



EL DELITO DE DIVULGACIÓN DE SECRETOS

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras Claves: Divulgación de Secretos, Secreto Profesional.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 21/01/2013.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
El Delito de Divulgación de Secretos.....	2
DOCTRINA	2
Secreto y Derecho Penal. Análisis del art. 203 del Código Penal.....	2
a) Sujeto Activo.....	3
b) Sujeto Pasivo.....	3
c) El Bien Jurídico Tutelado	3
d) Acción Típica	7
e) Culpabilidad	8
f) Iter Criminis.....	10
JURISPRUDENCIA	12
1. La Divulgación del Secreto Profesional y los Derechos Fundamentales del Menor de Edad.....	12
2. El Delito de Divulgación de Secretos y los Conceptos de Confidencialidad y Privacidad, al Respecto de la Información de los Expedientes Médicos	16

RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre el Delito de Divulgación de Secretos, para lo cual se hace alusión a las referencias normativas, doctrinarias y jurisprudenciales relacionadas con el tema.

Así la normativa establece el tipo penal de Divulgación de secretos mientras que la doctrina desarrolla el análisis de tipo correspondiente, incluyendo consideraciones sobre el Iter Criminis, mientras que la jurisprudencia aplica, el tipo penal a situaciones concretas y analiza la posibilidad de choque entre los derechos fundamentales y el Secreto Profesional.

NORMATIVA

El Delito de Divulgación de Secretos

[Código Penal]ⁱ

ARTÍCULO 203. Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revele sin justa causa. Si se tratare de un funcionario público o un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años.

DOCTRINA

Secreto y Derecho Penal. Análisis del art. 203 del Código Penal.

[Rodríguez Campos, A]ⁱⁱ

"Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de sus estado, oficio o empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revele sin justa causa.

Si se tratare de un funcionario público o de un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años".

a) Sujeto Activo

[Rodríguez Campos, A]ⁱⁱⁱ

Este es un delito especial propio, es decir, aquel en el que el autor solo puede serlo el que reúne las calidades jurídicas que prevé la norma, sea, quien adquiere el mencionado conocimiento por su estado, oficio, empleo, profesión o arte. Si conoce de un "hecho secreto", y no reúne esas condiciones, sería impune por falta de un elemento objetivo del tipo.

Estado es la condición de la persona que le impone el cumplimiento de determinados roles sociales (el clérigo, la monja, el militar) o que por razones jurídicas lo pone en contacto con alguna de las personas que pueden conocer secretos profesionales (esposa, hijos, secretarios, etc). Profesión es una actividad que realiza el sujeto, autorizada por el Estado y que requiere título habilitante. Arte, se refiere a la práctica de las bellas artes. Oficio es toda actividad privada, por lo común manual. Empleo es la actividad laboral en relación de dependencia.

b) Sujeto Pasivo

[Cortés Bechiarelli, E]^{iv}

Debe repetirse que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, es decir, en el presente caso, la confianza. Y esta confianza, quien la deposita es el cliente, por lo que la referencia expresa a otras personas extrañas a esa relación, generalmente bilateral, es, a nuestro modo de ver, incorrecta.

La configuración legal de este tipo penal, concebido por nosotros como un atentado a la necesaria lealtad profesional, exige que la referencia al sujeto pasivo se sustancie con la simple mención al cliente, cuyo perfil, en cualquier caso, ya se encargará de fijar el intérprete. La posibilidad de que puedan existir terceros perjudicados, como ocurre en otros muchos delitos, incluso otros bienes jurídicos lesionados 204, no es óbice para que en la creación de un delito autónomo de transmisión del secreto profesional del Abogado o del Procurador, con las singularidades que venimos manteniendo en el presente trabajo, se deba aludir, de manera expresa, al cliente.

c) El Bien Jurídico Tutelado

[Cortés Bechiarelli, E]^v

I. Desde el punto de vista estrictamente sistemático, no resulta sostenible, ni su mantenimiento como delito contra la intimidad, ni su encuadre en un tipo más amplio de naturaleza polivalente, como acabamos de decir.

En esta clase de delitos, en los que pueden entrar en juego decenas de bienes jurídicos absolutamente heterogéneos, es tarea difícil precisar aquel que, siempre, va a resultar transgredido. Y, en el presente caso, es la confianza, auténtico eje de la relación entre el cliente y sus legítimos representantes, entendidos en sentido amplio. Se ha venido repitiendo que para que el Abogado y el Procurador —singularmente el primero— puedan desarrollar su labor de asesoramiento técnico, es preciso que su interlocutor le participe, sin ambages ni reservas, el conjunto de acontecimientos de toda índole que harán desembocar en el intento de resolución del *quid iuris*. Y el incumplimiento de este deber de reserva no tiene por qué atentar a la intimidad, pues, como demostramos en su momento, para estos profesionales, sin paradoja de ninguna especie, lo universalmente público sigue siendo estrictamente secreto.

Por otra parte, presentar el delito de divulgación del secreto de toda suerte de profesionales como una unidad es una realidad legislativa injustificadamente ambiciosa. Cuando de Abogados o de Procuradores se trata, no cabe duda que se exige una especificación por la magnitud de los intereses que aparecen en escena, y que conectan con el nervio de muy significados derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución. Debe recordarse, en este sentido, que esta modalidad fue la única que sobrevivió —bajo la nada precisa etiqueta de delito de prevaricación— en los Códigos anteriores al de 1995, mientras el resto de profesionales, por muy censurable que resultase la laguna punitiva, disfrutaron de la más absoluta impunidad.

