

| | |
|--|----|
| Capítulo Primero: Concepto del secreto profesional | 21 |
| I. Vida individual y vida social. Relación de servicio. Protección de la intimidad de las personas | 21 |
| II. Causalidad del secreto. La voluntad y el interés como factores generadores del mismo | 24 |
| III. La renuncia de derechos y el interés social. Concepto moderno del secreto | 28 |
| IV. La legislación profesional como derecho de clase | 30 |
| V. Carácter evolutivo del secreto profesional | 39 |

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DEL SECRETO PROFESIONAL

SUMARIO: I. *Vida individual y vida social. Relación de servicio. Protección de la intimidad de las personas.* II. *Causalidad del Secreto. La voluntad y el interés como factores generadores del mismo.* III. *La renuncia de derechos y el interés social. Concepto moderno del secreto.* IV. *La legislación profesional como derecho de clase.* V. *Carácter evolutivo del secreto profesional.*

I. Desde que dos o más seres humanos se reúnen para convivir, la vida en común les impone una doble exigencia: el sacrificio de una parte de su individualidad, como medio para obtener la fusión con el grupo y la preservación o mantenimiento del resto de esa individualidad, que no alcanza a fusionarse.

Esta dualidad de exigencias, que tiran del hombre como ser social en sentidos opuestos, tiene su manifestación en todos los ámbitos de la vida humana; desde los que corresponden a lo político y lo económico, que son los más extensos y socializados, hasta el más recóndito de lo psíquico, interior y personal de cada uno.

El hallazgo de una fórmula de equilibrio entre ambas exigencias, en cada época de la historia, ha sido y sigue siendo preocupación fundamental de los hombres y cuando ese hallazgo se torna difícil, entra la vida social en momentos de crisis que ponen a prueba el equilibrio o llegan a destruirlo, porque una de las dos tendencias opuestas prevalece desmesuradamente sobre la otra y la sacrifica.

Este conflicto alcanza, como acabamos de decirlo, a la vida interior del hombre, al mundo de las ideas y de los conocimientos, de lo valorativo y de lo conceptual, del intelecto creador y de la voluntad libre. Y por ser este mundo lo más típicamente humano y distintivo con respecto a otras especies, es por lo que el conflicto desborda aquí, más que en cualquier otra parte, los límites de lo puramente biológico para tomar carácter predominantemente moral y por lo tanto normativo. Desde que el hombre vive en comunidad tiene necesidad de compartir su vida interior, de socializar su conocimiento mediante la comunicación, pero a la vez también se ve precisado a mantener intransferible una parte del mismo mediante el secreto.

La vida social, en otro aspecto, ha creado mediante la división del trabajo la necesidad del servicio y de un servicio cada vez más especiali-

zado. Al adelanto de la ciencia aplicada y de la técnica, ha correspondido una especialización mayor en el trabajo y por tanto una necesidad también mayor de los servicios ajenos, que se traduce en creciente dependencia de unos hombres respecto de otros, por la imposibilidad de obtener por sí y para sí determinados bienes que solamente el saber especializado es capaz de proporcionar.

Esta prestación de servicio para satisfacer necesidades de los demás, permite o mejor dicho implica para el servidor su penetración dentro de la vida del servido, en esos planos que normalmente deben quedar exentos de comunicación. Ello hace que este último quede, en cierto modo, dependiente del primero en cuanto a su discreción y que la libertad del servido se vea disminuida por la necesaria irrupción del servidor en su esfera íntima y personal, con la consiguiente amenaza de llegar a ser aún más reducida, si la reserva de quien presta el servicio no impide el acceso de otras personas más. Esa dependencia resulta tanto mayor cuanto mayor es también el saber científico y técnico del servidor, puesto que ello le permite conocer no solamente lo que de modo expreso se le confía por la necesidad del servicio, sino también todo lo que por descubrimiento personal llega a saber con motivo de la prestación del mismo.

Tal es, en esencia, la situación que presenta el secreto llamado comúnmente profesional, esto es, el secreto surgido con ocasión de un servicio cuya prestación requiere determinado saber científico o técnico en quien la realiza. Pero la restricción a la intimidad personal del servido y por tanto la que de allí resulta para su libertad, es propia de toda situación de secreto en general, no exclusiva del secreto profesional; si bien en el caso de este último se da con mayor intensidad, por las razones antes expuestas. En otros términos, siempre que alguien participa de la intimidad ajena, por cualquier causa que sea, mediante la adquisición de conocimientos relativos a ella, restringe esa intimidad y por tanto la libertad de la persona a quien corresponde.

El problema que se presenta en el caso, es el de proteger esa intimidad y libertad a fin de que no sufran más restricción que la inevitablemente requerida por las relaciones humanas dentro de la vida social. Desde el momento en que no existen medios materiales lícitos, suficientemente eficaces, para controlar la reserva de quien ha obtenido los conocimientos que es necesita guardar en secreto, no queda más camino que regular su conducta con medios normativos. Tal ha sido la tarea que la moral y el derecho han tenido ante sí para salvaguardar la esfera de intimidad personal de cada uno; es decir, aquella parte de la vida de todo hombre que, a pesar de la convivencia y precisamente para hacer posible ésta, debe permanecer incomunicada, o por lo menos limitadamente comunicada. En suma, la protección del secreto profesional forma parte de la que se ejerce

normativamente sobre todo secreto en general, sólo que con características y matices propios, de los que más adelante vamos a ocuparnos.

Pero la tutela jurídico-moral de la intimidad de las personas —y por tanto de la libertad que en ella va implicada— no solamente se realiza prohibiendo la revelación de secretos sino que tiene un ámbito más amplio, ya que toma en cuenta dos posibilidades: a) La obtención indebida de conocimientos y b) La comunicación, también indebida, de los mismos. La primera implica un saber, esto es, una adquisición de conocimientos ilícita en sí misma. Tal es el caso del que se apodera de documentos ajenos o viola correspondencia. Puede no divulgarlos e inclusive enterarse de hechos que no sean secretos; pero lo reprochable de su conducta está en la obtención del conocimiento, es decir, en la penetración a un predio intelectual ajeno y de propiedad privada, independientemente del daño que pudiera causar por otros conceptos.

La segunda posibilidad, o sea la comunicación indebida, presenta, en cambio, la situación inversa: el conocimiento de algo, normalmente secreto, que ha sido lícitamente adquirido. Más aún, cuando se trata de un servicio profesional, tal adquisición debió ser consecuencia del mismo o bien un medio necesario para la eficaz prestación de ese servicio.

Refiriéndose a esta diversidad de situaciones que se presenta, Sebastián Soler se expresa como sigue:

A diferencia de los casos anteriores, éstos no presuponen una intrusión ilícita en la esfera de secretos protegida por la ley. Antes bien, las hipótesis están configuradas bajo el presupuesto de que el conocimiento del secreto por parte del sujeto activo es legítimamente adquirido, sin intromisión, como resultado de una actividad normalmente desplegada, dentro de la cual se tiene acceso a cuestiones secretas. Constituyen, por lo tanto, verdaderas revelaciones de secretos, cuya delictuosidad está integrada no ya por la adquisición del conocimiento, como en los casos anteriores, sino por la comunicación o divulgación del secreto que se tiene.¹

La lesión a la intimidad personal no se causa, por tanto, en este último caso, sino hasta el momento en que ese saber obtenido acerca de ella es indebidamente transmitido, haciendo partícipes del mismo a personas que deben quedar excluidas de aquella intimidad.

