divulgación del secreto debe realizarla el profesional *incumpliendo su obligación de sigilo o reserva*, elemento típico que indica claramente que la protección de la intimidad no es absoluta y que plantea, ya en el ámbito de la propia tipicidad, que el deber de secreto puede entrar en conflicto con otros intereses e incluso tener que ceder frente a ellos²⁰. GÓMEZ RIVERO considera la cláusula tan amplia que hace dificultoso diferenciar los espacios de permisibilidad que excluyen el tipo de aquellos que puedan considerarse justificados conforme a la lógica de las causas de justificación, para evitarlo sería necesario completar la tipicidad de la conducta mediante la remisión a las normas extrapenales que delimitan el contenido del deber de sigilo²¹.

En el ámbito concreto de la psicología el deber de sigilo quedaría delimitado, en atención al art. 2.2 de la LO 1/1982, por el consentimiento expreso del paciente y a aquellos casos

¹⁵ Así ROMEO, 2004, p. 968, considera que cualquier actividad relacionada con el trabajo que dé lugar al acceso legítimo a un secreto ajeno puede ser considerada a efectos del art. 199.1. También es el art. 199.1 el que debe aplicarse en los casos de intrusismo, ROMEO, 2004, p. 978.

¹⁶ MORILLAS (2011), p. 99.

¹⁷ MORILLAS (2011), p. 100.

¹⁸ Así la STS 574/2001 de 4 de abril.

¹⁹ El tema fue objeto de enjuiciamiento hace algunos años, dictando la Audiencia Provincial de Valencia sentencia absolutoria, SAP Valencia 188/1999, de 14 de mayo, mientras que el TS consideró la conducta constitutiva de delito (STS 574/2001 de 4 de abril 2001).

²⁰ Recuerda REQUEJO (2006), pp. 72-73, que respecto del secreto profesional médico la doctrina está dividida en dos tendencias, hay quien considera que se trata de un deber absoluto, que no puede quebrantarse nunca porque es la única forma de obtener confianza del paciente, y quien considera que es relativo y que puede excepcionarse en determinadas circunstancias, posición esta que es la mayoritaria hoy en día.

²¹ GÓMEZ RIVERO (2008), pp. 676-677.

en los que, por imperativo del interés público, la ley autorice la intromisión. A nuestro juicio el consentimiento del paciente y la obligación de comunicar las situaciones de violencia que sufran los menores de 18 años se configuran, con alguna excepción, como causas de atipicidad, en el resto de los casos, sin embargo, nos encontramos frente a situaciones de justificación. Más adelante se abordarán ambas cuestiones.

3.4. El objeto de revelación

Respecto del objeto de la revelación o divulgación debe identificarse con aquellos hechos y datos que el paciente participa en el seno de la terapia, aquello que el psicólogo pueda descubrir en la relación terapéutica, la historia clínica del paciente y sus datos personales²². Dicha información constituye el secreto al que se refiere el tipo, aunque cabe plantear si toda la información a la que haya accedido el terapeuta en el ejercicio profesional debe ser considerada secreto a efectos típicos.

Para dirimir esta cuestión debe partirse del concepto de secreto. Según la definición comúnmente aceptada secretos son los hechos conocidos por un círculo limitado de personas y respecto de los cuales el afectado tiene interés comprensible en que no sean divulgados. Para esclarecer el que considera el núcleo gordiano del tipo GÓMEZ RIVERO, tras exponer algunas de las teorías que ha manejado la doctrina penal alemana, concluye que deben considerarse objeto de protección: a) aquella información que revele aspectos relativos a la forma de pensar o los hábitos de vida que delatan tendencias o convicciones de la persona (así por ejemplo que mantiene relaciones sexuales con personas del mismo sexo o que se ha sometido a intervenciones abortivas; b) aquellas informaciones cuya revelación, más allá de las preferencias o caprichos del sujeto pasivo, puedan tener objetivamente repercusiones para el interesado (así por ejemplo las relaciones adulterinas)²³. Quedan excluidos de la consideración de secreto aquellos hechos que el mismo paciente haya hecho públicos por cualquier vía, como la homosexualidad del que ha acudido a un programa a divulgar dicho hecho, y los que puedan ser conocidos por cualquiera, como las dificultades auditivas²⁴.

Se ha discutido si debe ser considerado objeto de protección el secreto de carácter ilícito. Se muestra partidario de considerarlo ROMEO CASABONA²⁵, opinión que compartimos, puesto que de no admitirlo se llegaría al absurdo de considerar que en los casos de apoderamiento de soportes para descubrir los secretos (art. 197.1) la tipicidad de la conducta quedaría al albur de que el contenido del secreto fuera lícito o ilícito. No obstante, lo que sí cabe apreciar respecto de algunos de los supuestos de revelación de secretos de contenido ilícito es una colisión de deberes, problemática que se abordará más tarde.

²² REQUEJO (2006), p. 68. Recuerda MORILLAS (2011), p. 106, invocando la SAP Sevilla 342/2011, de 26 de julio de 2011, que debe excluirse de la consideración de secreto la información controvertida de la que el psicólogo tiene conocimiento fuera de su actuación profesional.

²³ GÓMEZ RIVERO (2008), pp. 671-676.

²⁴ En parecidos términos la STS 809/2017, de 11 de diciembre considera que se debe “*reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica*, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana”.

²⁵ ROMEO (2004), p. 971 y GÓMEZ TOMILLO (2009), p. 13.

3.5. Los problemas concursales

Cuando el psicólogo ocupe un puesto dentro del sistema sanitario público adquiere la cualidad de funcionario público a los efectos penales aunque no se hayan incorporado por oposición al mismo (art. 24 del CP). En esos supuestos se plantea si la conducta pudiera ser incardinada en el art. 417.2 del CP que castiga, por remisión implícita al art. 417.1 párrafo 1º, a la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de un particular de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados. A juicio de la doctrina mayoritaria el art. 417.2 constituye un tipo cualificado del 417.1 que protege junto al correcto funcionamiento de la administración el derecho a la intimidad del particular, lo que explica su ubicación entre los delitos contra la administración pública y que la pena por la revelación del secreto sea mayor que la del tipo básico del art. 417.1 párrafo 1º²⁶. Así concebido el objeto jurídico sería un secreto oficial o público con objeto privado y el tipo castigaría la revelación, a título de ejemplo, de los datos íntimos de una persona contenidos en el padrón del ayuntamiento o de los ingresos de un contribuyente contenidos en su declaración de impuestos²⁷. Desde esta perspectiva la revelación de la intimidad de su paciente por parte del psicólogo incorporado al sistema sanitario público no sería constitutiva del delito del art. 417.2 puesto que no desvela ningún secreto oficial o público, aunque sí vulnera la intimidad de su paciente, por lo que debería ser sancionado por el delito del art. 199.2.

Por otra parte, podría plantearse la relación del delito del art. 199.2 con otros tipos que sancionan el descubrimiento y revelación de secretos en los arts. 197 a 200, singularmente con art. 197.2 que castiga la intromisión ilícita, con o sin divulgación, en los datos reservados de carácter personal registrados en ficheros o soportes informáticos (la historia clínica de un paciente, por ejemplo). La diferencia entre el delito del art. 199.2 y el contenido en el art. 197.2 es que en el segundo la información confidencial que se revela/divulga no le ha sido confiada al sujeto activo por el paciente, sino que ha sido obtenida ilícitamente de ficheros recogidos en soportes informáticos. En efecto, el art. 197.2 recoge dos conductas típicas; a) en el inciso primero se castigan las acciones de apoderamiento, utilización o modificación de datos reservados de carácter personal, que se hallen automatizados de forma electrónica o que obren en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, sin autorización y en perjuicio de tercero; y b) en el inciso segundo se castiga a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los datos personales, y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular o de un tercero. De ahí que no exista concurso de leyes entre el delito del art. 199.2 y el resto de los tipos que sancionan el descubrimiento y la revelación de secretos, pues, si el psicólogo desvela el secreto confiado por su paciente la conducta es constitutiva del art. 199.2 mientras que si accede ilícitamente a información que éste no le haya confiado estaremos en presencia de alguno de los otros tipos.

3.6. Las causas de atipicidad: el consentimiento del paciente y la obligación de comunicar las situaciones de violencia que viven las personas menores de edad

La LO 1/1982, a continuación de recoger los derechos protegidos en la misma, recuerda que dichos derechos no pueden considerarse absolutamente ilimitados, estableciendo en su art. 2.2 que existen dos situaciones en las que las intromisiones en el ámbito de la intimidad no se van a considerar ilegítimas: 1) cuando el titular del derecho otorgue su

²⁶ MOYA (2013), pp. 309-360.

²⁷ MOYA (2013), p. 332.

consentimiento expreso y 2) cuando, por imperativo del interés público, la Ley autorice la intromisión. Este último supuesto resulta polémico en tanto que el legislador español se limita a reconocer la existencia de deberes legales, deberes que pueden entrar en contradicción, sin resolver a cuál de dichas obligaciones debe darse prioridad. Se abordarán en este apartado las situaciones que dan lugar a la atipicidad respecto de la vulneración del secreto y en el apartado cuarto aquellas en las que, por existir un conflicto de deberes, deben ser abordadas desde la justificación²⁸.

3.6.1. El consentimiento del paciente.

Cuando el paciente autorice expresamente al psicólogo a desvelar informaciones que han llegado a su conocimiento en el acto profesional tanto la LO 1/1982 como el Código Deontológico consideraran lícita su revelación, sin que pueda alegarse que se ha infringido el deber de secreto.