En consecuencia, patrocinamos la existencia de una figura que castigue, genéricamente, al profesional indiscreto que incumple su obligación de sigilo, y, autónomamente, en otra sede, la mención específica a los Abogados y los Procuradores; nada nuevo: éste es, sintetizado, el esquema que adoptó el Proyecto de Código Penal de 1980.

Esta segmentación no supone quiebra de principio general alguno, sino que, antes bien, dejaría traslucir, tangiblemente, la auténtica dimensión y trascendencia de esta clase de revelación de secretos, a la vez que una depuración de naturaleza sistemática que, de producirse, merecería, a nuestro entender, los más entusiastas elogios.

Como ejemplo meramente ilustrativo, en este sentido, decir que la divulgación de la materia reservada cometida por funcionarios públicos aparece castigada en otro Título en atención, como se ha escrito, al «dificilísimo equilibrio entre la necesidad de salvaguardar la transparencia en la actuación de la Administración y la concepción de la función pública como un servicio a los ciudadanos» 102.

II. A modo de resultante de los dos extremos señalados en el epígrafe anterior —y dejando inamovible el actual art. 199.2 del Código Penal en sus precisos términos—, conviene separar la modalidad cometida por el Abogado y el Procurador que, por

coherencia con nuestro planteamiento, debe extraerse de los delitos contra la intimidad, y encuadrarse en los ahora denominados contra la Administración de justicia. Una vez allí, debe distinguirse entre el supuesto de divulgación a la parte contraria, en los términos que ya expusimos, con severa sanción, y la revelación a extraños a ese conjunto, con más benigna consecuencia penal.

En primer lugar, destacar que, indiscutiblemente, la denominada interpretación sistemática de los preceptos debe aportar criterios meramente orientativos —pero, eso sí, nunca distorsionadores—, pues resultaría de todo punto ilusorio pensar que el elenco de conductas delictivas que, hipotéticamente, puede agotar un Título concreto responden, con docilidad, a la rúbrica que les preside.

Así, pues, y partiendo de que este solapamiento es difícilmente asequible, la divulgación del secreto profesional por el Abogado o el Procurador encuentra su enclave más preciso en el Código Penal en los denominados Delitos contra la Administración de justicia 103 (Título xx), y, singularmente, en aquellos que castigan la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional (Capítulo vn).

Porque la relación que existe entre el cliente, de un lado, y su Abogado y Procurador, de otro, se encuentra enmarcada, las más de las veces, en el seno de un procedimiento judicial 104. Desde luego, en ocasiones, la labor de estos profesionales se reduce, como hemos demostrado, y sin ser poco, al asesoramiento o al dictamen, sin intervención ante órgano jurisdiccional alguno, pero, insistimos, lo habitual es que se acabe planteando la batalla forense, por lo que es en el amplio ámbito de la Administración de Justicia donde debe situarse el delito que estudiamos. Como dispone el art. 39.1 del Estatuto General de la Abogacía, «el deber fundamental del Abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella defendiendo en derecho los intereses que le son confiados». Y mal, muy mal, defiende los intereses de su cliente el Abogado que divulga sus secretos, poniendo en peligro la llegada a buen puerto de la necesaria estrategia procesal.

Opinamos, con González Rus 105, que no puede determinarse con precisión cuál es el bien jurídico unitario que se pretende tutelar con la inauguración de este Título XX, sino que, en efecto, deberá atenderse a cada una de las figuras delictivas concretas. En el caso que nos ocupa, la revelación del secreto por parte del Abogado y del Procurador pone en peligro, en gran número de ocasiones, el ejercicio correcto del derecho de defensa, del que se derivan otros aspectos igualmente sustanciales, como el principio llamado de contradicción. La función jurisdiccional del Estado pivota sobre el eje de una serie de principios de certeza para quien acude a los Tribunales de justicia, por decirlo de forma simple, que deben ser protegidos y desarrollados por quienes, como los Abogados y Procuradores, tienen tan señalado deber de garante.

Pero, en cualquier caso, si algún elemento común se puede encontrar a estos tipos penales de la Administración de justicia es que tratan de proteger —antes, durante o después— «la necesidad de preservar el correcto desarrollo del proceso» , o, más genéricamente, de impedir «alterar la marcha de la justicia» 107. Y la marcha de la justicia, a la que deben colaborar, honestamente, los Abogados y los Procuradores, exige que se mantengan en silencio todos los extremos que estos profesionales hayan conocido de sus clientes en razón de la relación que les une, y que les configura en parte procesal. Por eso, las distintas disposiciones legales que se encargan de regular la actividad de los señalados representantes procesales insisten, como ya hemos señalado, en el deber de sigilo que deben observar.

Es, otra vez, el Estatuto General de la Abogacía, precisamente, el que aporta alguna luz sobre el particular, como, por otra parte, es natural. Así, dice su art. 53 que «son obligaciones del Abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento, con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada». Como no podía ser de otra forma, el Abogado que revela secretos de su cliente, sencillamente, no es Abogado: está actuando como un delincuente.

