

[ÍNDICE Y EXTRACTO DE UN CAPÍTULO DEL LIBRO]

JUAN CARLOS RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA

EL DERECHO DE LOS SECRETOS

Secreto profesional (del abogado, periodista, médico, banquero, etc.)

Secretos derivados del derecho a la intimidad y a la privacidad

Secretos a los que están obligadas las autoridades

Secretos procesales y secretos de la negociación

Secretos comerciales, de empresa o de fábrica

La inviolabilidad gnoseológica del domicilio

La inviolabilidad de las comunicaciones

La deliberación privada del tribunal

La protección de datos y registros

Privilegios para callar en juicio

El derecho al anonimato

El secreto convenido

El secreto genético

Secretos de Estado

El voto secreto

Otros secretos

Y la teoría

del cono

Editorial Temis

2007

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

LA TEORÍA GENERAL Y SU METODOLOGÍA

1. Objetivo de la teoría general
2. Posibilidad de una teoría general
3. Un problema metodológico
4. Tratamiento no particularizado
5. Estructura de la obra

CAPÍTULO II

NOCIÓN DE SECRETO

1. Noción preliminar
2. Elementos esenciales del secreto
 - A) Posesión
 - B) De información
 - C) Oculta
 - D) De forma custodiada
 - E) Por parte de una persona, o de un conjunto cerrado de ellas
3. Noción prejurídica sintética
4. Naturaleza jurídica del secreto

CAPÍTULO III

EL SECRETO COMO DERECHO

1. El carácter vicario del secreto
2. Fundamento del derecho al secreto
 - A) Postura que niega un fundamento común
 - B) Postura que admite un fundamento común
3. Características del fundamento básico del derecho de los secretos
 - A) *La privacidad como fundamento primero*
 - B) *La privacidad como fundamento liviano*
 - C) *La privacidad como fundamento mínimo*
4. El interés legítimo como elemento constitutivo del derecho al secreto
 - A) *Seriedad.*
 - B) *Legitimidad*
 - C) *Actualidad*
5. Naturaleza y facultades del derecho al secreto
6. Distinción entre derecho al secreto y otros derechos

- A)* Derecho al secreto y derecho a la intimidad
 - B)* Derecho al secreto y derecho a la privacidad
 - C)* Derecho al secreto, derecho a la reserva y derecho a la confidencialidad
7. Características del derecho al secreto
8. Alcance y límites del derecho al secreto
- A)* Doctrina subjetiva o de la voluntad
 - B)* Doctrinas del interés
 - C)* Doctrina de las esferas de Hart
 - D)* Teoría del cono
 - E)* Teoría de los polos. La distinción del ámbito público del ámbito privado
 - F)* Realizar un balanceo de los derechos en colisión
 - G)* Conjugar los diversos criterios expuestos

CAPÍTULO IV

EL SECRETO COMO OBLIGACIÓN

1. El secreto como una obligación jurídica
 - A)* Existencia de la obligación
 - B)* Una obligación bipartita
2. Características de la obligación
3. Los sujetos de la obligación
 - A)* Sujeto activo
 - B)* Sujeto pasivo
4. El objeto de la obligación
 - A)* Objeto material
 - B)* Objeto formal

CAPÍTULO V

EL SECRETO COMO ALGO PROHIBIDO

1. La causa de la prohibición
2. Tipos de prohibiciones
 - A)* Prohibiciones de usar o explotar un secreto
 - B)* Prohibiciones de ocultar el secreto
3. Alcance de la prohibición de secreto

CAPÍTULO VI

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SECRETO

1. La protección legal del secreto
 - A)* Tipos de protección que concede la Ley
 - B)* Casos en que el secreto requiere de ley
 - a) Ámbito público
 - (i) Función judicial

- (ii) Función legislativa
 - (iii) Función ejecutiva, otras funciones y entidades seccionales
- b) **Ámbito privado**
 - C) La Ley debe reconocer el secreto natural
- 2. **La protección convencional del secreto**
 - A) Definición de cláusula y acuerdo de confidencialidad
 - B) Clases de confidencias voluntarias
 - C) La legitimidad de los acuerdos de confidencialidad
- 3. **La defensa del secreto simple (o no consagrado en la ley positiva, ni protegido en un contrato)**
 - A) Definición del principio de la buena fe
 - B) Características del principio general del Derecho de la buena fe. **Ámbito de aplicación**
 - C) Funciones de los principios del Derecho universal, y específicamente del principio de la buena fe
 - D) La buena fe como principio protector del derecho de los secretos