La consideración de que el consentimiento es causa de atipicidad de la conducta es la postura mayoritariamente defendida por la doctrina²⁹. Esta es la conclusión lógica cuando se parte de que el bien jurídico protegido es la intimidad del paciente, es su voluntad de que el hecho secreto no se revele lo que hace típica la conducta y de ahí que esa falta de voluntad haga que la divulgación por el psicólogo carezca de lesividad sobre el objeto tutelado³⁰. Para que el consentimiento sea válido debe ser consciente y haberse otorgado libremente, admitiéndose tanto el consentimiento expreso como el tácito cuando sea manifiestamente notorio que el afectado no tiene interés en resguardar la información del conocimiento público. Además, es necesaria la capacidad para otorgar el consentimiento.

Respecto de los menores de edad y personas con discapacidad debe recordarse que el art. 3.1 de la LO 1/1982 establece que los menores de edad y las personas con discapacidad podrán prestar su consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. A estos efectos debe considerarse que los menores formalmente emancipados, los que viven independientemente con el consentimiento de sus progenitores y los menores maduros³¹ tienen plena capacidad para consentir que el psicólogo revele la información obtenida en la terapia. En el caso de las personas con discapacidad el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad proclama que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y en los arts. 249 y ss. del CC se establecen las formas de apoyo a dicha capacidad.

Cuando las condiciones de madurez no lo permitan el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado (art. 3.2 de la LO 1/1982). También la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del

²⁸ Lamentablemente no se puede abordar en profundidad en esta reflexión la riquísima dogmática, tanto alemana como hispano hablante, sobre la distinción entre causas de atipicidad y causas de justificación.

²⁹ REQUEJO (2006), p. 186.

³⁰ Así lo refrenda el ATS 417/2002 de 18 de febrero en los siguientes términos “si el profesional se encontraba plenamente autorizado por su cliente, uno de los firmantes del documento, para hacer público uso del mismo, mal puede existir la acción típica exigida, al no concurrir una infracción de los deberes profesionales de aquél”.

³¹ El reconocimiento de capacidad de obrar a los menores para el ejercicio de los derechos de la personalidad a medida que van adquiriendo la madurez necesaria se conoce como doctrina del menor maduro.

Menor (en adelante LO 1/1996), tras reconocer el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores (art. 4) establece la obligación del Ministerio Fiscal de instar de inmediato las medidas cautelares y de protección frente a las intromisiones ilegítimas en los mismos y solicitar las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados³².

3.6.2. La obligación de comunicar las situaciones de violencia que viven las personas menores de edad

El Título II de la Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante LO 8/2021) contiene en el art. 15 un deber de comunicación de las situaciones de violencia que vivan las personas menores de edad que afecta a todos los ciudadanos, y en el art. 16 un deber cualificado para los que tengan encomendada la asistencia, el cuidado, la enseñanza o la protección de los menores y hayan tenido conocimiento de la situación de violencia en el ejercicio de las mismas, incluyéndose expresamente al personal cualificado de centros sanitarios, escolares, de deporte y ocio y de los establecimientos en los que residan habitualmente menores y de los servicios sociales.

En virtud de lo establecido en los arts. 15 y 16 de la LO 8/2021 cuando el menor de edad revele a su psicólogo que está siendo víctima de cualquier tipo de violencia el profesional tiene la obligación legal de comunicarlo a las autoridades competentes. En la medida en que dicha violencia sólo sea conocida en el ámbito de la intimidad, la obligación legal de comunicar implica necesariamente la violación del secreto profesional y, por tanto, debe ser considerada como un supuesto de autorización de intromisión en la intimidad del art. 2.2 de la LO 1/1982. De ahí que la revelación del secreto no sea subsumible en el tipo por faltar uno de sus elementos: la revelación *no incumple el deber de sigilo del psicólogo porque la intromisión en la intimidad está autorizada por ley*.

Cabe preguntarse, no obstante, si la causa de atipicidad abarca la revelación de la violencia sufrida para todos los menores de edad o si es una regla general que tiene excepciones. Dos son los casos que habría que analizar para resolverlo: el de los menores emancipados y el de los menores maduros (no emancipados).

La LO 8/2021 utiliza casi indistintamente los términos “niños, niñas y adolescentes” y “personas menores de edad” y en su art. 2.1 establece que es aplicable a las personas menores de edad que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa de residencia y a los menores de nacionalidad española en el exterior. Es decir, en principio la ley es aplicable a los menores emancipados y también a los menores maduros lo que obligaría al psicólogo a desvelar, aunque ellos se opongan, que están siendo víctimas de violencia.

Respecto de los menores de edad emancipados, que no se mencionan en la LO 8/2021, debe recordarse que, aunque siguen siendo menores de edad en sentido cronológico, tienen capacidad de obrar según la legislación civil. También la LO 1/1996 se reconoce, en su art. 1, no aplicable a los menores de dieciocho años que en virtud de la ley hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad. Parece coherente con la afirmación de la

³² La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria, en su Capítulo VII completa las escuetas previsiones legales de la LO 1/1982 y de la Ley de Protección Jurídica del Menor, estableciendo el procedimiento aplicable para estos supuestos.

plena capacidad del menor emancipado, y con la admisión de su capacidad para consentir que el psicólogo revele los datos que le han confiado en la terapia, aceptar que tengan capacidad para exigir al profesional que no revele su intimidad, aunque lo que se le haya confiado sea que está siendo víctima de algún tipo de violencia. De aquí que la revelación del secreto del menor emancipado deba equipararse a la del adulto, y que no pueda constituir un caso de atipicidad que se comunique en contra de su voluntad que está siendo víctima de violencia, este caso debe resolverse en sede de justificación.

Respecto de los menores maduros hay que señalar que la legislación española ha ido incorporando progresivamente el espíritu de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que deja de considerar al menor objeto de protección para considerarle sujeto de derechos, y adaptándose a la idea de que el desarrollo evolutivo de los menores debe acompañarse de una mayor implicación en la toma de las decisiones que les afectan. Así se refleja en la LO 1/1996, en la medida en que el interés superior del menor se hace depender, entre otros criterios, del respeto de su creciente autonomía (art. 2). Es precisamente en el ámbito biosanitario donde más se ha desarrollado la doctrina del menor maduro, al amparo de lo establecido en el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP). El art. 9 de la LBAP reconoce validez a la decisión autónoma del menor maduro, incluso del menor de dieciséis años, aunque restringe su eficacia cuando se trate de una actuación de grave riesgo para su vida o salud, *según el criterio del facultativo*. Por ello, si el menor maduro que ha sido víctima de un delito lo revela en la terapia, y se opone a que se denuncie, el psicólogo deberá realizar una ponderación de intereses que tenga en cuenta la posible afectación a su salud psíquica puesto que la denuncia en ciertos casos, por ejemplo, cuando haya sido víctima de un delito de abuso sexual, puede ser contraproducente desde el punto de vista terapéutico, y en ocasiones hasta revictimizante, y plantearse la idoneidad de mantener el secreto hasta que pueda afrontarlo psicológicamente, es decir, se daría un conflicto de deberes a resolver en el ámbito de la justificación³³.

4. Las obligaciones legales de revelar información confidencial ¿justifican el incumplimiento del deber de sigilo?

Existen dos obligaciones legales que entran en conflicto con el deber de sigilo: a) colaborar con la justicia en sus dos vertientes, deber de denunciar los delitos de los que tenga conocimiento y deber de testificar en juicio, obligaciones contenidas en la LECrim; y b) la obligación de impedir los delitos que pudieran cometer sus pacientes y que hayan sido advertidos en el contexto de la terapia, obligación elevada a la categoría de delito.

Resulta obvio que dar cumplimiento al deber de sigilo no puede conseguirse al mismo tiempo que se cumple con los deberes de denunciar/testificar o con el deber de impedir

³³ Aborda la problemática de la confidencialidad ante el abuso sexual de adolescentes, desde la perspectiva ética y deontológica, en un interesantísimo artículo, CANIMAS (2018). El autor analiza los resultados de someter al criterio de 40 profesionales (del ámbito de atención terapéutica a niños y adolescentes y servicios sociales) los argumentos para defender dos posturas contrapuestas: 1) que en algunas ocasiones puede estar justificado atender a la voluntad del adolescente de no denunciar los abusos sexuales de los que fue víctima, y 2) la defensa de que siempre y sin excepciones debe ponerse en conocimiento de la justicia. CANIMAS (2018) p. 208 concluye que los que defendían la primera postura tendían a poner el centro de su pasión y argumentación en la ayuda a la víctima, mientras que los que abogaban por la segunda ponían el centro de su pasión y argumentación en el delito y la ley.

los delitos advertidos en el contexto de la terapia, por lo que será necesario resolver a favor de una u otra de las obligaciones. Es patente que nos encontramos ante una colisión de deberes³⁴, problemática que el Código Penal español contempla expresamente en dos eximentes: el estado de necesidad (art. 20.5º) y el cumplimiento del deber (art. 20.7º)³⁵.

La existencia de dos eximentes en las que incluir la colisión de deberes hace que resulte problemática su incardinación en el derecho positivo español, como pone de manifiesto la existencia de distintas posturas en nuestra doctrina³⁶: a) algunos autores, entre otros GIMBERNAT ORDEIG³⁷, defiende que todos los supuestos de colisión de deberes deben reconducirse al estado de necesidad, porque el conflicto de deberes encaja dentro del esquema general de conflicto de intereses propio de esta eximente, y aunque mayoritariamente se considera un supuesto de justificación se han mantenido también otras opiniones³⁸; b) otros abogan por la postura antagónica a esta, así CEREZO MIR³⁹, según la cual todos los conflictos de deberes imaginables estarían comprendidos en la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, pues, todos los supuestos comprendidos en esta última eximente son conflictos de deberes⁴⁰; c) y no faltan quienes disgregan los supuestos entre ambas eximentes con criterios distintos, por ejemplo, MIR PUIG⁴¹, LUZÓN PEÑA⁴² y CUERDA RIEZU⁴³.