Secreto profesional y derecho de defensa, pues, se pueden presentar, en ocasiones —ya lo expusimos detalladamente—, como dos caras de la misma moneda; y el ejercicio de aquél sólo tiene su razón de ser en el seno de un procedimiento judicial, de la especie que se quiera, y en el criminal con una especial significación. Por tanto, si bien, stricto sensu, no nos encontramos, en nuestro caso, ante un genuino delito contra la Administración de justicia, sí que se cumple, al menos, con creces, la función orientadora que le es mínimamente exigible a la denominación de todo Título. Máxime cuando, por ende, se ha creado, ex novo, un Capítulo específico que recoge lo que este delito es en realidad: una clase más de deslealtad profesional.

Por último, debemos señalar, otra vez, que, desde esa plataforma sistemática a la que nos hemos referido, deberá distinguirse entre dos diferentes modalidades de divulgación del secreto profesional del Abogado o el Procurador, en atención a la clase de receptor 108; es decir, agravando la pena para el caso de que, como decía con mucho acierto nuestro derecho histórico, se transmita la información, directa o indirectamente, a la parte contraria, o al Juez o Tribunal que conozca del asunto. Y ello con independencia de la calidad de la materia deslealmente desvelada, por ministerio del art. 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que seguiría actuando —siempre, por razones de jerarquía normativa, por ser la más cualificada— como norma complementadora.

d) Acción Típica

[Rodríguez Campos, A]^{vi}

Consiste en revelar, sin justa causa, una noticia cuya divulgación puede causar perjuicio. Revelar es descubrir o manifestar lo ignorado o secreto a un tercero; proporcionar indicios o certidumbre de algo.

La revelación no implica necesariamente divulgación, de forma que se consuma cuando se le comunica a otra persona confidencialmente -salvo a colegas- o advirtiéndole que no se lo comunique a otros. La acción puede ser directa o indirecta, y en este último caso, cuando se puedan deducir circunstancias que pongan de manifiesto lo secreto o a la persona con el que se vincula. No la hay, sino existe la posibilidad de relacionar el secreto con una persona determinada (por ejemplo, en una exposición científica).

Este delito es una figura de peligro, porque basta con que, a priori, el profesional estime que la divulgación pueda causar un daño de cualquier índole (físico, patrimonial, moral, etc). No es necesario que ocurra ese daño. Y se es igualmente responsable si en lugar del daño previsto ocurre otro distinto, si el riesgo de que este aconteciera se previó y aceptó (dolo eventual).

Si el secreto lo ha revelado otra persona, o el mismo confidente, el médico podría comunicarlo a otros, porque su acción no sería idónea para lesionar el bien jurídico tutelado, ya que no habría secreto que proteger, salvo que se agreguen nuevas circunstancias que modifiquen el hecho conocido.

"Sin justa causa" significa la concurrencia de alguna circunstancia que elimine la antijuridicidad del comportamiento. Precisamente, por integrar estas causa la Parte General del Derecho Penal, y en concreto la Teoría del Delito, la inclusión de esa frase es innecesaria, porque cualquier hecho típico en el que se que se presente una causa de justificación, sería inidóneo para constituirse como delito, de forma que, en este caso, si el secreto se revela al amparo de una causa de justificación, sería impune.

De la misma forma, no incurre en delito quien transmite la información conocida a otro colega por las necesidades mismas de la profesión, siempre y cuando el bien que trata de obtener (salud del paciente) sea de mayor entidad que la lesión que supone al derecho de la intimidad del paciente. Igualmente, la información que conste en el expediente clínico debe reputarse como secreta, en la medida que no puede trascender a terceros, es decir, a personas distintas a los médicos, enfermeras o auxiliares, quienes, por razón de sus cargos, deben guardar sigilo de cuanto conozcan.

Por último, es importante anotar que el delito se puede cometer mediante acción u omisión, y en este último caso, cuando no se impide el acceso de terceros a la información reservada (claro, con dolo eventual). La revelación culposa, en nuestro medio, es impune.

e) Culpabilidad

[Cortés Bechiarelli, E]^{vii}

El actual diseño del delito imprudente, consecuencia de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, deja escaso margen al intérprete a la hora de fijar, *de lege data*, conclusiones sobre el particular. Prácticamente, la cuestión puede resumirse diciendo, sin temor alguno al error, que no es posible la comisión culposa de su art. 199.2 porque el legislador, en virtud del art. 12 del mismo texto, no lo ha estimado conveniente. Conclusión, desde luego, inamovible.

No obstante, contrasta este planteamiento con el que existía en el Código anterior respecto a la desaparecida figura de la prevaricación de Abogados y Procuradores —en su modalidad de descubrimiento de los secretos del cliente, como se decía—, puesto que la posibilidad de su realización imprudente se preveía, redundantemente, hasta en dos ocasiones: mediante la genérica presencia del controvertido art. 565, y con la fórmula específica que se contenía dentro del propio art. 360: «el Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables...».

A mayor abundamiento, y para mayor desconcierto, el art. 467 del vigente texto punitivo —que castiga, como sabemos ya, al Abogado o Procurador que perjudique los intereses de su cliente— prevé, en su párrafo segundo, la posibilidad de comisión culposa.

Por nuestra parte, no parece desacertado el planteamiento actual. Bien es cierto que nos queda por saber cuál hubiera sido el parecer del legislador sobre las formas de culpabilidad en esta modalidad delictiva en el supuesto de haber penado autónomamente —como, por lo demás, debe ser— el caso particular de los Abogados y Procuradores. Pero, embebido ahora en un precepto de tan dilatados márgenes, y

considerado, además, como delito contra la intimidad, hoy en día su estimación como delito imprudente deviene radicalmente imposible.