CAPÍTULO VII

CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS SECRETOS

1. **Clasificación en razón de la titularidad**
 - A) Secretos públicos y secretos privados
 - B) Secretos personales y secretos colectivos
2. **Clasificación en razón de la forma de haberse adquirido**
3. **Clasificación en razón de la corrección**
4. **Clasificación en razón de la materia**
5. **Clasificación en razón de la naturaleza de la protección**
 - A) Protección jurídica. Secretos legales, convenidos y simples
 - B) Protección no jurídica
6. **Clasificación en razón del alcance**
 - A) El secreto 1º
 - B) El secreto 2º, 3º, 4º...
 - C) Secreto enésimo
7. **Clasificación en razón de la intensidad (teoría del cono)**
 - A) Secretos desconocidos, absolutos y relativos
 - B) Secretos íntimos y secretos privados
 - C) Gradación de todos los secretos dentro del cono

ANEXO

MODELOS DE ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD

1. **Modelo de cláusula de confidencialidad abierta**
2. **Modelo de cláusula de confidencialidad cerrada, con posibilidad de uso del secreto**

3. Modelo de convenio de confidencialidad cerrada

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE DE AUTORES

ÍNDICE DE SECRETOS

PRESENTACIÓN

Secretos ha habido siempre. Recién había el hombre aparecido sobre la faz de la tierra y ya desde entonces tuvo noticia de algunos misterios de la naturaleza y quiso a la vez guardar sus secretos. Una antiquísima y consabida tradición recogida en el libro del Génesis cuenta cómo Dios, al crear a la primera pareja humana, les entregó un Edén para que lo habitasen; les permitió todo, prohibiéndoles únicamente probar del fruto de aquel enigmático árbol del bien y del mal. Ese árbol encerraba un misterio, un secreto del que un espíritu maligno se supo aprovechar para tentarlos: “seréis como dioses”, les dijo.

Como se sabe, Eva sucumbió ante las intrigas de la serpiente, y terminó probando de aquel enigmático fruto. Luego se lo dio a probar a Adán. La soberbia y la curiosidad pudieron más. Nuestros primeros padres no tardaron en percatarse de su desnudez, e intentaron cubrir su piel para hacer inaccesible a terceros la imagen física de sus cuerpos. También quisieron ocultar a su Creador la noticia de su desobediencia y huían de su mirada, en un escape vano destinado al fracaso.

En el relato los secretos de los hombres entraron en la historia como consecuencia del mal, enmarcados dentro de un contexto de imperfección, de naturaleza caída. En el fondo, el escritor sagrado aspira a un mundo perfecto, de dimensiones muy distintas a las de nuestro universo, en donde se aniquile el mal, se diluyan los secretos y solo brille la luz de la Verdad.

El análisis de los secretos, por supuesto, no quedó relegado al mencionado enfoque de la Escritura. Con la profundización del saber humano, y la aparición de las primeras profesiones, los secretos cobraron especial importancia. Ya en el siglo V a. de C. los médicos griegos prestaban al inicio de su profesión aquel juramento que según

la tradición fue redactado por Hipócrates: “Juro por Apolo el Médico y Esculapio y por Hygeia y Panacea y por todos los dioses y diosas, poniéndolos de jueces, que (...) guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deba ser público, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas.”. Ésta costumbre gremial aún perdura hasta nuestros días, y ha sido recogida por todas las declaraciones y código deontológicos.¹

De igual modo, al aparecer el Estado, el comercio, las comunicaciones, los bancos de datos, aparecieron junto a ellos los respectivos secretos de Estado, secretos comerciales, el derecho al secreto en las comunicaciones, los deberes de protección de los datos y registros informáticos. Luego, con la globalización, la informatización, los avances de la tecnología y la masificación de las telecomunicaciones, gran parte de la información oculta ha saltado a la luz pública. Algunas veces se han considerado estos hechos como un logro de la humanidad, otras como un lamentable retroceso.

Ello ha ocasionado que en los últimos tiempos proliferara abundantemente la regulación relativa al tratamiento de los secretos, imponiendo su protección u obligando a permitir el acceso a los mismos. Y toda esa regulación ha terminado pasando por la lupa de los estudiosos del Derecho, quienes han ido analizando con agudeza el estatuto jurídico de cada tipo de secreto. Hoy en día podemos leer miles de interesantísimas páginas escritas acerca de los siguientes tipos de secreto:

- Secretos derivados del derecho a la intimidad y a la privacidad.
- La inviolabilidad de las comunicaciones.