La problemática que se oculta detrás de las distintas posturas es la existencia de diferentes tipos de colisión de deberes: de una parte, los deberes que se enfrentan pueden dar lugar

³⁴ La doctrina española, a diferencia de la alemana, no ha prestado demasiada atención al problema de la colisión de deberes, tan solo dos obras monográficas se han dedicado al tema, la de CUERDA en los años 80 y recientemente la de COCA en 2016, que deja, pp. 43-44, constancia de que incluso en la doctrina alemana que ha prestado más atención al tema, todavía hoy en día no resulta pacífico qué ha de entenderse por colisión de deberes, ni cuál es la relación de este instituto con el estado de necesidad, ni qué tipo de efectos eximentes de la responsabilidad penal debería desplegar la colisión de deberes.

³⁵ La diferencia de la colisión de deberes con el resto de las causas de justificación viene dada porque normalmente el efecto justificante consiste en que el ordenamiento jurídico *permite* que se realicen acciones típicas conminadas con una pena, sin embargo, en el caso de la colisión de deberes el efecto justificante se concreta en un *deber* de realizar la acción justificada.

³⁶ Excede de los objetivos del tema entrar en el estudio detallado de las diferentes posturas mantenidas en la doctrina respecto de la colisión de deberes, dichas posturas pueden consultarse en CUERDA (1984), pp. 55-57 y pp. 249-256 y más recientemente en COCA (2016), pp. 514-520.

³⁷ GIMBERNAT (1979), p. 61.

³⁸ Así MOURULLO (1966) pp. 239 y ss. considera que la colisión de deberes equivalentes constituye un estado de necesidad exculpante.

³⁹ CEREZO (1987) *passim* postura mantenida hasta sus más recientes publicaciones.

⁴⁰ También COCA (2016), pp. 521-523.

⁴¹ MIR (2016) considera que estaríamos ante un conflicto de leyes a resolver como cumplimiento de un deber si existe en la norma extrapenal un deber específico de lesionar el bien jurídico que protege un tipo penal, p. 492, sin embargo existiría colisión de deberes, a resolver como estado de necesidad, cuando la norma extrapenal no contenga un deber específico de lesionar el bien jurídico tutelado por el tipo penal, p. 494. Además, p. 495, cree discutible que el deber de denunciar delitos y de testificar sean deberes específicos, afirmando también que no constituye un deber amparado en el art. 20.7º el deber de guardar secreto de los abogados, procuradores y otras personas relacionadas con la justicia o que intervengan en el delito.

⁴² Suele incluirse a LUZÓN (2016), entre los partidarios de considerar toda colisión de deberes en el contexto del estado de necesidad, y así lo manifiesta (Cap. 24, núms. 21-23), salvo cuando aborda la colisión entre deberes de actuar y deberes de omitir, en este caso considera que es dudoso que se pueda enmarcar en el estado de necesidad (Cap. 24, núm. 24), supuesto que relaciona directamente con el ejercicio legítimo del derecho (Cap. 25, núms. 71-73), es decir en el marco de la eximente del art. 20.7, respecto de la que también considera que es necesario hacer una ponderación de intereses.

⁴³ CUERDA (1984), pp. 254-255 reconduce al art. 20.7 los casos en los que el autor infringe un deber penal para cumplir un deber extrapenal, el resto de los supuestos se resolverían por el art. 20.5.

a que el mal que se cause sea menor, igual o superior al que se trata de evitar, y, de otra, la colisión puede darse entre deberes de acción, deberes de omisión y deberes de omisión y de acción⁴⁴.

A mi juicio, y como *prius*, debe rechazarse que todas las colisiones de deberes deban reconducirse al estado de necesidad, porque eso supondría el vaciamiento de la eximente de cumplimiento del deber, además de obligar a considerar en todo caso responsable penal a quien cumple con un deber que causa un mal mayor que el que trata de evitar. De igual forma debe rechazarse que toda colisión de deberes deba reconducirse a la eximente de cumplimiento del deber formalmente considerada, porque eso supondría aceptar que está tan justificado cumplir con el deber que protege el interés menor como cumplir el deber que protege el interés mayor, dado que el ordenamiento jurídico obliga a cumplir los dos deberes.

Partiendo de esta premisa, que obliga a distinguir los distintos supuestos que puedan darse, deben tenerse en cuenta las siguientes cuestiones: a) Tanto en la colisión de deberes como en el estado de necesidad late un conflicto de intereses, porque el ordenamiento jurídico de un estado de derecho no debería contener normas que suponga meras infracciones de deberes no respaldados por intereses; b) La ponderación de los deberes jurídicos remite a la ponderación de los intereses en conflicto a cuya tutela se orientan los correspondientes deberes; c) La eximente de cumplimiento del deber, como el resto, se fundamenta en el interés preponderante, lo que permite excluir de la misma el cumplimiento de deberes provenientes de otro sector del ordenamiento jurídico que protegen intereses menores al incumplido; d) Son los intereses en juego, y no solo los bienes jurídicos protegidos, lo que debe tenerse en cuenta en la ponderación tanto del cumplimiento del deber como del estado de necesidad; e) Debe tenerse en cuenta la jerarquía de los deberes que entran en colisión; f) No se puede dejar vacía de contenido la eximente de cumplimiento del deber.

Partiendo de las proposiciones anteriores considero que la colisión de deberes entre los deberes de sigilo y los de denunciar/testificar e impedir delitos debe subsumir en la eximente del cumplimiento del deber ex art. 20.7⁴⁵, analizando la jerarquía de los deberes y también la prelación de los intereses en conflicto para resolverlo⁴⁶. Además, habrá que considerar dos cuestiones:

1) La colisión enfrenta un deber omisivo/de abstención proveniente de una norma prohibitiva (no se debe revelar la intimidad del paciente) a deberes de acción/deber de actuación positiva provenientes de distintos mandatos (se debe denunciar el delito, se

⁴⁴ Las especiales dificultades de la colisión de deberes en este supuesto pueden consultarse en COCA (2016), pp. 72-82.

⁴⁵ En este sentido CEREZO (1987), pp. 275-277. También COCA (2016), acaba concluyendo, pp. 521-523, que el conflicto de deberes debe abordarse en el ámbito del cumplimiento del deber (art. 20.7º), aunque no a nivel de justificación sino de atipicidad.

⁴⁶ En la resolución de la colisión entre los deberes de sigilo y los de denunciar/testificar e impedir delitos en el ámbito de la medicina la doctrina suele recurrir al cumplimiento del deber en aquellos conflictos que se presentan entre el deber de denunciar/testificar y el deber de sigilo, mientras que cuando el conflicto se da entre éste y otros bienes jurídicos personales (vida, integridad y salud...) se reconduce al estado de necesidad. Así ROMEO (2004), pp. 982-983 y GONZALEZ RIVERO (2008), pp. 687-688, aunque también se ha defendido que todos los casos deben derivarse al estado de necesidad, así SERRANO (2005), p. 140 y REQUEJO (2006), p. 200.

debe testificar en juicio, se debe impedir la comisión de delitos)⁴⁷.

2) Respecto de los secretos que el psicólogo haya conocido en la terapia hay que distinguir tres tipos de conflictos: a) el conflicto entre el deber de denunciar/testificar hechos ya realizados constitutivos de delito y el deber de sigilo; b) el deber de impedir hechos delictivos que están sucediendo, y c) el deber de impedir hechos delictivos que podrían suceder en el futuro.

4.1. El deber de denunciar/testificar sobre hechos delictivos ya acaecidos cometidos por el paciente que han sido conocidos en la terapia

La vetusta LECrim española de 1882, que obliga a denunciar los delitos conocidos en el ámbito profesional y a declarar sobre los mismos, difiere radicalmente de la normativa de nuestro entorno jurídico que reconoce el derecho a no declarar por razón del secreto profesional. Sin duda que asimilar el ordenamiento jurídico español al resto de los occidentales era lo que tenía en mente el constituyente español cuando conminó en el art. 24.2 al legislador ordinario a regular los casos en los que no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos por razón del secreto profesional⁴⁸.

El desarrollo del art. 24.2 de la Constitución se materializaba en el Anteproyecto de LECrim de 2020 que recogía tanto la exención de la obligación de denunciar como de declarar por razón de secreto profesional, incluyendo entre otros profesionales a los médicos y el resto del personal sanitario, respecto de los datos reservados que les hubieran sido confiados en el ejercicio de su profesión. Desafortunadamente el Anteproyecto no prosperó y siguen vigentes las obligaciones contenidas en la LECrim por lo que los médicos, psiquiatras y psicólogos clínicos están obligados a denunciar y a declarar en los procedimientos penales sobre las confidencias que les hayan realizado sus pacientes, a la par que están obligados a preservar su intimidad, lo que adquiere singular trascendencia cuando lo revelado es la comisión de un delito⁴⁹. Para resolver la colisión de tales deberes resulta imprescindible realizar un análisis de los mismos y de los intereses que protegen.