De lo anterior puede concluirse que la tendencia jurídico-moral, cuyo fin último es proteger la intimidad de las personas, consiste en procurar el mantenimiento de una ignorancia, de cierta ignorancia relativa y concreta, que resulta social e individualmente valiosa porque recae sobre diversos sectores de la vida personal queridos como incommunicables y cuyo

¹ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, tomo IV, cap. 107, núm. vi, p. 124.

conocimiento, normativamente reprobado, constituye en sí mismo un mal cuando se realiza.

II. Esto conduce a examinar la debatida cuestión de la causalidad del secreto. Hemos dado hasta aquí por supuesto que es característica esencial de éste la existencia de un deber de incomunicabilidad o intrasmisibilidad de cierto conocimiento. Pero el problema que ahora se plantea es el de determinar qué calidad o circunstancia, propias de ese conocimiento, son las que motivan aquel deber; qué es lo que hace que deba ser incomunicable. Esta cuestión queda planteada aquí, en un terreno ya exclusivamente jurídico. Se ha pensado en la existencia de un secreto natural, esto es, en la posibilidad de conocimientos que por su naturaleza deban ser intrasmisibles. También se ha sostenido la posición opuesta, es decir, el criterio meramente formal, que no concibe la existencia de un deber de secreto sino cuando la ley lo crea y lo expresa. Ambas respuestas pueden tener algo de verdad, pero en el fondo sólo desplazan la solución del problema. ¿Qué es lo que da a un conocimiento su naturaleza de secreto? ¿Cuándo procede que el legislador lo declare como tal e imponga el deber de su intrasmisibilidad? ¿Cuándo es valiosa la ignorancia de algo para que merezca ser conservada por medios jurídicos?

Se acude entonces, en busca de respuesta, a dos factores que se observan presentes en la génesis del secreto: la voluntad y el interés. Para el primero, deberá haber incomunicabilidad de un conocimiento cuando se la quiera y se la exija, en tanto que, de acuerdo con el segundo, surgirá ese deber cuando haya un bien, jurídicamente protegido, capaz de sufrir lesión si el conocimiento se trasmite.

Los autores se han dividido para inclinarse hacia uno u otro de esos factores, señalándolos como causas del secreto. Pero la verdad es que ambos parecen actuar en conjunto para producirlo. A la voluntad, factor subjetivo, corresponde un bien jurídicamente protegido, la libertad; en tanto que al interés, factor objetivo, corresponden otros bienes que también son tutelados por el derecho: la vida, el patrimonio, el honor, etcétera. Nos ocuparemos de demostrar a continuación cómo es que todos estos bienes se encuentran comprometidos en la relación jurídica que el deber de secreto implica y, por lo mismo, cómo es indispensable la conjunta actuación de la voluntad y del interés para hacer que surja ese deber.²

² Es indudable que para la teoría pura del derecho (Kelsen y sus más o menos fieles seguidores) el problema estaría mal planteado, pues el derecho subjetivo al secreto se reduciría a una mera consecuencia del orden jurídico objetivo, consistente en vincular una sanción al hecho de dar a conocer una intimidad ajena, en las condiciones que la ley señala para que sea punible este hecho. En tal caso, la búsqueda de la voluntad o el interés como fundamentos del derecho subjetivo al secreto sería improcedente, pues aunque científicamente fuese legítima, resultaría extraña a la ciencia del derecho. En realidad este pro-

Desde el punto de vista de nuestra legislación penal, es manifiesta la exigencia de ambos factores, que deben estar presentes para que sea punible la revelación de un secreto. La disposición contenida en el artículo 210 del Código Penal para el Distrito Federal señala, entre los elementos del tipo delictuoso de revelación, que ésta sea hecha “con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado”. El elemento perjuicio, no es sino el daño que debe causarse a un bien jurídicamente protegido.³ A alguno de esos otros bienes, diversos de la libertad, a que acabamos de referirnos. Si se tratase de esta última resultaría innecesario que la ley exigiera el perjuicio como elemento constitutivo del delito, pues la libertad, como bien jurídico, resulta necesariamente dañada por el sólo hecho de la revelación sin consentimiento. Por el contrario, la vida, el patrimonio, el honor de alguien, pueden resultar dañados o no con la revelación, pues en algunos casos ésta es inofensiva para aquéllos. El hecho de que la ley exija la lesión de alguno de esos bienes para que la revelación sea delictuosa, implica reconocer en el titular de ellos el interés en que no sean dañados. El tipo delictuoso que nos ocupa, protege contra el daño a esos bienes. Su función es tutelarlos en beneficio de la persona a quien corresponden, cuyo interés queda así reconocido.

En cambio el segundo elemento del hecho delictuoso allí definido —o sea la ausencia de consentimiento del perjudicado— se refiere al otro factor causal, o sea a la voluntad. Se trata de una voluntad de mantenimiento del secreto, manifestada como opuesta a la revelación del mismo; de un querer la intrasmisibilidad del conocimiento adquirido; un querer que la ley expresa en forma negativa, al hablar de falta de consentimiento para la revelación, pero que en el fondo constituye esa voluntad de no transmisión, requerida como generadora del secreto. A ella va vinculada la libertad. Por eso el reconocimiento de esa voluntad en la ley, entraña la protección jurídica de la libertad. Como veremos más adelante, constituye una protección de ésta contra la imposición forzada de la revelación o, lo que es más preciso, una protección de la intimidad de la persona.

Si planteamos el problema de la causalidad del secreto prescindiendo del texto legal punitivo, llegaremos a conclusión similar, esto es, al reconocimiento de la voluntad y el interés como conjuntamente causantes. Para ello bastaría mostrar la insuficiencia de cada uno de ambos facto-

blema nos es ajeno por ahora y no prejuzgamos sobre el mismo ni tomamos posición alguna al respecto, ya que lo que aquí investigamos no es la esencia del derecho subjetivo al secreto, sino la del secreto mismo en cuanto objeto de protección normativa.