¹ Cfr. Juramento Hipocrático, Declaración de Ginebra de 1948, Juramento de los médicos rusos, Código Internacional de Ética Médica de 1949, Guía Ética de los Médicos de la Europa Occidental de 1987, entre muchos otros.

- A su vez, la inviolabilidad del domicilio, garantía que protege un secreto en cuanto prohíbe registros visuales del domicilio (inviolabilidad gnoseológica, no física, del domicilio).
- La protección de datos y registros informáticos.
- Secreto profesional (del médico, periodista, abogado, contador, sacerdote, banquero, etc.).
- El secreto en las deliberaciones de los tribunales de justicia.
- El secreto al que tienen derecho las partes en los juicios penales, de menores y otros.
- El secreto en la negociación y en la mediación.
- Privilegios de ciertas personas para no rendir su testimonio sobre el delito que conocen, por la relación que mantienen con el acusado (como el del cónyuge, padre o hijo para no declarar contra la persona que estima).
- Secreto comercial (también llamado secreto de empresa o de fábrica).
- Secretos a los que están obligadas las autoridades.
- Secretos de Estado.
- El secreto en el voto.
- El derecho al anonimato en la obra artística.
- El secreto que nace convencionalmente.
- Además están los secretos prohibidos por el derecho de la competencia, por el derecho de la publicidad y del consumidor, muy estudiados por cada una de esas ciencias.

Tales acometidas indudablemente contienen valiosas aportaciones y han hecho avanzar significativamente la ciencia del Derecho, pero quizá por carecer de un tratamiento holístico han visto mermada su profundidad. Se han escrito tratados acerca de los secretos de Esta-

do, del derecho al anonimato, de la inviolabilidad de las comunicaciones, del derecho a la intimidad... mas aquellos estupendos trabajos suelen tratar a los secretos únicamente de modo parcializado, sin ver el gran panorama de los secretos en toda su magna dimensión.

Por esta razón hace algunos años postulé una teoría general que estableciera la génesis del Derecho de los Secretos,² teoría que en este tiempo ha recibido valiosas observaciones y también –vale confesarlo– algunas críticas de los doctrinarios. Sus agudas observaciones me han permitido ahondar y madurar la teoría planteada.

En el presente trabajo expondré la teoría general del Derecho de los secretos postulada, su fundamentación y desarrollo. Luego de profundizar en el tratamiento del secreto como derecho, como obligación y como algo prohibido –que son los tres enfoques básicos que el derecho le puede dar–, dedicaremos un buen número de páginas a perfilar cómo se articula en la práctica la defensa del secreto, para terminar sugiriendo en el último capítulo una clasificación general de los secretos.

Sin más preámbulos, pasemos, pues, a hablar de los secretos.

² Cfr. mis artículos “El derecho a los secretos: postulado de una teoría general” en *Revista Podium*, Universidad de Especialidades Espiritu Santo, abril, 2004, reproducido meses después en varias páginas Web y revistas electrónicas. Fue adaptado al Derecho español y publicado en el sitio Web del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, España, URL: <http://www.icacor.es> de abril de 2005. Algunos desarrollos parciales de la doctrina pueden verse en mi libro *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública comentada*, CEP, Quito, 2005, y por último en mi artículo “El derecho de los secretos: fundamentación de una teoría general”, en *Leggio* (Bosch), N° 325, 26 de enero de 2006.

CAPÍTULO II

NOCIÓN DE SECRETO

1. NOCIÓN PRELIMINAR

Para trazar una teoría general sobre el derecho de los secretos, necesariamente debemos comenzar delimitando con la mayor precisión posible cuál es el objeto de nuestro estudio. ¿Qué son los secretos?, ¿cuáles son sus elementos constitutivos?, son las primeras preguntas a resolver.

Quien revise en el diccionario de la Real Academia Española, encontrará que la palabra *secreto* tiene veintidós acepciones distintas.³ De todas ellas, para nuestros fines, interesan especialmente dos: la primera que señala genéricamente que secreto es “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta” (aquí secreto no es una actitud mental), y la tercera que lo entiende como el “conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio.” Así, la palabra *secreto* en el idioma español sería, por un lado, una *información* de especiales características, y por otro, es una situación mental que implica el *conocimiento* de dicha información.