4.4.1. El deber de denunciar delitos pasados conocidos en la terapia

La LECrim establece en el art. 264 que todos los ciudadanos tienen que denunciar aquellos delitos públicos de los que hayan tenido conocimiento por cualquier medio, y en el art. 262 la obligación de denunciar inmediatamente los delitos públicos flagrantes de los que se hubiera tenido conocimiento por razón del cargo, profesión u oficio. Las sanciones que se imponen por el incumplimiento de estos deberes, multas expresadas en pesetas todavía, dan cuenta de lo desactualizada que se encuentra la LECrim y aporta un criterio importante para resolver la colisión de deberes en este ámbito. De este deber profesional de denunciar están exentos, según establece el art. 263, los abogados y

⁴⁷ También lo considera así LUZÓN (2016), Cap. 24 núm. 24.

⁴⁸ La necesidad de desarrollar el contenido del art. 24.2 de la Constitución y de coordinar la obligación legal de guardar secreto del profesional con el contenido de la LECrim ha sido puesta de manifiesto por la doctrina penal porque, solo de esa forma se resolvería el problema de inseguridad jurídica que hoy en día impera en este ámbito. Vid. entre otros MAYORDOMO (2002), p. 852, SERRANO (2005), p.140 y REQUEJO (2006), p. 192.

⁴⁹ Afirma SERRANO (2005), p. 139, que dar prioridad a estas obligaciones sobre la protección de la intimidad del paciente haría que los psicólogos pasasen de “confidentes necesarios del potencial paciente a confidentes forzosos (o a su pesar) de la Administración de justicia penal”. En el mismo sentido GÓMEZ TOMILLO (2009), p. 15.

procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes, y los eclesiásticos y ministros de otros cultos respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio. La exención no abarca, sin embargo, a los profesionales sanitarios por lo que *a priori* estos están obligados a denunciar⁵⁰.

Desde la perspectiva de la jerarquía de deberes, el deber de denunciar/testificar aparece como un deber más débil que el de preservar la intimidad del paciente por los siguientes motivos: a) el establecimiento del deber omnímodo de la LECrim vulnera el art. 24.2 de la Constitución puesto que, siendo una ley anterior a la misma, obvia la existencia del deber de secreto que protege la intimidad, derecho constitucionalmente protegido⁵¹; b) el CP de 1995 dispensa protección al secreto profesional en el art. 199.2 del CP que obliga al personal sanitario a no vulnerar la intimidad de los pacientes, sin que exista ninguna norma posterior a la Constitución que les obligue a desvelar los secretos profesionales, al contrario, existen numerosas normas que obligan a guardar la confidencialidad. Si el legislador hubiera deseado que el psicólogo divulgara los hechos delictivos cometidos por sus pacientes habría regulado el alcance del secreto profesional en el ámbito sanitario, como lo ha hecho en el ámbito tributario (art. 93 de la Ley General Tributaria)⁵²; y c) el art. 199.2 contiene una norma prohibitiva que recoge un deber de omitir (no revelar la intimidad) mientras que los arts. 262 y 420 de la LECrim son normas preceptivas, que implican un deber de actuar (denunciar/testificar), como también lo es el art. 556 del CP⁵³. Como pone de manifiesto CUELLO CONTRERAS el deber de omitir la infracción de prohibiciones es preferente sobre el deber de cumplir deberes de acción (contenidos en mandatos)⁵⁴, postura que suele refrendarse por la comparación de las penas que amenazan unos y otros. En el caso que tratamos se comprueba que el incumplimiento del deber de omitir es más grave que el incumplimiento del deber de actuar, puesto que el art. 199.2 amenaza con pena de prisión de 1 a 4 años, mientras que el incumplimiento que los deberes de actuar se sancionan menos (el incumplimiento del deber del art. 262 no se sanciona puesto que la multa está expresada en pesetas, el incumplimiento del deber de 420 se sanciona con una multa de 200 a 5.000 euros, y el incumplimiento del deber de testificar en su modalidad más grave de desobediencia grave a la autoridad del art. 556, se castiga con pena alternativa de prisión de tres meses a un año o multa de seis a

⁵⁰ GÓMEZ RIVERO (2008), p. 687-688 considera que, aunque el art. 263 no se refiere a las profesiones sanitarias debe extenderse a las mismas, ya que el fundamento de la excepción es el respeto a los datos conocidos en función del oficio y ese mismo fundamento está presente también en dichas profesiones, de este postulado deduce que el personal sanitario no tiene el deber de denunciar sino la opción de hacerlo o no.

⁵¹ GÓMEZ TOMILLO (2009), p. 5 llega a afirmar que el art. 262 LECrim ha sido derogado de forma tácita por la Constitución, la afirmación supone que se resuelve el conflicto en sede de tipicidad. No está falto de razón el autor, quizás esa sea la razón que subyace a la falta de actualización de las sanciones previstas.

⁵² SERRANO (2005), pp. 140-141.

⁵³ Quizás esto sea más cuestionable porque cabe interpretar que el art. 556 CP contiene una prohibición de desobedecer las órdenes del tribunal.

⁵⁴ CUELLO CONTRERAS (1990) p. 506, añadiendo a continuación, p. 507, que “al principio de jerarquía de bienes jurídicos, que autoriza a sacrificar el bien jurídico de menor valor para salvar el de mayor valor, y fundamenta la figura del estado de necesidad justificante, se suma, como complemento, el principio de jerarquía de deberes, en virtud del cual, el cumplimiento del deber de omitir tiene preferencia sobre el cumplimiento del deber de actuar, aun en el caso de que los bienes jurídicos en conflicto tengan el mismo interés”. COCA (2016) recuerda que esta es la postura dominante en Alemania y recoge los argumentos a favor de la misma, pp. 200-208., y los argumentos en contra, en las pp. 209-218, si bien hay que advertir que mientras que en los argumentos a favor se manejan deberes de actuar y deberes de omisión no referidos a resultado en los argumentos en contra son mayoritarios estos.

dieciocho meses).

Desde una perspectiva material, el conflicto de intereses que subyace a la colisión de deberes en este supuesto enfrenta el interés en proteger bienes jurídicos individuales (la intimidad del paciente e incluso su salud psíquica) a los que se une un interés de carácter social (mantener la confianza general en el secreto del psicólogo, interés necesario para la prestación de la atención sanitaria en el ámbito de la salud mental) con el interés público de colaboración con la justicia, sin que en el caso de delitos cometidos en el pasado exista ningún bien jurídico individual que tutelar. No cabe duda de que, desde esta perspectiva, debe prevalecer también el deber de sigilo por lo que debe considerarse justificado no denunciar y no declarar sobre los hechos delictivos pasados conocidos por el psicólogo en la terapia.

Existe una única sentencia en la que se ha planteado la colisión entre el deber de sigilo y el deber de denunciar en el ámbito de la medicina. No obstante, hay que aclarar que la colisión que se da en estos hechos difiere del problema que se analiza en tanto que no se trata de revelar un delito cometido por el paciente sino cometido *contra* el paciente. Pese a ello consideramos de interés comentarla. Se trata de la STS núm. 778/2013, de 22 de octubre, que resuelve la denuncia presentada contra un cirujano estético por presuntos delitos de los arts. 197 y 199.2⁵⁵. El cirujano presentó las historias clínicas de numerosos pacientes, algunos de ellos a los que el mismo había operado y otros que había obtenido de los archivos de la clínica, para denunciar los presuntos delitos de estafa y contra la salud cometidos por la clínica para la que trabajaba⁵⁶. La clínica le denunció por la comisión de sendos delitos del arts. 199.2, por la revelación de los datos de sus pacientes respecto de los que tenía deber de secreto, y del 197.1 y 2 por el delito de descubrimiento y revelación de secretos de las historias de los demás. La SAP Valencia 323/2012, de 30 de mayo, le absolvió del delito del art. 199.2 por la concurrencia de un error de prohibición invencible y le condenó por el art. 197.1 y 2, aunque apreció un error de prohibición vencible respecto del mismo.

EL TS confirmó la absolución por el delito del art. 199.2 señalando que no se trataba de un error de prohibición sino de una justificación por el cumplimiento de un deber (art. 20.7^a). Según el TS la conducta de “poner en conocimiento de la autoridad competente para la depuración de lo que entiende son hechos delictivos no es revelar secretos, sino cumplir con la obligación impuesta en el art. 259 y ss. de la LECrim deber impuesto legalmente y con especial intensidad al médico (art. 262 de la LECrim)”. Además, el TS absolvió al procesado del delito del art. 197 por considerar que el error de prohibición era de carácter invencible, no obstante, obligó a indemnizar a los pacientes por este último delito, por el daño moral causado, en una cuantía de 1000 euros.

A propósito de esta sentencia RAGUÉS Y VALLÈS cuestiona la justificación por cumplimiento del deber porque es necesario también –en los mismos términos que en el estado de necesidad justificante– que se respeten las exigencias propias de la necesidad del medio empleado, en particular, que no se revele información respecto de la cual exista una expectativa legítima de reserva y cuya exposición sea innecesaria para hacer llegar la

⁵⁵ Analiza tanto la STS como la SAP de Valencia de la que trae causa RAGUÉS (2015) *passim*.