Parece difícil, además, siempre desde nuestro punto de vista, que la ruptura de la confianza se acabe realizando de manera culposa. La confianza, o se quebranta, porque así se quiere de propósito, o rara vez se hará con incumplimiento de deber de diligencia alguno.

Porque el Abogado, como el Procurador, debe saber que existen límites legalmente establecidos a lo que, a lo mejor, se entiende como una natural locuacidad. Partiendo de la base de que la discreción es una virtud —que el Derecho penal no puede exigir en todos los casos por vigencia del principio de intervención mínima—, debe, necesariamente, añadirse que tan significados agentes del proceso, que habrían de conocer, desde su ingreso en la Facultad, este extremo, tienen que ser custodios de cuanto se les ha transmitido, específicamente, en el ámbito del desarrollo de sus profesiones, pues así lo advierten, además, la Ley Orgánica del Poder Judicial y los respectivos Estatutos generales.

Así, pues, y de acuerdo con estos principios, no se antoja posible, ni siquiera por vía de hipótesis, la posibilidad de comisión culposa. Porque, desde luego, si se hace uso de algún contenido que debe permanecer oculto en el curso del procedimiento, siempre puede aplicarse la eximente del ejercicio legítimo de un derecho —el de defensa—, o de una profesión —Abogado o Procurador—. Lo contrario, sería establecer, *ex lege*, una presunción de infalibilidad de estos profesionales que no entendemos por qué deberían padecer.

En definitiva, y acogiéndonos a los tradicionales postulados sobre la materia, decir que el Abogado o el Procurador —nada menos, según las ya referidas normas de colegiación, que Licenciados o Doctores en Derecho— deben conocer la significación antijurídica que, en principio, y con las excepciones justificativas desarrolladas en los anteriores epígrafes, tiene la transmisión a terceros de la materia reservada, por la trascendencia social de su oficio, así como por la consideración doctrinal de paradigmáticos confidentes necesarios.

Lo que sí es sostenible es la posibilidad del protagonismo del denominado dolo eventual. No existe, en este sentido, ningún impedimento de índole técnico para sostener esta afirmación, si bien su aceptación debe realizarse con ciertas cautelas. Porque, así, no pueden incluirse como integrantes de este supuesto aquellos casos, por poner algunos, en los que Abogado o Procurador participa la información a terceros con ánimo de beneficiar a su cliente.

f) Iter Criminis

[Cortés Bechiarelli, E]^{viii}

Respecto a los tipos de imperfecta ejecución en el delito que analizamos —reducidos, por ministerio del Código Penal vigente, a la tentativa—, se puede decir que han sido hasta tres, fundamentalmente, las posturas doctrinales que se han ensayado sobre el particular.

Así, Queralt Jiménez considera, por una parte, que no es posible la tentativa, con el Código de 1995 ya en vigor. Y ello por tratarse de un delito de actividad, Jorge Barreiro —desde su catalogación de la figura como modalidad de delito contra la intimidad, y también con el texto vigente— parece recoger la doctrina mayoritaria sobre estas formas inacabadas en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, afirmando, por su parte, y para nuestro caso, que «cabem... cuando el sujeto realiza actos encaminados a la divulgación del secreto y, sin embargo, no consigue que éste llegue al conocimiento de terceros, por lo que no resulta menoscabado el bien jurídico tutelado»; y por fin, quienes, como Orts Berenguer, admitían, respecto a la vieja forma de prevaricación, que las formas imperfectas de ejecución eran técnicamente posibles, si bien reconociendo que "es poco verosímil que en la práctica lleguen a aflorar" .

Como quiera que, siguiendo otra vez a Cobo del Rosal y Vives Antón, «el intento comienza con el principio de la realización» —el art. 16 del Código Penal dice, por su parte, que «el sujeto da principio a la ejecución del delito»—, y partiendo de nuestra concepción del bien jurídico que se protege en nuestro delito, sostenemos, con

Queralt Jiménez, que, en efecto, no es posible la tentativa, ya sea acabada, o inacabada.

Como ya hemos adelantado, la confianza, o se traiciona, o no se traiciona. Desde el momento en que el Abogado o el Procurador comienzan a transmitir la información que debe permanecer oculta, se está consumando el delito, porque se está desterrando, de esa suerte, la posibilidad de mantener incólume la lealtad exigida.

Porque, en la forma en la que hemos catalogado esta modalidad delictiva, no se hace preciso atentado a la intimidad alguno, ni causación de resultado lesivo de otra especie. Lo que se castiga, simplemente, es el quebranto —por vía oral, escrita, o la que se quiera— de un deber que se considera elemental para el ejercicio de una profesión de hondo significado en nuestra sociedad.

Por volver al paradigmático caso que, en ocasiones, ha propuesto la doctrina patria, el Abogado o el Procurador que envía una carta a otra persona transmitiéndole noticias de su cliente, siendo, finalmente, interceptada la misiva, ha consumado ya el delito analizado, puesto que ha lesionado el bien jurídico con la mera redacción de la misma y la intención de participarlo a un tercero, con independencia de que el escrito acabe leyéndose, perdiéndose, o, en definitiva, no llegando, por la razón que sea, a su destino.