Por esto en nuestro idioma es perfectamente lícito decir: “te cuento un secreto” (te transmito una *información*) o “supe del secreto” (conocí esa *información* oculta). Aquí secreto es una información. Otras veces, en cambio, cuando la voz va precedida por un posesivo (v. gr. “mi secreto”), se hace alusión a la quinta definición dada por la

³ Diccionario de la RAE, 22ª ed., Madrid, 1992. La nueva edición mantiene lo esencial de la 21ª edición, que entonces decía que secreto es “lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto” (primera definición), o el “conocimiento que exclusivamente alguno posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio” (quinta definición). Hoy se ponen las tildes en que cualquier “cosa” puede ser secreto si se la mantiene cuidadosamente reservada y oculta.

Real Academia Española. Entonces secreto es un *conocimiento*, una posesión exclusiva de información; la información pasa a ser el objeto material del conocimiento, aquello que se posee.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL SECRETO

De las definiciones trascritas en el punto anterior extraemos los elementos de la esencia de la noción prejurídica de secreto. Estos son:

A) Posesión

De la lectura de las definiciones se colige que resulta necesaria una *posesión* de la información.⁴ Frecuentemente se habla de un *conocimiento* de dicha información,⁵ mas he de observar que los secretos no siempre implican una situación mental de asimilación de la información: un detective puede tomar fotos de unos planos que no es capaz de comprender, copiar un disco duro con información confidencial que él mismo desconoce. En ambos casos estaría violando el secreto, porque ha accedido a él, aunque aún no lo haya asimilado mentalmente.

En el otro extremo, dentro del ámbito del secreto empresarial alguna vez se ha exigido que la información conste en un *corpus mechanicus*, en un soporte material.⁶ Este cuestionado requisito resulta

⁴ La primera noción de secreto de la RAE parece coincidir con lo expuesto cuando lo define indeterminadamente como “cosa que... se tiene...”. La quinta definición también habla de un acto de posesión, cuando menciona que secreto es el conocimiento que “...alguien posee...”.

⁵ Cfr. ESTHER MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002, pág. 32, y JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974, págs. 42 y ss.

⁶ En este sentido, la antigua D344, disponía que “la información que se considere como secreto deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos materiales” (art.

simplemente incomprensible, máxime bajo la óptica panorámica del derecho de los secretos: por ejemplo, es característico del secreto periodístico no estar fijado en ningún *corpus mechanicus*, y lo mismo puede decirse de muchos otros secretos profesionales.

De esta forma, la posesión de la información cabe que sea tanto material, como intelectual, indistintamente. Ambas posesiones, que eventualmente pueden darse a la vez, configuran la noción de secreto.

B) De información

Me refiero a aquello que *se tiene reservado y oculto*. La información es el objeto material del secreto: sin ella no hay secreto. Damos a la palabra información su significado más amplio: consiste no solo en documentos *stricto sensu*, sino también en listas de clientes, datos comerciales, fórmulas químicas, estrategias, una intención de adoptar una decisión... y, en otro orden de temas, información también es el código genético, la voz y la imagen personal... el código IP, número ICQ, correo electrónico, nombres y claves de acceso, llave personal y pública de la firma digital, hoja de notas... datos personales, registros... por citar unos pocos ejemplos.

De la naturaleza de la información dependerá en buena parte si la guarda del secreto es lícita o ilícita, es decir, si el secreto es un derecho de su poseedor o si es algo prohibido.

Sobre el objeto material del secreto profundizaremos más adelante, en el punto 4 del Capítulo IV.

C) Oculta

74), disposición que se copió en la LPI peruana, art. 120, y que mereció fuertes críticas por parte de la doctrina. Cfr. MANUEL PACHÓN y ZORAIDA SÁNCHEZ ÁVILA, *El régimen andino de la propiedad intelectual*, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, págs. 186-188. La D486 vigente ha corregido el error al omitir una disposición en ese sentido.

Ésta es una característica de hecho de la información. El secreto presupone una *exclusividad* de facto⁷. Por un lado, esto implica la no posesión de la información por parte de la mayoría de los individuos (carácter oculto), y por otro, el conocimiento o posesión de la información por unos pocos. En esto consiste el carácter oculto: en un desconocimiento generalizado de cierta información, que terceros no pueden adquirir *fácilmente*.

Si la información pudiera adquirirse fácilmente, no sería oculta (así, aunque todos desconozcan el teléfono de una persona, tal número telefónico no sería información oculta si constara en la guía telefónica).⁸ El conocimiento del que se habla debe resultar imposible, difícil o considerablemente costoso de adquirir sin el consentimiento del poseedor de la información. Consecuentemente, si la información puede adquirirse sin su consentimiento cursando, por ejemplo, una maestría en la universidad, o trabajando en otra empresa del ramo distinta a la que tiene el secreto, o en la calle por ser notoria, o abriendo un libro de una biblioteca pública, entonces esa información no tendrá el carácter de *oculta*.