⁵⁶ Ambas denuncias fueron archivadas porque se constató que en el contrato suscrito por las pacientes con la clínica no figuraba que los implantes tuvieran que ser de una marca concreta por lo que no podía considerarse que hubieran sido estafadas. Tampoco la salud de las pacientes se puso en riesgo por la utilización de implantes mamarios de otra marca, porque estos eran perfectamente seguros.

notitia criminis a las autoridades⁵⁷. Concluye el autor considerando que en el caso existían circunstancias a favor del acusado (recopilación de pruebas del médico que hiciera más verosímil su denuncia y minimizara posibles riesgos de destrucción que pudieran frustrar las expectativas de resarcimiento de las víctimas o le pusieran a él mismo en el trance de ser denunciado por acusación y denuncia falsa) que debían haber dado lugar, sin duda alguna, a que se apreciara en beneficio del acusado una eximente incompleta en relación con el cumplimiento de un deber y/o el estado de necesidad justificante⁵⁸.

Aplicando al caso los argumentos señalados más arriba se debería concluir que no cabe en este caso considerar el cumplimiento del deber para justificar la revelación de la intimidad, porque ni el art. 262 LECrim tiene una jerarquía superior al art. 199.2 CP ni tampoco se puede considerar que exista un interés preponderante tras el incumplimiento del deber de sigilo puesto que la salud de las víctimas no había sido puesta en peligro, porque los implantes eran seguros, aunque de menor calidad. Pero es que además el incumplimiento del deber de sigilo no era racionalmente necesario para que el procedimiento judicial correspondiente se hubiera iniciado (la mera denuncia habría bastado para que se hubiera procedido a la toma de declaraciones) y desde luego no era la forma menos lesiva de conseguir que se investigaran los hechos, puesto que el cirujano también podría haber revelado a sus pacientes la estafa y el posible peligro para su salud que pudiera existir, dándoles la oportunidad de ser ellas los que denunciaran y promovieran la persecución del delito, de esa forma el profesional habría respetado su intimidad y al mismo tiempo habría colaborado con la justicia⁵⁹.

La misma opinión respecto de la falta de justificación compartía la Audiencia Provincial que consideró, acertadamente, que el cirujano incurrió en un error de prohibición invencible respecto de la conducta del art. 199.2 en la medida en que el propio Ministerio Fiscal le instó a denunciar los hechos desvelando el secreto de sus pacientes. Respecto de la conducta inicial de apoderarse de otros historiales médicos, realizada antes de haberse dirigido a la autoridad para denunciar, la Audiencia tan solo consideró un error de prohibición vencible dado que la confidencialidad de tales expedientes forma parte de los conocimientos legales básicos de todo médico y la acción se realizó sin ningún tipo de asesoramiento previo, lo que le era exigible ante la realización de una conducta con riesgos jurídicos evidentes⁶⁰. La argumentación de la Audiencia también es en este caso impecable.

4.1.2. El deber de declarar sobre delitos pasados conocidos en la terapia

Por lo que respecta al deber de declarar lo primero que hay que señalar es que el art. 118 de la Constitución obliga a todos los ciudadanos a prestar la colaboración requerida por Jueces y Tribunales en los procedimientos que tramiten.

El deber de colaboración con la justicia en el ámbito penal queda recogido en la LECrim que, en el art. 410, obliga a concurrir al llamamiento judicial a todos los que residan en

⁵⁷ RAGUÉS (2015) p. 26.

⁵⁸ RAGUÉS (2015), pp. 28-29.

⁵⁹ La Audiencia Provincial consideró que la actuación del cirujano no obedeció a su deber como médico y que los medios empleados, respecto del deber de denuncia, no habían sido racionalmente proporcionados por lo desestimó la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber.

⁶⁰ RAGUÉS (2015), pp. 29-30.

territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado. Deber que se completa con lo establecido en el art. 420 que sanciona al que debiendo hacerlo no concurriere al primer llamamiento judicial o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre los que fuere preguntado. El mismo artículo establece que, caso de persistir en la negativa a declarar, el testigo será perseguido por el delito de desobediencia grave a la autoridad⁶¹.

De esta obligación de declarar en proceso penal la misma LECrim dispensa al abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor y a los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones con los procesados. Así mismo, el art. 417 señala que no pueden ser obligados a declarar los eclesiásticos y ministros de religiones, así como los funcionarios públicos cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar. La exención no alcanza tampoco en este caso a los profesionales sanitarios, a los que sin embargo sí compete el deber de sigilo. Sin embargo, la LEC, en el artículo 307, reconoce que existen obligaciones legales de guardar secreto, y en el art. 371 atribuye al juez la facultad de analizar el fundamento de la negativa a declarar por alegación de deber de secreto y resolver si procede o no la abstención.

En el ámbito de la psicología clínica no existe ningún pronunciamiento judicial que aborde directamente la colisión entre el deber de sigilo y el deber de testificar, aunque hay al menos dos sentencias de nuestro Tribunal Supremo, la STS 734/2015, de 3 noviembre⁶², y la STS 470/2016, de 1 junio⁶³ que, como afirma RODRÍGUEZ LAINZ, “no han tenido reparo en dar carta de naturaleza a la necesidad de garantizar el vínculo de confidencialidad que une a paciente y médico en un contexto de actuación pericial judicializada”⁶⁴. Considera el autor que la información facilitada por un paciente a su médico, en el caso concreto un psiquiatra, cuando actúa como tal, resulta inaccesible, por mor del secreto profesional, al proceso⁶⁵.

Los mismos argumentos manejados para considerar justificada la no denuncia de los delitos conocidos en terapia pueden manejarse para considerar justificada la falta de declaración, salvo en el supuesto de que el silencio suponga la condena a un inocente por la comisión de un delito, porque en ese caso los intereses en juego cambian. Así es, desde

⁶¹ Es importante resaltar que art. 420 LECrim no considera cometido el delito de desobediencia por la mera negativa a testificar, lo que sí hace en otros supuestos, sino que se limita a señalar que se procederá por el delito de desobediencia del art. 556 CP.

⁶² En el FJ 9 de esta sentencia se señala: “Son absolutamente inutilizables y no tendrían que haber accedido al juicio oral las manifestaciones sobre algunos hechos enjuiciados efectuadas por el recurrente a su psiquiatra. Esas entrevistas médicas no pueden servir en modo alguno para obtener información del imputado que en ese escenario es paciente y no investigado y no puede ver arrebatada la confianza plena en el facultativo por el temor de que desvele lo que le narra sin ser advertido previamente de sus derechos”.

⁶³ El FJ 1 señala: “No es de ninguna forma utilizable lo que pudiese narrar a la trabajadora social o al psicólogo en un marco también procesal, pero con una significación muy diferente: lo relatado por el acusado a un Médico Forense, a un Psicólogo, a cualquier otro profesional en el curso de una prueba acordada judicialmente no puede servir para extraer de ahí una confesión informal al margen de las básicas exigencias legales”.

⁶⁴ RODRÍGUEZ (2017), p. 3.

⁶⁵ RODRÍGUEZ (2017), p. 13. Respecto del deber de denuncia RODRÍGUEZ (2017) p. 14 señala que forzar el deber de denuncia cuando se pone en tensión la propia esencialidad de un secreto profesional encaminado claramente a garantizar la salud del paciente supondría ya de por sí un conflicto de dimensión constitucional que, salvo muy justificadas excepciones, solamente podría vencer en favor de la preservación de la intimidad y del bien superior de la salud del paciente.

la perspectiva material los intereses que entran en conflicto serían la intimidad del paciente y los bienes jurídicos de la persona inocente que sería condenada (su libertad, su dignidad y honor), lo que obliga a considerar preferente el deber de declarar⁶⁶.

4.2. La evitación de hechos delictivos actuales o futuros conocidos en la terapia

Cuando en la terapia el psicólogo conoce que su paciente es víctima de un delito, o está cometiendo un delito, o podría cometerlo en el futuro, el conflicto de deberes surge entre la obligación de preservar su intimidad (art. 199.2) y el deber de impedir delitos que se recoge en el art. 450 del CP español.

En el art. 450 se contiene un delito de simple omisión que castiga dos modalidades típicas no impedir la comisión de ciertos delitos (art. 450.1) y no comunicarlo a la autoridad en el caso de que no se pueda evitar personalmente el delito (art. 450.2).

El art. 450.1 inciso primero, castiga a quien pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, y en el inciso segundo los demás casos. La falta de taxatividad del precepto plantea la cuestión de si la expresión “delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual” restringe el alcance del deber de intervenir exclusivamente a la comisión de los delitos que se identifican con la regulación sistemática del CP o podría abarcar también delitos que afecten a los mismos bienes jurídicos pero que estén ubicados bajo otras rúbricas. Por otra parte, la expresión legal “en los demás casos”, se puede considerar asociada al término personas, y entonces serían solo otros delitos contra las personas, o independiente de la misma, lo que llevaría a afirmar que se trataría de cualquier otro delito. La doctrina mayoritaria se inclina por una interpretación restrictiva del art. 450 en tanto que cuestiona su existencia de *lege ferenda* por considerar que el mandato de colaboración al ciudadano en tareas policiales que contiene es perturbador y anacrónico por su vinculación con regímenes autoritarios y contraproducente desde la perspectiva del estado democrático de derecho⁶⁷.

El art. 450.2 castiga, con las mismas penas, a quien teniendo noticia de la próxima o actual comisión de esos mismos delitos no acuda a la autoridad o a sus agentes para que los impidan⁶⁸. Acertadamente considera GÓMEZ TOMILLO que el conflicto del psicólogo será entre esta modalidad típica y el deber de sigilo dado que la comunicación a las autoridades será la que pueda impedir la comisión del delito⁶⁹.

Para que la omisión se considere típica se exige que exista una situación de peligro actual o inminente para la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual de una persona concreta, determinada o determinable, siendo necesario además que sea objetivamente

⁶⁶ En este sentido también SERRANO (2005), p. 146. Por su parte LUZÓN (2012), p. 460 considera que en casos límite, por estar en juego intereses vitales o esenciales, pesará más el deber de cooperación con la justicia y el profesional deberá revelar su secreto al juez o a la autoridad.