³ Aquí los términos daño y perjuicio son equivalentes. La diferencia que entre ellos establece el Código Civil (arts. 2108 y 2109) no resulta aplicable. Tal opinión es sustentada por la señora Islas Magallanes (*Delito de revelación y secretos*, México, 1962, cap. II, núm. 5, p. 81).

res, operando por sí solo en ausencia del otro. Tratándose de la voluntad, ocurre formular algunas observaciones. Para que ella sea capaz de crear un deber de incomunicación ¿De quién debe ser esa voluntad?, ¿del titular o dueño del conocimiento confiado? Esto es inexacto, porque hay conocimientos a los que alcanza el deber del secreto sin que hayan sido confiados. Tal ocurre con los descubrimientos que el profesionista hace, al ejercer su actividad, de hechos que el cliente mismo no le ha dado a conocer. Se cita como ejemplo, el caso de la enfermedad hallada como consecuencia de un examen clínico, que el médico descubre, siendo ignorada por el mismo paciente que la sufre. Se podría hablar aquí de una voluntad tácita de este último para exigir la reserva; o sea de una confidencia de hecho, no expresada de palabra por el enfermo. Pero ello no resuelve todas las dificultades. La voluntad no puede crear por sí sola el deber de reserva, ya que puede exigirlo respecto de conocimientos sin valor, sin importancia alguna, cuya incomunicación se pide sólo por capricho. Es lo que llaman algunos autores el "secreto tonto". Esta situación puede llegar a crear un vínculo moral, pero carece de eficacia dentro del derecho. Por ello se ve precisado Kostoris a decir que debe ser una "voluntad jurídicamente apreciable"⁴ lo cual apunta ya el segundo factor generador del secreto, o sea el interés, desde el momento en que califica a la voluntad con un concepto valorativo. También se presenta de hecho la situación inversa: la existencia de conocimientos cuya incomunicabilidad no es querida y a los que, sin embargo, la ley puede adjudicar carácter secreto.

Una nueva cuestión se plantea a propósito de la voluntad como posible generadora del secreto. ¿De quién debe ser esa voluntad para que sea capaz de crearlo? Tratándose del secreto profesional, se dice que es la del cliente; pero ello no es exacto, pues hay otras personas diversas de él, cuya voluntad también debe ser tomada en consideración, aun cuando sean extrañas a la relación profesional que dio ocasión a ese secreto y, en consecuencia, no puede el profesionista quedar liberado de la obligación de reserva por la sola ausencia de voluntad expresa o tácita de su cliente para imponerla. Se habla entonces de la voluntad del "dueño o titular" del conocimiento y hasta ha habido quien vea en la revelación del secreto una violación al derecho de propiedad. Pero ¿cómo y cuándo puede haber titularidad o propiedad de un conocimiento, de una relación meramente intelectual? Algo de ella existe tratándose de los inventos y la ley la protege. Pero los inventos no son los únicos conocimientos que deben ser materia de secreto. Además, hablar de titularidad o derecho de propiedad en este caso, nos hace entrar ya, de lleno, en el segundo factor causal que es el interés. Pasemos a ocuparnos de él.

⁴ *El segreto come oggetto della tutela penale*, Padova, Casa Editrice Dott, 1964, núm. 4, p. 10).

Si el factor subjetivo que es la voluntad, no es por sí solo suficiente para originar la obligación de reserva, se debe preguntar si lo será el factor objetivo que constituye el interés. Deberemos pensar desde luego en un interés jurídicamente relevante y, por lo mismo, protegido por el derecho. Si ese interés resultare lesionado con la transmisión de un conocimiento, ¿basta ello para crear la obligación de reserva, aunque falte la voluntad del titular de dicho interés?

He aquí uno de los problemas más delicados que plantea la causalidad del secreto en general y que no puede resolverse sin hacer antes algunas distinciones. Kostoris opina que para que haya obligación de reserva no basta la presencia del interés solo, sino que la voluntad debe existir por lo menos en forma tácita, porque, en último término, ¿quién sino el sujeto mismo es el que valora su propio interés?⁵ Esto es verdad tratándose de la protección penal del secreto y el citado autor a ella lo aplica. Esa protección es aquí considerada en su aspecto actual, es decir, atendiendo al derecho positivo de cada país y en el nuestro ya hemos visto que es necesaria la voluntad de mantenimiento del secreto, por parte del ofendido, para que haya delito de revelación. Pero, considerando el deber de reserva en sí mismo, independientemente de las consecuencias penales y de otra índole que produzca su incumplimiento, cabe insistir en la pregunta de si será necesaria la voluntad del interesado en mantener el secreto, para que exista ese deber y sea jurídicamente exigible.

Ya hemos dicho que así como al factor subjetivo, o sea la voluntad, corresponde un bien jurídicamente protegido que es la libertad, al factor objetivo, constituido por el interés, conciernen otros bienes que también tutela el derecho, como son la vida, la integridad física, el honor, los bienes patrimoniales, etcétera. Todos estos bienes son protegidos con el deber de reserva y, por lo mismo, pueden resultar lesionados cuando se deja de cumplir éste. Pero si la revelación del secreto se lleva a cabo con el consentimiento del titular de estos bienes, ¿puede decirse, no obstante ello, que se falta a un deber de reserva? Desde luego podemos notar que en tal caso no hay voluntad alguna de mantenimiento del secreto, ni aún tácita, como pide Kostoris. También se puede sostener que en nuestro sistema penal no se da delito alguno de revelación, ya que es elemento constitutivo de éste la falta de consentimiento del ofendido. En tercer lugar podemos advertir que la libertad, como bien jurídicamente protegido, no ha sido dañada, pues no se contraría la voluntad a que va vinculada ella. La lesión queda, pues, exclusivamente para los otros bienes. ¿Basta esto último para que exista una violación al secreto, capaz de producir consecuencias jurídicas? O, en otros términos, ¿existirá en el caso propuesto un deber de reserva incumplido, a pesar del consentimiento

⁵ *Op. cit.*, núm. 4, p. 9.

dado para la revelación por quien resulta lesionado con ella en sus bienes?

La existencia de ese deber solamente puede darse en la medida en que los bienes lesionados: vida, patrimonio, honor, etcétera, son protegidos por el derecho con independencia de la voluntad del titular de ellos. Cuando se trata de bienes legalmente disponibles, la renuncia a su protección es válida y, en tal caso, el consentimiento dado por el titular del derecho extinguiría el correspondiente deber de reserva. Pero cuando los bienes no son disponibles, la voluntad que autoriza la revelación del secreto no puede tener más efecto que impedir que se configure el delito de revelación. De ningún modo hace inexistente el deber de reserva en sí mismo. Su violación puede producir en este caso, consecuencias fuera del ámbito penal, y aun en este último, pues si bien no constituye delito de revelación, puede entrañar alguna forma de participación en otros delitos diversos, siempre que dé lugar a ellos la lesión, aun consentida, a bienes que el derecho protege necesariamente, sin tomar en cuenta la voluntad del titular de los mismos.

Debe hacerse notar, sin embargo, la evolución que a este respecto ha tenido la doctrina en lo que concierne especialmente al secreto profesional. A este secreto se le consideró en un principio como protector exclusivamente de bienes disponibles, esto es, renunciables por su titular. Se pensó que de tal manera estaba vinculado a la voluntad el secreto profesional, que su origen debería hallarse en un contrato celebrado entre profesionista y cliente. En la actualidad la opinión dominante ha cambiado, restando eficacia causal a la voluntad para la producción de este secreto y atribuyéndosela de modo preponderante al interés; es decir, al factor objetivo, al que van vinculados bienes cuya disponibilidad por parte del titular se reconoce cada vez menos, porque se los liga al interés social y se les relaciona más estrechamente con el concepto de orden público. La consecuencia de ello ha sido, en opinión de numerosos tratadistas, negar al cliente la posibilidad de renunciar a su derecho al secreto, y al profesionista la de liberarse de su obligación de reserva por el consentimiento del cliente.