De tal suerte que ese intento que persigue la transmisión, aunque ésta no se acabe verificando, no constituye forma de tentativa, sino, antes bien, la auténtica consumación del delito.

Respecto a los actos preparatorios, nos vemos, nuevamente, sometidos a la disciplina legal del vigente Código Penal, ya que, de acuerdo con lo dispuesto en sus arts. 17.3 y 18.2, sólo se castigarán aquéllos en los casos en los que así se prevea, singularmente, en cada tipo delictivo, debiendo dejar señalado que, en el delito que hemos estudiado, no son posibles ni la conspiración, ni la proposición, ni la provocación para delinquir por falta de regulación expresa.

JURISPRUDENCIA

1. La Divulgación del Secreto Profesional y los Derechos Fundamentales del Menor de Edad

[Sala Tercera]^{ix}

Voto de mayoría:

"I. En el primer motivo de queja, alega el impugnante quebranto del debido proceso y del derecho de defensa, en virtud de que no tuvo acceso al expediente médico de la ofendida en su momento oportuno. Según expone, de forma reiterada solicitó al Ministerio Público que permitiera el conocimiento de esa prueba (en la que se apoyan algunos de los dictámenes forenses evacuados), pero siempre se obtuvo una rotunda negativa. Esto llevó al defensor a apelar bajo protesta la pericia No. 9833-2004, pues no contaba con el documento que se le negó, invocando la fiscalía su "confidencialidad". Solo a través del auto de apertura a juicio se admitió el expediente como prueba, pero todavía sin que se allegara una copia a la sumaria, la que no se aportó sino en el juicio oral, cuando ya había declarado la perito Patricia Solano Calderón, por lo que el defensor no pudo realizar un interrogatorio "adecuado y eficiente". Añade el quejoso que se le colocó en desequilibrio procesal y que la prueba tenía trascendencia pues los dictámenes No. 1406-2005 (visible entre los folios 67 y 70) y No. 9833-2004 (folios 36 y 37) son contradictorios, pues este último estableció, a partir de lo consignado en el expediente médico, que la ofendida presentaba un desgarro en el periné, mientras que el otro se refiere a un desgarro vaginal, con arrancamiento de casi la totalidad del himen. Concluye el defensor que el Ministerio Público no actuó con objetividad y que el conocimiento tardío de la prueba le impidió un desempeño adecuado de la defensa, en tanto se requería una explicación que aclarara las contradicciones y permitiera la posibilidad de plantear consultas y estudiar la prueba. El reparo debe desestimarse: Comparte la Sala las apreciaciones del quejoso en el sentido de que el Ministerio Público incurrió en yerro al negarle el conocimiento de una prueba, bajo el argumento de su confidencialidad. El secreto que ampara los expedientes médicos es, al igual que las demás formas de secreto profesional o funcional, de carácter relativo, lo cual significa que la protección del derecho fundamental a la intimidad y del mejor desenvolvimiento de las actividades médicas (a través de una relación médico-paciente que sea franca, abierta y confiable, sin temor a que se expongan revelaciones no queridas) cede cuando sea preciso salvaguardar otros bienes jurídicos de mayor jerarquía, es decir, cuando exista justa causa. En el presente caso es evidente que mediaba una justa causa que dispensaba del deber de secreto, al extremo de que la propia fiscalía lo entendió así cuando propuso como prueba los testimonios de distintos profesionales de la Salud que atendieron a la víctima (quienes, de otro modo, podrían haber invocado el secreto profesional). En

primer término, el derecho a la vida y a la salud de la persona menor de edad que fue víctima del delito, es causa suficiente para relevar del secreto e incluso los propios médicos que la atendieron en el hospital se encontraban, antes que facultados, obligados a denunciar las lesiones por ellos constatadas. En segundo lugar, la denuncia interpuesta por la madre de la niña (su legítima representante) implicó el consentimiento válido para que pudiera darse uso a la prueba que surgiera del expediente médico, en lo que resultare de interés y fuere pertinente para investigar los hechos concretos denunciados. Por último, el interés superior del niño, reconocido por Costa Rica a través de instrumentos internacionales con rango supra legal, obliga igualmente a dispensar del deber de reserva y confidencialidad cuando el mantenimiento del secreto pueda afectar los intereses válidamente tutelables de la persona menor de edad y salta a la vista que, en la especie, tales intereses corresponden a la protección de bienes jurídicos fundamentales, no solo la vida y la salud, ya mencionados, sino el acceso a la Justicia de los niños por motivo de los delitos de que puedan ser víctimas. Ahora bien, ha de señalarse que del estudio de la sumaria no se desprende lo que sugiere el quejoso, en el sentido de que el Ministerio Público se hubiese reservado el conocimiento de la prueba y negado su acceso a la defensa (actitud insólita que atentaría de manera flagrante contra el deber de objetividad, el equilibrio procesal o “igualdad de armas” y la inviolabilidad de la defensa), sino que se ordenó el secuestro solo de ciertas piezas del expediente médico, las que fueron agregadas entre los folios 59 y 62 –por ende, conocidas por las partes– y lo que no se hizo en ese momento fue gestionar la copia íntegra de dicho expediente, como lo pedía el licenciado Rivera Garbanzo. En todo caso, conviene destacar que la confidencialidad de los documentos clínicos no desaparece por la circunstancia de que sean agregados a un proceso judicial. El deber de secreto tan solo se traslada, al ampliarse el círculo de personas que lo conocerán, pero será compartido por todas ellas, y abarca tanto a los funcionarios (fiscales, jueces, defensores públicos, auxiliares judiciales) como a los que no lo sean (defensores particulares, las partes y el propio imputado), al extremo de que para todos ellos existen normas en el Código Penal que castigan la violación del secreto, ya sea a través de su divulgación (artículos 203 y 339) o por la figura de la difamación (artículo 146). Lo anterior significa que el uso que se le puede dar a la información es estrictamente para los fines judiciales, dentro de los procesos en que revistan interés y pertinencia. Por otra parte, debe asimismo señalarse que la actuación de la defensa tampoco fue la idónea. Cuando existen diferendos con la fiscalía o, en general, entre las partes, ya se refieran a las pruebas o a la forma en que deban practicarse (v. gr.: en qué condiciones debe hacerse una pericia), el llamado a resolverlos es el juez y nunca el Ministerio Público, pues este último no puede actuar simultáneamente como juez y como parte. Sin embargo, el defensor nunca planteó protesta alguna por actividad procesal defectuosa ante el órgano competente para conocerla y resolverla, sino que se limitó a repetir sus gestiones ante una fiscal que ya había hecho saber su decisión negativa acerca del