⁶⁷ POMARES (2013), pp. 871-878.

⁶⁸ El delito del art. 450.2 no abarca el mismo supuesto que la obligación de denunciar contenida en el art. 262 LECrim, principalmente porque solo se puede denunciar lo que ya ha sucedido y sin embargo impedir solo se puede impedir lo que está sucediendo o sucederá.

⁶⁹ GÓMEZ TOMILLO (2009), p.3.

previsible que la intervención pueda impedirlo⁷⁰. La doctrina penal mayoritaria sostiene que no basta con la mera creencia por parte del sujeto, de que se va a cometer un delito (criterio subjetivo), sino que es preciso que la resolución delictiva se haya manifestado objetivamente de alguna manera a través de indicios suficientes como para fundamentar una sospecha seria de que el delito en cuestión va a ejecutarse en un período de tiempo más o menos próximo⁷¹. Por otra parte, la conducta impeditiva no debe implicar riesgo personal propio o ajeno⁷².

A la luz de los contenidos del art. 199.2 y 450 del CP debe resolverse la colisión de deberes examinado para resolverlo la jerarquía de deberes y los intereses que entran en conflicto.

Respecto de la jerarquía de deberes debe señalarse que, tanto por contener el art. 199.2 un deber de omisión frente al deber de acción del art. 450 como por la mayor pena con la que el legislador amenaza la conducta del art. 199.2, debe considerarse de mayor rango el deber de sigilo, por lo que la regla general será la primacía del derecho a la intimidad y solo excepcionalmente la colisión deberá resolverse en contra del deber de sigilo⁷³.

Respecto del conflicto de intereses debe señalarse, como punto de partida, que el interés que se opone a la privacidad no puede plantearse en términos meramente genéricos o potenciales, esto es, como la hipotética lesión de intereses de terceras personas, porque de ser así no existiría conflicto alguno, primaría el derecho a la intimidad del paciente porque la comunicación a las autoridades de la sospecha no podría ampararse en el cumplimiento del deber impuesto por el art. 450. La colisión de deberes surge solo cuando *de facto* se da una situación de peligro actual o inminente lo que sucederá cuando el paciente revela que está siendo víctima o está cometiendo un delito, y en los casos en los que el psicólogo, por las circunstancias que concurren, pueda sospechar que el paciente pueda convertirse en una fuente de peligro grave para bienes jurídicos personales de terceros, y existan razones fundadas para pensar que la evitación del mismo no pueda confiarse a la adopción de medidas protectoras por parte de aquél⁷⁴.

4.2.1. El deber de denunciar hechos delictivos actuales

El psicólogo que conozca en la terapia que su paciente está siendo víctima de un delito, o que lo está cometiendo, se enfrenta a una colisión de deberes tras la que late un conflicto de intereses que enfrenta bienes jurídicos de carácter individual.

A. Cuando el paciente está siendo víctima de un delito el conflicto de intereses se plantea entre bienes jurídicos de carácter individual que afectan a la misma persona. Con víctimas adultas capaces de autoprotgerse, que no desean denunciar el delito del que están siendo víctimas, el conflicto debe resolverse a favor de la libertad del paciente y su derecho a la intimidad, singularmente cuando se trate de delitos que requieren denuncia, como lo son

⁷⁰ SOLA (1998), pp. 106-107.

⁷¹ HUERTA (1997), p. 226 y SOLA (1998), p. 106.

⁷² Se trata de una causa de inexigibilidad con efectos excluyentes del tipo, es decir, la existencia de riesgo propio o ajeno impide que surja la obligación de actuar, SOLA (1998), p. 118.

⁷³ Esta es la postura que defiende mayoritariamente la doctrina aunque con argumentos distintos en cada caso. Así GÓMEZ RIVERO (2008), pp. 685-686.

⁷⁴ GÓMEZ RIVERO (2008), p. 685.

los que protegen la libertad sexual⁷⁵. Además de que el interés por preservar la libertad de decisión del paciente se configura como superior al resto de los intereses que puedan entrar en conflicto, debe hacerse también una consideración de carácter pragmático, si el paciente se niega a testificar sobre los hechos delictivos de los que es víctima difícilmente va a poderse obtener una condena para el autor del delito, lo que podría devenir incluso en una situación más peligrosa para la víctima. Por ello si el psicólogo no comunica a la autoridad que su paciente está siendo víctima de un delito su conducta debería considerarse justificada.

Sin embargo, cuando el paciente/víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad que le impida autoprotegerse, o formarse un juicio sobre la trascendencia real de lo que ocurre, el psicólogo tendrá que ponderar las alternativas y decidir en función de lo que crea más conveniente para el paciente: si está en juego la vida, o la integridad o salud del paciente, el psicólogo debería comunicar a las autoridades la situación; sin embargo en el resto de los casos sería preponderante la privacidad, a la que se uniría la salud psíquica y el interés en que el paciente siguiera confiando en él, por lo que no debería hacerlo.

B. Cuando el paciente revela en la terapia que está cometiendo un delito de los no comprendidos en el art. 450 el conflicto se planteará con el deber de denunciar, pero si se tratare de un delito contra las personas y los bienes jurídicos señalados en el art. 450 la colisión lo será con el deber impuesto en esta norma. En el primer caso el conflicto debe resolverse en favor del deber de secreto por las razones ya expuestas, y en el segundo en favor del deber de impedir la comisión del delito, en tanto que existe un peligro actual e inminente para la víctima del delito⁷⁶.

4.2.2. La evitación de futuros delitos que pueda cometer el paciente

Tres son las situaciones que se pueden enmarcar en este epígrafe:

a) Enfermedades incompatibles con el ejercicio de la actividad profesional

En este apartado entrarían los supuestos en los que el psicólogo en la terapia se da cuenta de que el paciente al que atiende está aquejado de una enfermedad claramente incompatible con la actividad profesional que desempeña y ésta supone un riesgo para la vida/salud de terceros indeterminados (miembros de cuerpos de seguridad que porten armas, o conductores de vehículos de transporte público, pilotos de avión, etc.).

El ejemplo arquetípico sería el del de Germanwings, en el que se planteó precisamente la posible responsabilidad de los psiquiatras que no habían comunicado a la compañía aérea, o a la autoridad competente, el estado mental del piloto, que sufría un episodio depresivo psicótico, y que finalmente estrelló el avión que pilotaba para suicidarse. Los médicos y psiquiatras se defendieron de la acusación alegando el secreto profesional y los tribunales alemanes y franceses les exoneraron de responsabilidad penal porque el piloto no les había confiado sus intenciones suicidas, por lo que no podían conocer su estado mental real⁷⁷.

⁷⁵ Mantiene esta postura para los casos en los que la persona haya sido infectada de una enfermedad de transmisión sexual GÓMEZ TOMILLO (2009), pp. 17-18.

⁷⁶ En este sentido la doctrina dominante por todos GÓMEZ RIVERO (2008), p. 688.

⁷⁷ La descripción completa del caso puede consultarse en MENDOZA (2018), pp. 49-54.

A raíz de este caso la Oficina de Investigación y Análisis para la Seguridad de la Aviación Civil de Francia (BEA) recomendó que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableciera unas reglas claras que permitieran a los médicos/psiquiatras romper el secreto médico cuando los pilotos de avión supusieran un peligro público⁷⁸. En España el caso Germanwings fue estudiado por el Colegio Oficial de Médicos de Barcelona que solicitó de la Unión Europea una regulación específica del secreto médico que estableciera un marco normativo que facilitara canales de comunicación estables entre la medicina asistencial (tanto pública como privada) y la medicina de empresa para un mejor servicio a la sociedad y al trabajador. Además recomendaba, como medida preventiva ante la posible necesidad de romper el secreto, incorporar en el acto médico y en el documento de consentimiento informado una explicación de cuáles son los límites de la confidencialidad⁷⁹.

La reiterada solicitud de que se regularan los límites del secreto médico para estos casos no ha tenido eco ni en la OMS, ni en el ámbito de la Unión Europea, ni tampoco en nuestro país, por lo que la inseguridad jurídica del personal sanitario sigue siendo lugar común⁸⁰.

La doctrina española⁸¹ suele considerar que cuando el paciente muestre claros síntomas de inestabilidad mental que hagan objetivamente previsible que su actividad profesional pueda poner en riesgo la vida/salud de terceros indeterminados el conflicto de intereses debe resolverse en contra del secreto profesional tratando de compaginar, si se pudiera, el deber de salvaguardar la vida/salud de terceros con el derecho a la intimidad, comunicando tan solo al médico de empresa el estado mental del paciente⁸².

De la misma opinión fue la Audiencia Provincial de Álava, que en Auto 268/2005, de 28 noviembre, apreció la eximente de cumplimiento del deber en la actuación de un médico que comunicó por teléfono a otro, un colega de los servicios médicos del Ayuntamiento de Donostia, el recuerdo de que una persona que estaba en prácticas en la policía local de ese ayuntamiento padecía una enfermedad⁸³. La enfermedad, que no había sido comunicada por el candidato, le excluía del proceso de selección y el Ayuntamiento le expulsó del cuerpo. La decisión administrativa de expulsión fue recurrida por el candidato que finalmente planteó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El recurso fue resuelto en STC 159/2009, de 29 de junio, que consideró que la actuación del facultativo comunicando por teléfono el recuerdo de que el aspirante a policía local padecía una enfermedad, “obviando el deber de secreto profesional que pesa sobre este tipo de datos, vulneraba el derecho a la intimidad establecido en el art. 18 de la

⁷⁸ MENDOZA (2018), pp. 58-59.