III. Este proceso nos lleva a plantear aquí una cuestión cuyo alcance desborda los límites del problema del secreto, porque constituye, hoy en día, un tema jurídico de carácter general. Se formularía así: ¿Puede el derecho proteger intereses sin la voluntad del titular de los mismos y, en ocasiones, aun en contra de esa voluntad?

La protección jurídica de un interés funda el derecho subjetivo, esto es, la posibilidad del titular de ese interés de hacerlo valer frente a los demás —incluso frente al Estado— y de exigir su reparación cuando es dañado. Esa posibilidad o facultad, que constituye el derecho subjetivo,

implica para su titular una situación de libertad, o sea un poder hacer o no hacer. Así, la voluntad de dicho titular queda constituida en árbitro supremo para decidir si ejercita o no su derecho. Tal es la situación que ha existido hasta ahora, en la mayoría de las relaciones entre particulares, sobre todo en las de carácter patrimonial —no en todas— en las que el titular del derecho se encuentra investido de una facultad de disposición respecto del mismo, con la consiguiente posibilidad de renunciarlo.⁶

Este es, en principio, el esquema del derecho subjetivo que corresponde a una concepción de carácter individualista. Pero la realidad del mismo no le ha sido exactamente igual, aun en las épocas en que dicha concepción fue tenida como la más valiosa socialmente. La verdad es que la idea del interés público o interés social se ha interferido siempre, en mayor o menor grado, para limitar el derecho subjetivo individual y darle su configuración propia. En nuestros días se ha acentuado ese proceso de interferencia, como efecto de la desigualdad entre diversos grupos sociales, que hizo necesaria la protección de los más débiles, esto es, de los menos dotados de poder económico y político. Esa protección se ha llevado a cabo de diversas maneras. Entre ellas está la limitación al derecho subjetivo individual, efectuada no sólo cuantitativamente o sea en cuanto a su extensión, sino también cualitativamente o sea en cuanto a su libertad de ejercicio. Un ejemplo típico de esa limitación lo encontramos en las instituciones del Derecho Obrero o Derecho del Trabajo. También es conocida en el mismo Derecho Civil, en que la autonomía de la voluntad, establecida como principio general, ha visto multiplicarse las excepciones en su contra. Así ocurre en algunas disposiciones relativas a los contratos de mutuo y arrendamiento, en la prohibición para renunciar algunos derechos o para celebrar transacción respecto de ellos, tales como el de adquirir por prescripción o el de percibir alimentos para el futuro, el de exigir responsabilidad por actos ilícitos o el de revocar el propio testamento. En todos estos casos hay limitaciones al derecho subjetivo individual en beneficio del interés público. Se restringe su libertad de ejercicio o la facultad de disponer del derecho, con el fin de proteger esa misma libertad en los casos en que ella podría volverse autodestructora. En otros términos, se imparte protección jurídica a determinado interés, aun en contra de la voluntad del titular individual del mismo.

Este fenómeno se ha reflejado, como acabamos de expresarlo, en el concepto que la doctrina dominante tiene del secreto profesional. A la antigua idea de protección al interés privado, remplace hoy día la de protección al interés público, esto es, la idea de tutelar, mediante el secreto,

⁶ Este mecanismo, que intenta explicar sólo la relación existente entre el interés y el derecho subjetivo, de ningún modo expresa el fundamento filosófico de este último. La exposición de tal fundamento excede los límites del presente trabajo.

bienes en cuya conservación se encuentra directamente interesada la sociedad. O sea que el orden jurídico protege menos el interés individual del cliente que el interés colectivo del grupo a que éste pertenece. Así lo expresan opiniones tan autorizadas como las de Fernández Serrano y Eusebio Gómez. Del primero se lee⁷

que aunque mediante el secreto (se refiere al del abogado exclusivamente) se sirva intereses privados, no se instituye su inviolabilidad en razón a éstos, sino para garantizar y hacer eficiente el ministerio de la defensa; . . . que en tanto el "orden político" reconozca la necesidad del derecho de defensa, viene obligado a imponer y mantener la inviolabilidad del secreto profesional, pues sin éste no es posible aquél. Nos encontramos, pues, en presencia de una institución de derecho público extracontractual e inviolable.

Por su parte Gómez se expresa como sigue a este respecto:

Otra teoría, que es la que debe aceptarse, funda el secreto profesional en un interés de orden público. El profesional, confidente necesario de un hecho, está obligado a la reserva del mismo, porque la sociedad exige la discreción por parte de aquellas personas cuyos servicios son necesitados por todos. Los profesionales tienen la obligación moral del secreto; la ley recoge esa norma ética y, de tal modo, impone su obligatoriedad. Y estatuye, naturalmente la sanción respectiva para que se mantenga la confianza en los profesionales, ya que, desaparecida ésta, a todos asaltaría el temor de requerir, a los únicos que se la pueden dispensar, la asistencia de sus intereses morales y materiales.⁸

IV. Lo anterior nos permite llegar a algunas conclusiones acerca del deber de reserva profesional y de los intereses que con él se protegen. Durante largo tiempo hubo titubeos legislativos respecto del lugar en que debía ubicarse, dentro de los códigos, el tipo delictuoso de revelación. Ya se consideraba que debía estar entre los delitos contra el patrimonio, o bien entre los delitos contra el honor. Las legislaciones modernas —siguiendo las ideas de Carrara— lo consideran como delito contra la libertad; pero nuestro vigente Código Penal de 1931 lo ubica en un título especial, que denomina "Revelación de Secretos", absteniéndose de ese modo de juzgar sobre la naturaleza del tipo delictuoso. Todo ello no es sino una prueba de la diversidad de bienes que con él se protegen.

Sin embargo, lo característico de este tipo delictuoso no es, a nuestro juicio, la protección que indudablemente presta a la libertad, como veremos más adelante, sino su función represiva de un delito profesional o delito de clase. En otros términos, la norma punitiva que protege el secreto profesional forma parte de ese conjunto de preceptos que tienden a hacer jurídicamente responsable el ejercicio de las profesiones. Dentro

⁷ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, abril-junio 1952, núm. 14, pp. 117-122.

⁸ *Tratado de derecho penal*, tomo III, cap. LXXXIII, núm. 840, p. 432.

del mismo Código Penal existe un título, el décimo segundo, denominado “Responsabilidad Profesional”, el cual contiene dos capítulos llamados “Responsabilidad Médica y Técnica” y “Delitos de Abogados, Patronos y Litigantes”, que comprenden varios tipos delictuosos protectores del cliente contra el incumplimiento del profesionista que le resulte lesivo. En el Código Civil encontramos que se reglamenta, como contrato nominado, el de “Prestación de Servicios Profesionales”, que junto con algunas disposiciones relativas al contrato de mandato (una de éstas se refiere de modo expreso al secreto profesional) regula las obligaciones y responsabilidades del profesionista para con las personas que utilizan sus servicios. La ley que reglamenta en la actualidad el ejercicio de las profesiones, llamada “Ley Reglamentaria de los Artículos Cuarto y Quinto Constitucionales, Relativos al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito y Territorios Federales”, así como el Reglamento de dicha ley, señalan también derechos y deberes del profesionista en el ejercicio de su función como tal y establecen sanciones administrativas para los casos de incumplimiento.