tema. A pesar de lo dicho, lo cierto es que el juez penal, al emitir el auto de apertura a juicio, admitió como prueba el expediente médico de cita; sin embargo, la defensa tampoco se preocupó porque se hiciera llegar materialmente ese documento, sino que se conformó con esperar hasta el debate para señalar allí tal omisión (ver folios 222 y 579 vuelto). Si, como lo alega el defensor, el conocimiento de la probanza antes de llegar al juicio oral y público le resultaba esencial, no es eso lo que se desprende de sus actuaciones. El a quo convocó a debate desde el 5 de setiembre de 2005, con un mes de antelación y en el transcurso de ese lapso el defensor solo presentó dos memoriales: uno solicitando la copia de un dictamen (cfr.: folio 423) y otro para la copia de todo el expediente y sus legajos (ver folio 440). Nunca hizo protesta alguna por la falta de la probanza admitida y, desde luego, cuando compareció al debate sabía con exactitud que aún no había sido allegada o, cuando menos, que no le había sido puesta en conocimiento y, por ende, que le sería imposible conocerla antes del debate mismo. De lo dicho se infiere que el propio defensor coadyuvó en la omisión que ahora pretende reclamar, pues tácitamente aceptó sus consecuencias (artículo 177 inciso b) del Código Procesal Penal). De cualquier modo, lo cierto es que el defecto fue por completo subsanado en el juicio oral, ya que el a quo hizo llegar el referido expediente médico y lo incorporó cuando declaraba la doctora Patricia Solano Cubero –perito que menciona el defensor–, para efectos de interrogatorio (ver folio 580). En ese momento, el licenciado Rivera Garbanzo manifestó desconocer el contenido de la prueba y solicitó se le concediera tiempo para revisarla, petición a la que accedió el Tribunal, suspendiendo el debate (ver mismo folio 580). Reanudada la diligencia, el defensor se limitó a pedir que se le facilitara una copia del documento y a ello también estuvo dispuesto el a quo, advirtiéndole tan solo de su carácter confidencial (cfr.: folio 580 vuelto). De lo hasta aquí expuesto salta a la vista que: a) el quejoso nunca se ocupó de conocer la prueba antes de la celebración del debate. Muy al contrario, llegó al acto sin haber hecho protesta o solicitud alguna en ese sentido, de modo que no puede aprovecharse ahora de sus propias omisiones para reprochar un supuesto defecto en cuya producción él mismo coadyuvó o consintió. b) Ya en el debate el Tribunal le hizo conocedor de la prueba, le facilitó copias fotostáticas de ella y le concedió un tiempo prudencial para su estudio. En ese momento, la defensa pudo haber gestionado una segunda comparecencia de la perito, a fin de interrogarla sobre los temas que desease o confrontarla con los datos consignados en el expediente médico; también pudo pedir un plazo mayor de suspensión del debate para un mejor análisis de la probanza, si resultaba de su interés o bien que se le facilitara un consultor técnico, incluso a costa del mismo Poder Judicial (un médico forense). Nada de esto hizo, sino que, como se expuso, se conformó con recibir copias fotostáticas del expediente médico y con el término prudencial que se le concedió para revisar el documento. Salta a la vista, entonces, que a la defensa nada se le negó de forma arbitraria, lesionando sus derechos (lo que sí sería base suficiente para constituir un defecto y vulnerar el debido proceso), sino que el defensor nada pidió, ningún reclamo