⁷⁹ Colegio Oficial de Médicos de Barcelona (2016) *passim*.

⁸⁰ Desde el ámbito sanitario se sigue insistiendo en la necesidad de esta regulación, y la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (2017) ha elaborado una Propuesta normativa de adaptación de Protección de datos personales y secreto profesional en el que se recogen las limitaciones del secreto profesional.

⁸¹ GÓMEZ RIVERO (2008), p. 686 y GÓMEZ TOMILLO (2009), p. 24.

⁸² El Código deontológico médico establece que el secreto profesional debe ser la regla. No obstante, el médico podrá revelar el secreto exclusivamente, ante quien tenga que hacerlo, en sus justos límites, con el asesoramiento del Colegio si lo precisara, entre otros casos, cuando su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o a un peligro colectivo. El Código deontológico del psicólogo no contiene ninguna norma similar a ésta.

⁸³ El médico conocía de la enfermedad por haber formado parte del servicio médico de la Ertzaintza que había evaluado y rechazado a esa persona en las pruebas a ese cuerpo.

Constitución, y que la decisión del Ayuntamiento fundada exclusivamente en dicha intromisión no superaba el juicio de proporcionalidad que la haría lícita”. A juicio del TC la intromisión en el derecho a la intimidad respondía a un fin constitucionalmente legítimo (porque la especial misión que cumplen los cuerpos y fuerzas de seguridad implica la observancia de especiales requisitos de idoneidad profesional en cuanto a la condición física y psíquica de los aspirantes) y la Ley de Policía Vasca persigue efectivamente el objetivo de garantizar la capacidad de los agentes de policía. No obstante según el TC la actuación del Ayuntamiento no superaba el juicio de proporcionalidad por varios motivos: a) de las previsiones legales no se deriva una habilitación para que se produzca el intercambio o cruce de datos médicos entre las diversas Administraciones que convocan procesos selectivos; b) las pruebas médicas del proceso de selección del Ayuntamiento arrojaron un resultado satisfactorio; c) el único elemento en el que el Ayuntamiento fundó la decisión de exclusión del candidato fue una información que fue facilitada (y recibida) con clara vulneración del derecho a la intimidad; y d) el Ayuntamiento no realizó ninguna prueba tendente a corroborar el dato que se transmitió telefónicamente.

La constancia que deja nuestro TC de la falta de previsiones legales para que se dé el intercambio o cruce de datos médicos parece inclinar la colisión de deberes hacia el cumplimiento del deber de sigilo, lo que supone que estaría justificado que el psicólogo no comunicara a la autoridad el estado mental de su paciente. Al mismo tiempo la decisión de comunicación al responsable médico del área de medicina del trabajo, de la manera más confidencial posible, también podría considerarse justificada si el psicólogo entiende que existe un riesgo real de que se vea afectada la vida/salud de terceros indeterminados. En estos casos el psicólogo tendrá que tomar una decisión atendiendo solo a criterios éticos. Se pone aquí de manifiesto la inseguridad jurídica que afronta el profesional, inseguridad que solo podría ser resuelta por el legislador desarrollando la previsión constitucional del art. 24.2⁸⁴.

b) Las situaciones abstractas de peligro

En las situaciones abstractas de peligro para la vida o la salud el interés que se contrapone a la intimidad se plantea en términos genéricos o potenciales, es decir, como una hipotética lesión de intereses de terceras personas.

Un caso semejante a estos, en tanto que no existía una amenaza explícita de usar la violencia, se planteó en el litigio Davis vs. Lhim (USA, 1975)⁸⁵ en el que un paciente diagnosticado de esquizofrenia solicitó el alta voluntaria del hospital psiquiátrico en el que estaba internado, solicitud aprobada por el psiquiatra que le atendía, y acabó disparando de forma aleatoria un arma, matando a su madre cuando trató de detenerle. La tía del paciente denunció al psiquiatra por haber aceptado el alta de forma negligente y por no haber avisado a la madre del peligro para su seguridad, la Corte Suprema de Michigan concluyó que los profesionales de la salud mental empleados por el gobierno tienen la obligación de advertir a las víctimas fácilmente identificables de las amenazas

⁸⁴ GOMEZ TOMILLO (2009), p. 28 frente a esta problemática acaba concluyendo que “hasta tanto el legislador resuelva esta contradicción, debe abordarse el conflicto considerando que una norma neutralizaría a la otra y que, por ello, tome la decisión que tome el psicólogo la conducta no estaría jurídicamente desaprobada”.

⁸⁵ El caso puede consultarse en <https://casetext.com/case/davis-v-lhim>.

hechas contra ellos por un paciente en el curso del tratamiento, aunque no tienen dicha obligación respecto del público en general.

La conclusión de la Corte de Michigan sería en nuestro ordenamiento jurídico incorrecta dado que el delito del art. 450 exige, como decíamos antes, la existencia de una resolución delictiva manifestada objetivamente a través de indicios suficientes como para fundamentar una sospecha seria de que el delito en cuestión va a ejecutarse en un período de tiempo más o menos próximo, no bastando con una mera amenaza genérica, ni siquiera dirigida contra persona concreta, para que la balanza se inclinara a favor de desvelar el secreto profesional. En estos supuestos ni siquiera puede considerarse que exista una colisión de deberes, el único deber del psicólogo sería respetar la intimidad de su paciente, de no hacerlo estaría incurriendo en el delito del art. 199.2⁸⁶.

Los argumentos utilizados por la American Psychological Association, en el caso Lhim, refuerzan la solución española: (1) no se puede exigir jurídicamente responsabilidad a los terapeutas por no predecir con precisión la peligrosidad futura de sus pacientes; (2) los profesionales de la salud mental no pueden predecir de manera fiable ni válida la peligrosidad; (3) imponer el deber de evaluar la peligrosidad y tomar medidas preventivas tendría efectos adversos porque conducirían a una medicina defensiva cuyos costos serían superiores a los beneficios obtenidos; (4) la violación de la confidencialidad podría afectar de manera significativa a la efectividad y adherencia a la terapia, como consecuencia de la pérdida de confianza en el terapeuta.⁸⁷ Desde la perspectiva psicológica se señala también que la aparición de factores de riesgo ha de ser medida cuidadosamente pero su presencia no equivale necesariamente a la posterior realización de la conducta temida. Además de ello hay que ser muy conscientes de que determinados grupos de pacientes (pacientes de VIH, enfermos mentales...) corren el riesgo de ser calificados más por estereotipos que por factores de riesgo individualizados y pueden ser estigmatizados desde una errónea dimensión preventiva⁸⁸.

c) Revelación de la intención de causar un daño concreto a un tercero

Cuando el paciente revela su intención de causar un daño personal alguien concreto nos encontraríamos frente a una situación similar a la que se da en el ámbito sanitario con el paciente de VIH que manifiesta su intención de no comunicar a su pareja estable la enfermedad y de mantener relaciones sexuales sin tomar las precauciones debidas para evitar el contagio con ella⁸⁹. Respecto de la situación de contagio del VIH+, en el que el que el riesgo de que se produzca efectivamente el contagio es elevadísimo, la doctrina mayoritaria considera que el médico puede y debe quebrantar su obligación de secreto y dar a conocer la enfermedad si existe un tercero concreto al que se pueda contagiar⁹⁰.

⁸⁶ La solución contraria supondría asignar al psicólogo una especie de función de gendarme que justificase la conducta de alertar a terceros de la enfermedad del paciente, así lo consideran GÓMEZ RIVERO (2008) p. 684 y GÓMEZ TOMILLO (2009), p. 139.

⁸⁷ American Psychological Association (1986).

⁸⁸ BARBERO *et al.* (2013) p. 571.

⁸⁹ En España existen varias sentencias del propio Tribunal Supremo que condenan al enfermo que ha contagiado, pero no se ha planteado ninguna cuestión en relación con la revelación del secreto profesional por este motivo.

⁹⁰ ROMEO (2004) pp. 984-986 parte de considerar que la colisión de deberes hay que resolverla a favor del mantenimiento de la confidencialidad, salvo para el personal sanitario que debe atender al enfermo que a su vez queda obligado por el deber de secreto, aunque acaba reconociendo finalmente que en algún caso

En el ámbito terapéutico cuando el paciente revele su intención de causar un daño a los bienes jurídicos personalísimos de una persona concreta, siendo muy probable que efectivamente lo haga, la ponderación de intereses se inclinará a favor de comunicar a las autoridades la situación. Sin embargo, cuando no existan pruebas certeras de que el paciente sea violento y solo aparezcan factores de riesgo debería respetarse el deber de sigilo⁹¹.

Conclusiones

En el ordenamiento jurídico español vigente en 2024 el psicólogo que en el acto terapéutico conoce de la comisión de un delito se enfrenta a obligaciones jurídicas que entran en colisión en tanto que no pueden cumplirse simultáneamente. Respecto de este conflicto de deberes se presentan ahora, a manera de resumen, las conclusiones a las que se han ido llegando en las páginas precedentes.

1. La legislación vigente tan solo resuelve el conflicto en dos casos legitimados al amparo del art. 2.2 de la LO 1/1982 y que por ello hacen atípica la vulneración de la intimidad: cuando el paciente la consienta y cuando el paciente menor de edad revele que ha sido o es víctima de violencia, aunque el caso del menor maduro debe tratarse como un caso de justificación por lo establecido en las leyes sanitarias.