Todas esas disposiciones, aparte de algunas más que se encuentran dispersas en el Código Sanitario y en otras leyes, constituyen un tipo de legislación nueva que se ha ido formando, sin haberse unificado ni terminado aún, con finalidades específicas, similares a las que tiene la legislación del trabajo, pues así como ésta persigue la protección del trabajador contra el patrón, dentro de la relación laboral, las disposiciones de que tratamos buscan la protección del cliente contra el profesionista, dentro de la relación de servicio profesional. Ambas legislaciones se fundan en un hecho invariablemente reconocido, la desigualdad entre diversos grupos sociales que hace necesaria una protección especial para los más débiles, contra la posibilidad de que sus derechos se vean conculcados por los más fuertes. En otros términos, hay algunas relaciones sociales, como la relación profesional, entre profesionista y cliente, que vinculan a partes desiguales por su diferente poder económico o cultural, relaciones que culminan fácilmente en el abuso del más fuerte. Para evitar esto, no sólo por razones de justicia sino por requerirlo así la paz y el orden de la sociedad, se hace necesaria una protección especial que nivele esa desigualdad, y tal protección no puede obtenerse dentro del principio de igualdad de las partes que reconoce el derecho común, sino dentro de un principio de desigualdad jurídica compensadora que proteja al más débil.

De esta común finalidad que tienen la legislación del trabajo y la legislación profesional deriva la presencia de algunos caracteres, también comunes, en ambas legislaciones. El primero de ellos es la preeminencia que se da al hecho mismo de la relación jurídico-económica, con respecto al contrato. Este último, aunque considerado por las leyes como posible

causa de aquella relación, viene a quedar relegado a segundo plano, pues lo primordial es el hecho de la relación en sí mismo, como fuente de las obligaciones que surgen entre las partes relacionadas.

Ciertamente —dice Mario de la Cueva, refiriéndose a la legislación laboral— que aún subsiste un campo de acción para el contrato, pero las relaciones de trabajo, en su gran mayoría, se configuran como una simple relación jurídica, sin atender a la idea de contrato.⁹

O sea que lo que interesa más para la aplicación de la ley es la prestación misma del servicio, independientemente de la preexistencia de un convenio que la origine. Ya tendremos oportunidad de hacer ver, en el lugar correspondiente, cómo el secreto profesional puede existir sin que haya propiamente contrato de prestación de servicios profesionales —en el sentido en que lo entiende nuestra ley civil al regularlo— y aun sin que el servidor tenga necesariamente título de profesionalista.

El segundo carácter común a las legislaciones laboral y profesional es el predominio que ha tomado en ellas lo imperativo e irrenunciable con respecto a lo supletorio y renunciabile; es decir, la restricción que ha sufrido en ambas legislaciones la autonomía de la voluntad como posible generadora o configuradora de los derechos y obligaciones consiguientes a una relación profesional o de trabajo. Este carácter es manifestación inmediata de la finalidad protectora que tienen sus instituciones; finalidad tutelar de grupos o clases sociales, más que de personas; finalidad en la que se acentúa cada vez más lo público que lo privado, lo social que lo individual. De allí esa tendencia de la doctrina contemporánea, que antes señalábamos, que se resiste a ver la causa del secreto profesional en un contrato y la atribuye en cambio a una situación de orden público a la que la ley vincula necesariamente un brote de obligaciones y de derechos irrenunciables, que nacen de preceptos imperativos que de ningún modo quieren considerar los autores modernos como convencionalmente pactados o legalmente suplidos.

Frente a estos caracteres comunes, presentan entre sí, en cambio, algunas diferencias la legislación profesional y la del trabajo. Una de ellas consiste en que en esta última, la clase o grupo social protegido es el que presta el servicio, en tanto que en la primera, es el que lo recibe. Dicho de otra manera, la legislación laboral busca proteger al trabajador, que sirve, del patrón que es servido; mientras que la legislación profesional, a la inversa, busca proteger al cliente, usuario del servicio, del profesionalista que se lo presta. Hay en esto una curiosa inversión de las posiciones que ocupa el trabajo humano dentro de la relación en que se presenta

⁹ *Derecho mexicano del trabajo*, tomo I, cap. VII, núm. II-B, p. 227.

la desigualdad de fuerzas. Frente al capital acumulado y organizado, el trabajo resulta más débil; en cambio, cuando se une a la ciencia, el trabajo resulta ser la parte más fuerte, frente a la ignorancia. En esto vemos otra nota diferencial entre ambas legislaciones. La inferioridad de la clase protegida en la relación de trabajo es predominantemente económica, en tanto que en la relación profesional, esa inferioridad es fundamentalmente cultural y técnica. Esta última diferencia entre ambas situaciones se debe a que la relación laboral existe entre factores de la producción; capital y trabajo; en tanto que la relación profesional se da entre partes cuya función principal no es de creación de riqueza propiamente dicha, sino más bien de promoción biológica o cultural. Es decir que, sin estar ausente lo económico en esta última relación, no constituye lo básico, como en la de trabajo.

Volviendo sobre lo expuesto, podemos resumir que de los dos factores causantes del secreto, la voluntad y el interés, la doctrina contemporánea ha acordado preeminencia al segundo, tratándose del secreto profesional en particular. Ello se debe a que este último secreto, por su naturaleza, incumbe a una legislación de tipo social que, a semejanza de la legislación de trabajo, tiene una función protectora de un grupo social débil frente a otro más fuerte con el que entra en relación. Tal es la legislación profesional, que busca proteger a la clase del cliente, por regla general desprovista de conocimientos e incapaz de bastarse a sí misma, contra la clase del profesionista, de quien depende por la necesidad de sus servicios. Esa nueva legislación de tipo social, la que concierne al ejercicio de las profesiones, se encuentra aún en proceso de formación. A diferencia de la legislación de trabajo, que ha alcanzado ya unificación y un alto grado de desarrollo, el derecho profesional todavía no se unifica; sus disposiciones se encuentran dispersas. Constituye por ahora una especie de nebulosa jurídica, de cuya consolidación posiblemente surjan algún día instituciones de contornos definidos, que en conjunto formen una nueva rama del derecho, paralela a la del trabajo y con fines de protección social similares a los de ésta.