formuló y sus actuaciones evidenciaron, más bien, ante el Tribunal y ante cualquier tercera persona objetiva, que sus necesidades e intereses habían sido correcta y satisfactoriamente atendidos. Ni siquiera ahora logra quien impugna concretar cuáles posibilidades (no demandadas por él en su oportunidad) se le impidieron o por qué no pudo hacer un interrogatorio “adecuado y eficiente” de la perito Solano Cubero. Lo cierto es que las supuestas contradicciones que apunta como base de su protesta en esta sede, surgían de los propios dictámenes y no en relación con el expediente médico. Esta prueba se introdujo al debate en el instante mismo en que declaraba la perito y las preguntas se refirieron precisamente a los temas que se plantean en el recurso: la antigüedad y la naturaleza de las lesiones, la mecánica de su producción, la presencia o ausencia de ciertos signos (entre otros extremos que retomará la Sala en el Considerando II), de donde se infiere que todos los puntos que la defensa cuestionó y reitera aquí, fueron profusa y exhaustivamente abordados por la perito, a raíz del interrogatorio que le hicieron todas las partes (incluido el defensor), por lo que no se observa la existencia de ningún agravio. La posibilidad de que el interrogatorio a cargo de una de las partes hubiese sido mejor se presenta en todos los procesos penales y no es, por supuesto, un motivo de reclamo; lo importante es que tales partes hayan tenido a su disposición los medios requeridos para hacer su mejor desempeño y en el presente caso, el defensor los tuvo y los aprovechó del modo que, por decisión propia y no impuesta por el Tribunal, estimó más conveniente. Por último, nótese que el a quo incluso accedió a la solicitud de la defensa de que un médico forense escuchara la declaración del justiciable (cuando, avanzado el debate, decidió hacerlo) y rindiera luego su criterio técnico, tomando en cuenta esas manifestaciones y los dictámenes periciales evacuados. De ningún modo, entonces, puede cuestionarse la actitud del Tribunal, que concedió al defensor todos los medios que él solicitó para desempeñar mejor su tarea (suspensión del juicio, copias de documentos, un perito). A mayor abundamiento, como se adelantó líneas atrás, lo cierto es que las piezas esenciales del expediente médico (las que daban cuenta del ingreso de la persona menor de edad en el centro hospitalario, su estado y el tratamiento inmediato que se le brindó) ya habían sido agregadas a la sumaria desde que se ordenó su secuestro; por ende, la defensa las conocía mucho antes de que se llegase al debate y puesto que son esos datos iniciales de la atención de la ofendida los que en realidad poseen interés para decidir, tampoco puede alegarse que se los desconocía."

2. El Delito de Divulgación de Secretos y los Conceptos de Confidencialidad y Privacidad, al Respecto de la Información de los Expedientes Médicos

[Tribunal de Casación Penal]^x

Voto de mayoría

"III. Como segundo motivo de casación se invoca la falta de aplicación de los artículos 201 y 203 del Código Penal. La juzgadora al exigir una condición subjetiva de la imputada Vargas González, inobserva el espíritu del artículo 203 del Código Penal y el derecho a la confidencialidad por cuanto el la información proporcionada en el expediente clínico debe permanecer secreto para terceros y en el caso específico para quienes puedan aprovecharse de una situación de privilegio para tener acceso a la información de circunstancias privadas. El expediente se encontraba en una dependencia administrativa y se hicieron de conocimiento de terceras personas. **CON LUGAR EL MOTIVO.** La segunda razón por la cual se absuelve a los imputados es porque la jueza considera que los hechos son atípicos. Fundamenta su decisión en los siguientes argumentos. En primer lugar no se logró establecer la relación que existía ente la imputada VARGAS GONZÁLEZ y la querellante. Se demostró que no era la médico de la ofendida, pues para esa fecha ya no laboraba en la institución. Es decir, no era funcionaria de ese centro de salud. Tampoco entró en conocimiento de ese expediente clínico en *"razón de algún estado que le impusiera la obligación de guardar secreto sobre su contenido, pues al momento en que esto ocurre es médico en otro centro de salud independiente al que tenía en custodia el mismo"* (folio 245). Los anteriores argumentos no son compartidos por esta Cámara. El artículo 203 del Código Penal establece: *"Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revele sin justa causa. Si se tratare de un funcionario público o un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años"*. El tema de fondo planteado en este caso es la confidencialidad de la información que contiene los expedientes médicos. Esto por cuanto no se trata de un sólo documento escrito por el médico, sino por un compendio de documentos, dentro de los cuales se encuentran: Hoja de identificación, informes de exámenes de laboratorio y gabinete, informes de interconsultas, epicrisis, historia clínica, etc. Se define expediente clínico como *"...la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual. Se ha llegado a establecer también que ésta debe ser como una breve biografía del enfermo en relación a sus padecimientos ya sea físicos mentales y a los factores que conciernen a la herencia, a los hábitos y las costumbres y las condiciones del ambiente de su vida"*.

(Cyrman Sánchez (Ceidy), Leitón Rodríguez, (Carolina) y Villalobos Morera, (Silvia Ma.) Otros. Los documentos médicos en la Administración de Justicia: análisis médico-legal. Tesis para optar el Grado de Licenciadas en Derecho. Facultad de Derecho. P113.) Desde el punto de vista normativo, es el Reglamento del expediente de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social el que define el concepto de "Expediente clínico". El artículo primero reza: "*Expediente de salud en lo sucesivo expediente. Es el conjunto de documentos derivados de la atención de una misma persona y eventualmente del recién nacido o naciturus, que en un establecimiento, permanecen archivados bajo una misma identificación y con carácter de único. Se consideran sinónimos del término "expediente de salud": expediente médico y expediente clínico*". El expediente está conformado por los formularios oficiales aprobados por la gerencia de división médica, y en su caso, por los documentos que se originaren en los procesos de atención en salud que el paciente pudiere recibir externamente a la Caja" Durante el desarrollo del tratamiento médico que se le esté dando a un paciente, se van acumulando una serie de formularios y documentos médicos que vienen a formar parte de un expediente, que vendría a ser un verdadero registro clínico único, ya que en ella contiene el historial completo del tratamiento que se le este dando al paciente y la evolución que va teniendo. La información contenida en el expediente clínico, por su propia naturaleza es de carácter confidencial y por ello se requiere la protección del ordenamiento jurídico. Esta exigencia de protección del ámbito de la intimidad, entendida como aquella "*parte personalísima y reservada de un caso o persona, su revelación puede originar responsabilidad cuando cause daño...*" (Diccionario Básico Jurídico. Editorial Comares, 1 ed. T.II, 1996, p. 427), encuentra su fundamento en la misma Constitución política, en los artículos 24, 28 y dentro de la regulación reglamentaria, en el artículo 19 del Reglamento del Expediente de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social, cuyo texto reza: "*El contenido del expediente es confidencial y queda obligado a respetar esa condición todo aquél que por cualquier circunstancia tenga acceso a éste. La violación a esta disposición se considerará falta grave para todos los efectos legales, disciplinarios y administrativos, sin perjuicio de las demás responsabilidades que de ello se deriven.*" (Artículo 12, de la sesión 7364, celebrada el 31 de agosto de 1999). Publicado en Gaceta No. 189, 29 de setiembre de 1999).