2. La falta de desarrollo legislativo del art. 24.2 de la Constitución española obliga a resolver el resto de los supuestos desde la perspectiva de la colisión de deberes teniendo en cuenta la jerarquía de los mismos y los intereses que entran en juego en cada caso.

2.1. Por lo que respecta al conflicto entre la obligación de denunciar y de declarar contenidas en la LECrim y la obligación de sigilo del art. 199.2 se puede llegar a las siguientes conclusiones:

La falta de denuncia de la comisión de un delito pasado, que no es probable se reitere en el futuro, y la falta de comunicación de que el paciente adulto no vulnerable está siendo víctima de un delito, deben considerarse justificadas por el cumplimiento del deber de sigilo. Como se argumentó ampliamente en el apartado 4.1. en todos estos supuestos la ponderación de los intereses en juego, y la jerarquía de los deberes que entran en conflicto, obligan a dar prioridad al cumplimiento del deber de sigilo. De la misma forma debe resolverse la negativa a testificar sobre los hechos, salvo que el testimonio sea esencial para exculpar a un inocente porque en ese caso prima la defensa de los bienes jurídicos del inocente frente a la intimidad. También debe resolverse en este sentido la falta de denuncia de que el menor maduro ha sido objeto en el pasado de una situación de violencia cuando se niegue a denunciar porque al interés en proteger su intimidad se une el interés en proteger su salud, lo que obliga a cumplir con el deber de sigilo.

en el que la vida o salud de terceros esté en riesgo -cuando la persona contagiada de VIH se niega a informar a su pareja- la revelación del secreto puede ser el mal menor y por tanto quedar justificado al amparo del art. 20.5º.

⁹¹ BARBERO *et al.* (2013), p. 570 recomienda en este caso realizar un análisis del caso basado en la deliberación moral que tuviera en cuenta que la comunicación a las autoridades puede desencadenar medidas preventivas que podrían provocar un efecto claramente maleficente para el paciente.

2.2. Por lo que respecta al conflicto entre el deber de sigilo del art. 199.2 y la obligación de impedir delitos o promover su persecución del art. 450 debe señalarse que, tanto por contener el art. 199.2 un deber de omisión frente al deber de acción del art. 450 como por la mayor pena con la que el legislador amenaza la conducta del art. 199.2, debe considerarse de mayor rango el deber de sigilo, por lo que la regla general será la primacía del derecho a la intimidad y solo excepcionalmente la colisión deberá resolverse en contra del deber de sigilo. Sobre dicha premisa se llega a las siguientes conclusiones:

2.2.1. La revelación del secreto estará justificada cuando el paciente se encuentre en situación de vulnerabilidad y esté siendo víctima de un delito contra su integridad o salud, libertad o libertad sexual. Prima en este caso la obligación de comunicación del delito impuesta en el art. 450.2 del CP porque el conflicto enfrenta bienes jurídicos individuales de mayor rango que la intimidad, por lo que debe resolverse vulnerando esta. Sin embargo, de tratarse de un delito contra otro bien jurídico debería mantenerse la confidencialidad.

2.2.2. Cuando el paciente manifieste una amenaza genérica o potencial para personas no concretas no habrá colisión de deberes al no poder subsumirse la conducta en el art. 450.2 por falta de tipicidad, por lo que el psicólogo queda obligado por el deber de sigilo.

2.2.3. En los casos en los que el terapeuta detecte que el estado mental de su paciente, que ejerce una profesión peligrosa para otros, o cuando el paciente revele su intención de causar un daño a los bienes jurídicos personalísimos de una persona concreta, tanto la vulneración de la privacidad como el cumplimiento del deber de sigilo pueden considerarse justificados porque los bienes jurídicos que entran en conflicto son del mismo rango. El psicólogo deberá tomar su decisión atendiendo a criterios éticos.

Referencias

- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (1986): Caso Davis vs Lhim. Disponible en <https://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/davis> [visitado el 14/05/2024].
- BAJO FERNANDEZ, Miguel (1980): “El secreto profesional en el proyecto penal” en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Tomo 33), pp. 595-610.
- BARBERO GUTIÉRREZ, Javier, SÁNCHEZ CABALLERO, Marina y MARTÍN CORTECERO, Jesús M^a. (2013): “Secreto profesional y riesgo vital para un tercero identificado: metodología de análisis ético en torno a un caso” en: Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (33, 119), pp. 555-573.
- CANIMAS BRUGUÉ, Joan (2018): “La confidencialidad ante el abuso sexual a adolescentes” en: Cuadernos de Trabajo Social, (31, 1), pp. 199-210.
- CEREZO MIR, José (1987): “La exigencia de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” en: Anuario de derecho penal y ciencias penales (Fascículo 2), pp. 273-300.
- CEREZO MIR, José (2005): Curso de Derecho Penal Español Parte General, vol. II Teoría General del Delito (Madrid, Tecnos).
- COCA VILA, Ivó (2016): La colisión de deberes en Derecho penal Concepto y fundamentos de solución (Barcelona, Atelier).
- COLEGIO OFICIAL DE MÉDICOS DE BARCELONA (2016): “El secreto profesional médico y la protección a terceros: Reflexiones y propuestas a raíz del accidente de aviación de Germanwings ocurrido en los Alpes franceses el 24 de marzo de 2015”. Disponible en https://www.asociaciongwi9525.org/wp-content/uploads/2021/04/sec_i_proc_a_tercers_KsnoCXl.pdf [visitado el 15/05/2024].
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín (1990): “La justificación del comportamiento omisivo” en Anuario de derecho penal y ciencias penales (vol. 43 núm. 2) pp. 497-518.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1979): Introducción a la parte general del Derecho penal español (Madrid, Universidad Complutense de Madrid).
- GÓMEZ RIVERO, M^a Carmen (2008): La responsabilidad penal del médico. (Valencia, Tirant lo Blanch).
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2009): “Límites al deber de secreto médico y derecho penal”, en: Revista General de Derecho Penal (12), pp. 1-32.
- HUERTA TOCILDO, Susana (1997): Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1997 (Valencia, Tirant lo Blanch).
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2016): Lecciones de Derecho Penal Parte General, 3^a edición (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MAYORDOMO RODRÍGUEZ, Virginia (2002): “Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional” en: Actualidad Penal (Núm. XXXIII), pp. 835-864.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia (2018): Derecho Penal sanitario (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MIR PUIG, Santiago (2016): Derecho Penal Parte General, 10^a edición (Barcelona, Reppertor).
- MORALES PRATS, Fermín (2016): “Comentario al artículo 199” en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), Comentarios al Código Penal Español (Pamplona, Aranzadi, ProView).

- MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo (2011): “Implicaciones penales de la inobservancia del deber de guardar secreto médico” en: Cuadernos de Política Criminal (Núm. 105), pp. 87-116.
- MOYA FUENTES, M^a. Mar (2013): “Revelación de secretos de un particular”, en GARCÍA ÁLVAREZ, Francisco Javier, Tratado de Derecho Penal Parte Especial III (Valencia: Tirant lo Blanch), pp. 343-360.
- RAGUÉS Y VALLÈS, Ramón (2015): “La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 778/2013 sobre el “caso de las prótesis mamarias””: en *InDret* (3/2015), pp. 1-34.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis (2017): “El secreto profesional médico en el proceso penal” en: *Diario La Ley* (9063), pp. 1-20.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1966): *La omisión de socorro en el Código Penal* (Madrid, Tecnos).
- ROMEO CASABONA, Carlos M^a (2004): “La protección penal del secreto profesional y laboral en el Derecho español” en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio (Coord.) *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 959-990.
- SALDAÑA, M^a Nieves (2012): “La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis” en: *Revista de Derecho Político* (Núm. 85), pp. 195-239.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. (2005): “Alcance del deber de secreto del profesional sanitario ante la administración de justicia”, en *Revista Penal* (15), pp. 137-149.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE SALUD PÚBLICA Y ADMINISTRACIÓN SANITARIA (2017): Propuesta normativa de adaptación de Protección de datos personales y secreto profesional en el ámbito de la salud al Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Disponible en https://sespas.es/wp-content/uploads/2018/02/SESPAS_informe_proteccion_datos_2017.pdf [visitado el 14/05/2024]
- SOLA RECHE, Esteban (1999): *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos* (Granada, Comares).

Jurisprudencia citada

Toda la jurisprudencia puede consultarse en el buscador del Consejo General del Poder Judicial <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

- TEDH Sentencia 22009/93, de 25 de febrero de 1997, Caso Z Contra Finlandia
- TEDH Sentencia 1425/06 de 6 de octubre de 2009, Caso C.C. contra España
- STC 231/ 1988, de 2 diciembre 1988
- STC 134/1999 de 15 julio de 1999
- STC 159/2009 de 29 de junio
- ATC 600/1989 de 11 de diciembre 1989
- STS 574/2001 de 4 de abril
- STS núm. 778/2013 de 22 de octubre
- STS 734/2015, de 3 noviembre
- STS 470/2016, de 1 junio
- STS 809/2017 de 11 de diciembre
- STS 253/2024 de 26 febrero (Sala de lo Civil)
- ATS 417/2002 de 18 de febrero

MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción: “El conflicto entre el deber de secreto del psicólogo y las obligaciones legales de revelar la intimidad del paciente en la legislación española”.

- SAP Sevilla 342/2011, de 26 de julio de 2011
- SAP Valencia 188/1999, de 14 de mayo
- SAP Valencia 323/2012, de 30 de mayo
- AAP Álava 268/2005, de 28 noviembre