Ambas legislaciones han aparecido ante el requerimiento de necesidades colectivas surgidas en la vida contemporánea. La del trabajo, por el desarrollo del capitalismo y su control económico, cada vez mayor, sobre el trabajo humano; por la concentración de la riqueza en un menor número de propietarios y el correlativo crecimiento de la clase trabajadora. La legislación profesional, está surgiendo por la división del trabajo, por el crecimiento de la especialización, sobre todo en el campo intelectual y técnico, debido al avance de la ciencia y por el general aumento de diferenciación y de complejidad en las relaciones humanas. Pero sobre todo, influye en la formación del derecho profesional la decadencia del sen-

tido moral en la clase más fuerte de la relación, en la clase profesionista. Ello conduce a transferir al campo jurídico y a hacer objeto de regulación legal, formas de conducta que antaño estaban casi totalmente entregadas a lo puramente ético-moral. La legislación de las profesiones tiende a hacer jurídicamente responsable el ejercicio de ellas y, por consiguiente, a hacer coactivamente imponible la conducta debida, que en otras épocas se observó en forma voluntaria y sólo por imperativo de conciencia. En suma, es el proceso que lamenta Marañón, al observar cómo el médico, elegido antes consejero y hombre de confianza de la familia, se vuelve ahora un simple contratante de ella, a quien pueden hacer objeto de "represalias legales" tanto el enfermo que queda frustrado en sus esperanzas, como los familiares de éste.

Debe hacerse notar, sin embargo, que la obligación de reserva es mucho más antigua en las leyes que otros deberes del profesionista para con el cliente. Ya se referían a ella las *Partidas* y la *Novísima Recopilación* en el derecho español. Esto viene a demostrar dos cosas: una, es la importancia del deber de reserva y la necesidad de su cumplimiento para la relación profesional; otra, es la dificultad que hay para controlar la conducta de una persona que ha conocido algún secreto y para evitar que lo divulgue. Ya nos hemos referido antes a esa dificultad. La facilidad con que el profesionista puede burlar el deber de reserva, sin que el cliente esté en posibilidad de impedirselo, unida a la gravedad de los daños que con ello se causen, ha hecho, desde tiempos antiguos, que el cumplimiento de ese deber no se dejara exclusivamente al fuero interno de la conciencia, sino que se hiciera objeto de regulación legal. Pero esta regulación se encuentra hoy en día extendida a otros deberes diversos del secreto, a los que antes no alcanzaba, cuyo incumplimiento sanciona. En general parece ser que tiende a abarcar toda la conducta a seguir por el profesionista en la prestación de sus servicios. Actualmente incluye preceptos de naturaleza diversa. Unos son de carácter represivo: contemplan el aspecto de la ilicitud penal. Otros, de carácter reparatorio: tienden al resarcimiento de los daños y perjuicios y conciernen por ello a la ilicitud civil. Otros, en fin, tienden a ser de carácter preventivo y forman parte de la acción de policía que el Estado ejerce sobre las profesiones, por lo que determinan la ilicitud administrativa. De todos habremos de ocuparnos en el curso de este estudio, en cuanto se refieran al secreto profesional.¹⁰

El derecho de las profesiones, es decir, la regulación legal de éstas, a semejanza del derecho del trabajo protege determinados bienes de la

¹⁰ Ya tendremos oportunidad de hacer ver más adelante (capítulo sexto) que la ilicitud no es más que una. Las que difieren son sus consecuencias: civiles, penales o administrativas.

clase más débil en la relación. Entre estos bienes se encuentra la libertad misma. Y su protección se busca. . . imponiéndole restricciones. Curiosa paradoja. En el caso del secreto profesional juega el concepto de libertad un importante papel, por lo que la doctrina penal moderna la estima como el bien jurídicamente protegido con el tipo delictuoso de revelación. Ya hemos anticipado a este respecto nuestro punto de vista. Sin desconocer esa protección a la libertad, que se imparte mediante la obligación de reserva impuesta al profesionista, buscamos destacar la complejidad del objeto tutelado, debida a la presencia de otros bienes diversos de la libertad, que, conjuntamente con ella, son protegidos por el secreto. De los dos factores que intervienen en la producción de éste, la voluntad y el interés, dijimos que la libertad se encuentra vinculada al primero, en tanto que al segundo conciernen los demás bienes tutelados: la vida, el patrimonio, el honor, etcétera. Procede ahora examinar cómo se lleva a cabo mediante el secreto la protección de la libertad.

Apenas si habrá concepto de contornos más imprecisos que éste, pero, apenas si habrá otro cuya precisión se haga más necesaria para determinar la función que el secreto profesional desempeña. Veamos, en primer lugar, lo que a este respecto piensan diversos autores contemporáneos. Eusebio Gómez, cuyas ideas hemos expuesto antes, dice a propósito de la revelación profesional:

La opinión corriente radica la objetividad jurídica de este delito en la libertad personal. Todos los ciudadanos deben ser amparados en el derecho a recurrir a la asistencia profesional que necesitan, con la seguridad de que nadie, si así les conviene, ha de enterarse de las causas determinantes de su necesidad. Si la ley no protegiese la confianza, estatuyendo una pena para los que la traicionan, los ciudadanos se verían cohibidos en su libertad de buscar la defensa para sus bienes morales y materiales. Tal es el pensamiento de Carrara que la doctrina y las leyes aceptan.¹¹

En otro lugar, este autor matiza más su pensamiento respecto de la protección jurídica de la libertad:

Lo que se impone establecer es el concepto de la libertad dentro de la ley penal, como objeto de la protección que ella le dispensa. Porque —fuerza es advertirlo por anticipado— esa protección no se refiere a la libertad en sí misma, sino al conjunto de los derechos que comporta.”¹²

Por su parte Sebastián Soler, para quien es también la libertad el bien jurídicamente protegido mediante el secreto, se expresa como sigue:

En este sentido, el hombre es concebido como ser social, como ser dotado de una serie de atributos de significado personal, sí, pero de la persona social.

¹¹ *Op. cit.*, tomo III, cap. LXXIII, núm. 853, p. 453.

¹² *Op. cit.*, tomo III, cap. LXIII, núm. 741, p. 307.

Esos atributos son, en primer lugar, el habla, la facultad intercomunicativa, la expresión de los propios pensamientos y afectos. Y el derecho quiere que esa clase de actos comunicativos, que son también acciones, *audible actions* (acciones audibles, expresión de S. K. Langer), se desenvuelvan libremente también.¹³

Y más adelante dice el mismo Soler:

La ley dibuja claramente, de este modo, una esfera de intimidad, dentro de la cual las cosas son secretas en la medida en que son consideradas una prolongación de la persona misma.¹⁴

Coincidiendo en este punto con el pensamiento de los dos juristas argentinos antes citados, Sergio Kostoris, de la Universidad de Trieste, dice al respecto que

el poder de imponer el vínculo del secreto y las obligaciones que de él derivan no puede encontrar su fuente en puros datos de hecho. . . el poder de excluir a otro del conocimiento. . . debe encontrar la propia fuente en una posición jurídica más amplia del sujeto. . . y para esto es indispensable la titularidad de un derecho que ponga la noticia que se quiere mantener reservada, en la esfera de la absoluta pertenencia del sujeto.