En cuanto a la confidencialidad y con el fin de lograr la precisión conceptual es necesario hacer la distinción entre esta y la privacidad. Son términos que a menudo se utilizan como si fueran sinónimos cuando se aplican a la información médica. También, puede ser considerada como un caso especial del derecho a la privacidad, o ser definida como "*mantener un secreto*". Se trata entonces de una serie de restricciones respecto a la información contenida en los expedientes médicos y sobre los cuales se debe guardar absoluta reserva. Sobre el particular Priscilla Solano Castillo, al estudiar el tema nos señala: "*Actualmente, el registro médico crece en importancia como una*

*f fuente de información para satisfacer una amplia gama de necesidades (atención médica, docencia, investigación, uso legal, etc). Los miembros del equipo de salud tienen la responsabilidad de atender demandas de información, a la vez que deben de proteger los intereses del paciente. Cumplir con esa responsabilidad dual requiere de conocimiento de las leyes y reglamentos relativos al revelado de la información; incluyendo las condiciones en las cuales se puede entregar información sin el consentimiento del paciente y las circunstancias en las que el consentimiento es obligatorio". (Solano (Priscilla). Registro Médico Computarizado. Documento sin publicar). De lo anterior se deriva el cuidadoso manejo que se le debe dar a la información contenida en cualquier expediente médico, especialmente cuando esa información puede generar un grave daño al paciente. De las normas transcritas, el tribunal no deriva las mismas consecuencias que la señora juzgadora. Por el contrario, de acuerdo con la normativa vigente, la información contenida en los expedientes médicos siempre es confidencial. Tan es así que se lleva un estricto de los profesionales que consultan el referido expediente. La información es confidencial tanto para el médico tratante como para cualquier otro profesional en medicina que por cualquier razón tenga acceso al mismo. En efecto, en tesis de principio, solamente deberían tener acceso a la información quienes tengan relación con el tratamiento, pero obviamente, si otro profesional por razones académicas, científicas o de cualquier naturaleza, tiene acceso al legajo, también debe guardar la debida reserva. En ningún caso se encuentra autorizado para divulgar el contenido del expediente clínico. Tan es así que el artículo 206 del Código Procesal Penal les impone el deber de guardar silencio respecto a esos hechos. La citada norma dispone: "*Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas....*"*

Es claro y así lo dice la acusación, que la encartada Vargas González, tuvo acceso al expediente médico de la ofendida por su condición de profesional en medicina y por haber sido funcionaría de ese centro de salud. De todas maneras, el tipo penal no exige la relación médico-paciente ni tampoco que al momento del hecho sea funcionaría del lugar que custodie la información. A pesar de que en el presente asunto se indica que al momento del hecho, al parecer trabajaba en otros centro de salud pública, ello no es requisito del tipo básico, sino más bien una circunstancias agravante. En consecuencia, se acoge el motivo de casación, se anula la sentencia y el debate que le precedió y se ordena el reenvío para la nueva sustanciación."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 4573 del cuatro de mayo de 1970. Código Penal. Fecha de vigencia desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 36 de 36 del 03/08/2011. Datos de la Publicación Gaceta número 257 del 15/11/1970. Alcance: 120^a.

ⁱⁱ RODRIGUEZ CAMPOS, Alexander (1999). El Secreto Profesional del Médico Forense en Costa Rica. En revista de Medicina Legal. Volumen 16, Números 1-2. Recuperado de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00151999000200011&script=sci_arttext

ⁱⁱⁱ RODRIGUEZ CAMPOS, Alexander (1999). Ídem.

^{iv} CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (1998). El Secreto Profesional del Abogado y del Procurador y su Proyección Penal. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. Pp 91-94.

^v CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (1998). Op Cit. Supra Nota 4. P 142.

^{vi} RODRIGUEZ CAMPOS, Alexander (1999). Ídem.

^{vii} CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (1998). Op Cit. Supra Nota 4. P 157-159.

^{viii} CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (1998). Op Cit. Supra Nota 4. P 159-160.

^{ix} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 528 de las nueve horas con veinte minutos del siete de junio de dos seis. Expediente: 04-203985-0305-PE.

^x TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 774 de las diez horas con treinta minutos del dieciséis de agosto de dos mil cinco. Expediente: 02-002323-0175-PE.