Y más adelante añade:

Constituye casi *communis opinio*, de la cual nada induce a sustraerse, individualizar tal derecho subjetivo en un derecho de libertad entendido en su expresión más general o bien como una manifestación particular suya.¹⁵

En atención a las anteriores opiniones, cabe preguntar: ¿Qué clase de libertad o qué aspectos de la libertad son los que se intenta proteger mediante el secreto?

Desde luego debemos expresar que la explicación dada por Gómez siguiendo a Carrara —y que muchos autores aceptan— nos parece acertada, pero insuficiente. El derecho a recurrir a la asistencia profesional, se dice, sufriría menoscabo, si el cliente interesado no tuviera la necesaria garantía de que el profesionista a quien acude va a guardar reserva de todo lo que se entere. La ofensa a la libertad estaría, de acuerdo con esta idea, en el hecho de que el cliente, bajo la amenaza de la revelación, “se vería cohibido” de buscar el servicio profesional para sus intereses.

De esto se infiere que el tipo delictuoso correspondiente trataría de garantizar ese aspecto de la libertad que acaba de indicarse; buscaría dar confianza al cliente para que acuda al profesionista y utilice sus servicios

¹³ *Op. cit.*, tomo iv, p. 33.

¹⁴ *Op. cit.*, tomo iv, cap. 107, núm. 11, p. 111.

¹⁵ *Il segreto come oggetto della tutela penale*, núm. 17, p. 41.

sin el temor de que este último pueda revelar impunemente los secretos que le sean confiados. Con ello se intentaría proteger la libertad del cliente tan sólo en el aspecto señalado y esa protección vendría a ser el principal motivo del deber de reserva y de las sanciones consecutivas a su incumplimiento.

Pero, si bien se observa, tal manera de proteger la libertad no es peculiar del tipo delictuoso de revelación. Similar protección realizan otros tipos que tutelan diversos bienes relevantes para el derecho. Si el homicidio, el fraude o la calumnia, por ejemplo, no fueran punibles, seguramente la desconfianza cohibiría a los hombres para entablar en la sociedad muy diversas clases de relaciones, para emprender negocios económicos y hasta para deambular por la vía pública. Es indiscutible que su libertad se vería restringida si no supieran que su honor, su patrimonio o su vida están suficientemente protegidos con la represión penal de aquellos hechos que los lesionan. Parece entonces que la protección a la libertad, en este aspecto, no es por sí sola distintiva del tipo delictuoso que incrimina la revelación profesional. Eusebio Gómez, que ha previsto esta objeción, pretende contestarla en los siguientes términos:

Es absolutamente necesario dejar establecido que no todos los hechos delictuosos que afectan a la libertad individual pueden ser incluidos en la categoría de los delitos contra el expresado bien jurídico. Si tal inclusión fuera consentida, pocos serían los hechos delictuosos que pudieran sustraerse a la calificación expresada. La calificación no procede sino cuando la privación de la libertad fue el fin perseguido. Cuando el atentado a la libertad no es sino el medio para lograr otro fin, la calificación no debe admitirse.¹⁶

Más adelante añade:

No hay, pues, delito contra la libertad sino cuando la lesión inferida a la misma no responde al fin de violar otro derecho.¹⁷

Pero esa distinción no nos parece admisible, pues, en la práctica, el profesionista que revela un secreto difícilmente lo hace por atacar en sí misma a la libertad de su cliente. La revelación la efectúa por otros motivos y no es el atentado a la libertad el "fin perseguido" por él. Luego se impone concluir que, si bien la libertad del cliente para utilizar los servicios del profesionista resulta indiscutiblemente protegida con la tutela penal del secreto, ni es ésta la característica peculiar ni la función más importante de esa tutela.

Hay otro aspecto de la libertad que nos parece afectado con la amenaza de revelación y que reviste mayor importancia. Es la dependencia en que

¹⁶ *Op. cit.*, tomo III, cap. LXIII, núm. 742, p. 312.

¹⁷ *Ibid.*, p. 313.

el cliente queda respecto del profesionista, desde el momento en que este último ha conocido la intimidad de aquél. Ello da al profesionista una enorme influencia y un extraordinario poder de coacción sobre su cliente, que menoscaba la libertad de éste y si tal poder fuera utilizado por el primero, le podría quedar sometido en verdadera servidumbre el segundo. Impedir al profesionista el abuso de esa situación ventajosa, es —sin duda— uno de los fines perseguidos al imponerle el deber de reserva y sancionar penalmente su incumplimiento.

Para comprender mejor esta finalidad, hay que distinguir dos situaciones. La primera existe cuando la revelación no se ha efectuado aún, pero hay posibilidad de que se lleve a cabo. La otra se da cuando ya se efectuó dicha revelación. En la primera de ambas situaciones es cuando existe verdadero daño a la libertad. Es decir, que mientras hay amenaza o peligro de revelación es cuando el interesado en que el secreto se guarde —generalmente el cliente— queda en verdadera dependencia del profesionista y para evitar esa dependencia es para lo que la ley conmina con una pena a este último si revela. Cosa muy diferente ocurre en la segunda situación. Si el secreto ya fue revelado, la lesión recae no sobre la libertad, sino sobre los demás bienes; vida, honor, patrimonio, etcétera, y la reparación que se imponga al revelador, como parte de la pena, será en todo caso respecto del daño causado a estos bienes, no a la libertad. Esta última resultaría dañada tan sólo por la amenaza de una nueva revelación, que se haría más temible en tal caso, atenta la peligrosidad del profesionista indiscreto. Pero no sería entonces la revelación ya consumada la que dañase a la libertad, sino más bien la posibilidad de reincidencia.

Este aspecto de la libertad que hemos apuntado y que consideramos objeto principal de la protección que el secreto profesional imparte, debe ser considerado en forma aún más amplia. De acuerdo con las ideas modernas, a que nos hemos referido antes, la libertad protegida no es solamente individual, sino que viene a ser una libertad de grupo o de clase. Indiscutiblemente, el interés en que el secreto se guarde en un caso concreto no existe tan sólo en el cliente individual a que se contrae, sino en toda la clase o grupo social formado por los usuarios de servicios que presta la clase profesionista.

De allí esa nota de irrenunciabilidad que la mayor parte de los autores contemporáneos atribuyen al derecho de exigir la guarda del secreto, con la consiguiente imposibilidad de relevar de su obligación al profesionista por el sólo consentimiento del cliente. Gómez expresa esta característica al decir que

El secreto, una vez confiado, no pertenece al que hace la confidencia; no pertenece, tampoco, al que la recibe, pertenece a la profesión que ejerce; pertenece

a la sociedad que reclama esa garantía de los hombres a quienes entrega el cuidado de sus más respetables intereses.¹⁸

En suma, después de todo lo anterior llegamos a las siguientes conclusiones: primera, el deber de reserva impuesto al profesionista tiene como finalidad proteger la libertad individual del cliente y a la vez la libertad social del grupo o clase a que éste pertenece. Segunda, también tiene como finalidad ese deber, proteger otros bienes del cliente —diversos de la libertad— que el derecho ampara además en otras formas. Tercera, el incumplimiento del deber de reserva, se encuentra penalmente sancionado, como consecuencia de la relevancia que el mismo tiene para la sociedad. Cuarta, el tipo delictuoso que sanciona ese incumplimiento, protege, por consiguiente, a la libertad y también a los otros bienes. Quinta, este tipo delictuoso no se diferencia de otros tipos por razón de los bienes jurídicos que protege, sino más bien por el género de amenaza de que los protege. Lo que caracteriza al delito de revelación no es el daño causado ni tampoco el objeto o bien dañado, sino el medio o procedimiento empleado para causar el daño. Es el carácter netamente intelectual de ese medio, consistente en la trasmisión de un conocimiento, lo que destaca a este hecho delictuoso y lo hace objeto de consideración especial. Por consiguiente, el deber de reserva, aunque deber jurídico —como tal— referido a la conducta externa de los hombres, tiene un contenido netamente inmaterial, inter-psíquico (por más que su incumplimiento pueda producir efectos materiales), que es lo que da a este deber una fisonomía propia y lo sujeta a especiales principios de aplicación jurídica, que son los que intentamos abordar en el presente estudio.

V. Una última cuestión se impone tratar, antes de terminar este capítulo. Hemos dicho al comenzar, que la vida social impone una doble exigencia al ser humano: comunicar en parte su intimidad a los demás y en parte mantenerla incomunicada, reservada para sí. Esta última exigencia, que es el fundamento del secreto, implica que éste tenga un carácter natural, que sea algo inherente a la naturaleza humana. La incomunicación en sí misma, esto es, la reserva que hacemos de cierta parte de nuestra intimidad, excluyendo a los demás del conocimiento de ella, es un hecho natural, no necesariamente egoísta o antisocial, sino de acuerdo con las tendencias normales de la especie.

El Santo Padre Pío XII expresaba en uno de sus discursos:

De ciertas explicaciones psicológicas se desprende la tesis de que la extraversion incondicional del yo constituye la ley fundamental del altruismo congénito y de sus dinamismos. Esto es un error lógico, psicológico y ético. Existe una defensa,

¹⁸ *Op. cit.*, tomo III, cap. LXXIII, núm. 842, p. 442.

una estima, un amor y un servicio de sí mismo, no solamente justificados, sino también exigidos por la psicología y la moral. . .¹⁹

Tratándose del secreto profesional, podemos afirmar que surge como consecuencia —también natural— de la relación de servicio que se forma entre dos o más seres humanos, con motivo de la división del trabajo. Este último hecho se presenta mucho más acusado en nuestra sociedad contemporánea que en la primitiva. Pero si bien el secreto en sí resulta un hecho natural, no podemos afirmar lo mismo de su contenido. Este parece encontrarse condicionado —cuando menos parcialmente— por hechos históricos que lo configuran y es susceptible de cambio, de acuerdo con las condiciones culturales de cada época. Parece ser que a determinado tipo de civilización corresponde una cierta valoración de los bienes, cuya protección se impone mediante la guarda del secreto. Al paso que cambian las condiciones histórico-culturales puede cambiar esa valoración, dejando de considerarse dignos de protección jurídica algunos de los bienes estimados antes como tales y pasando a protegerse otros nuevos que anteriormente no existían o se estimaba como irrelevantes.

El Doctor Marañón ha observado ese proceso de transformación valorativa en relación con el secreto del médico y como consecuencia de ello encuentra hoy día dos causas de atenuación para el deber de reserva: un cambio en el concepto, antes denigrante, que se tenía de ciertas enfermedades y el interés de divulgar las experiencias propias en bien de la investigación científica.

Sobre la primera causa se expresa así el destacado médico y pensador:

En primer lugar, es indudable (y me figuro que habrá sido comentado por los moralistas) que hay una evolución muy profunda en el concepto peyorativo de la enfermedad.

Y más adelante añade

. . .casi de medio siglo a esta parte, la enfermedad pierde su carácter mítico, de castigo de Dios, y se convierte en un accidente definido cuyas causas se conocen y, muchas veces, se pueden evitar y curar; es un simple episodio, pues, de historia natural. Y el enfermo no busca ya el incógnito con la misma energía que en los tiempos pasados.²⁰

Respecto del valor de la investigación científica como justificante para la revelación del secreto, dejó escrito Marañón:

La otra causa que ha debilitado el concepto clásico del secreto profesional es el carácter científico de la medicina moderna, basado, en gran parte, sobre la

¹⁹ *Discurso a los asistentes al V Congreso de Psicoterapia y Psicología Clínica*, 13 abril

²⁰ *Vocación y ética*, 4a. ed., colección Austral, p. 76.

exhibición de casos clínicos y de sus historias. . . Al transformarse los hospitales, de centros de caridad, en centros de estudio y enseñanza, prácticamente se ha anulado el secreto profesional. . . La evolución de los tiempos, que ennoblece el hospital y capta dentro de él cada vez a mayor número de clases sociales, irá extendiendo más y más esta liberación del secreto profesional.²¹

Todavía están en el tapete de la discusión las anteriores ideas, que dejó expuestas a la juventud médica el eminente maestro español. Hay tratadistas de la talla de Eusebio Gómez y Sebastián Soler que se resisten a ver en la investigación científica una suficiente causa de justificación que exima del deber de reserva. Por lo que toca a la otra causa expuesta —o sea el cambio operado en la apreciación de la enfermedad como mal moral a mal puramente biológico— habría que probar su eficacia demostrando que el único bien protegido con el secreto del médico es la reputación del enfermo y que no hay otros intereses, ya sean de este mismo o de la sociedad, que pudieran resultar afectados con la divulgación.

Además creemos que no resulta exacta del todo esta segunda causa señalada por Marañón, porque si bien es verdad que ya no se da ahora a la enfermedad el carácter necesario de castigo de Dios, que denuncie al enfermo como pecador, también es verdad que subsisten muchos padecimientos cuyo origen —no mítico sino real y científicamente comprobado— se vincula generalmente con la anterior conducta moral del enfermo, con incidencias hereditarias o con el medio familiar o social en que se ha desarrollado éste. Todo ello sigue haciendo necesaria la subsistencia del secreto profesional en el médico.

Pero, independientemente de lo que sobre el particular se resuelva, hemos citado las ideas de Marañón porque aluden al carácter evolutivo que, cuando menos parcialmente, tiene el secreto en cuanto a su contenido.

Sería interesante estudiar las relaciones que existen o han existido entre cada tipo de estructura social condicionante y los conocimientos que en ella han sido o resultan ser materia de secreto obligado para el profesionista. El contenido del deber de reserva (no el secreto en sí) parece ser, por lo menos en buena parte, una superestructura de la forma social cultural correspondiente a su época. Pero tal investigación rebasaría con mucho el objeto del presente trabajo. Dejemos pues al sociólogo y al historiador la contemplación de esa ambiciosa perspectiva y ciñamos nuestro estudio, en las páginas siguientes, a los modestos límites de la ciencia del derecho.

²¹ *Op. cit.*, p.78.