En el sector público donde impera el principio de transparencia, el rigor de la prueba de que una información es oculta será el máximo. En los secretos empresariales no sucede así. Actualmente la doctrina y la jurisprudencia alemana establecen un estándar menos riguroso que en otros tiempos para probar el carácter de *oculta* de la información. Para cumplir con la exigencia de que el secreto no sea

⁷ Como bien ha apuntado MORÓN LERMA, se trata de una exclusividad relativa. Puede decirse que una información se mantiene secreta mientras no es generalmente conocida por los interesados en conocer del secreto, ni fácilmente accesible a ellos. Además, se ha advertido que "(...) la información no pierde su necesario carácter reservado cuando es conocida por personas sometidas a un deber legal o convencional de confidencialidad respecto de los conocimientos adquiridos" [ESTHER MORÓN LERMA, *op. cit.*, pág. 51].

⁸ Por esto las leyes de protección de datos personales acertadamente apuntan que para el tratamiento de datos personales no será necesario contar con el consentimiento del titular de la información, cuando "los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto" (Ley 25.326 argentina, art. 5, num. 2, lit. a)).

libremente accesible, sin dificultad ni esfuerzo (requisito de la esencia del secreto comercial) se dice que basta constatar la ausencia de publicidad de la información.⁹ Y todavía será menor el rigor de la prueba en los secretos relacionados con la intimidad personal y familiar: en ellos la razón de *oculta* de la información se ha de presumir, algunas veces incluso con una presunción de derecho que no admita prueba en contrario. ¿Por qué se estipulan estándares tan dispares? La respuesta la hallamos en la teoría del cono que más adelante explicaremos.

Vale aquí recordar que uno de los pilares sobre los que se edifica el derecho de la información es el principio de generalidad del mensaje.¹⁰ Por este principio, la generalidad de los mensajes deben circular libremente, sin sujeción a traba, censura, obstáculo o requisito alguno, en razón del derecho a la información inherente al sujeto universal.¹¹ Únicamente por excepción, que como tal debe ser interpretada restrictivamente, algún mensaje no caerá dentro de la generalidad, debiendo prohibirse su acceso y difusión. Esta regla nos ayudará a valorar cuándo algo puede seguir estando oculto en derecho, y cuándo cesa el derecho al secreto.

Adosado al principio de generalidad está el coprincipio de excepcionalidad. Si no son todos, sino solo la mayor parte de los mensajes los que circulan libremente, luego hay unos pocos que no circulan

⁹ Cfr. WOLFGANG HERFERMEHL, *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze*, Manchen, 1999, § 17, anotación 7, pág. 1430, y WILHELM NORDEMANN, *Wettbewerbs- und Markenrecht*, Baden-Baden, 1995, pág. 275.

¹⁰ El principio de generalidad del mensaje “se distingue del principio de universalidad, aplicable a sujetos y medios, en que éste es absoluto, abarca todo el universo de unidades a las que compete: toda persona y todo medio, sin excepción (...)” [JOSÉ MARÍA DESANTES GUANTER *et al.*, *op. cit.*, t. II, pág. 17].

¹¹ El sujeto universal es la comunidad, la sociedad, el conglomerado humano sobre el cual recae indivisamente el derecho a la información. Por el principio de generalidad, cada hombre tiene un derecho difuso a acceder a la información, y a hacer con ella lo que creyere conveniente. Cfr. IGNACIO BEL MALLÉN, LORETO CORREIDORA Y ALFONSO y PILAR COUSIDO, *Derecho de la Información*, Colex, Navarra, 1992, t. I, págs. 119 y ss.

libremente. Éste coprincipio prescribe que “(...) no toda realidad comunicable es comunicada o digna de ser comunicada. Unas veces, porque lo que se comunica o se intenta comunicar no está de acuerdo con la realidad o le falta algún elemento exigido por la naturaleza específica de cada mensaje. Otras, porque le falta coordinación necesaria con otro u otros derechos humanos o fundamentales.”¹²

El mencionado principio tiene acogida fundamentalmente en el ámbito público, donde se reputa categóricamente pública la información, salvo disposición contraria.¹³ La situación es distinta en el campo privado. Por regla general, lo privado es privado –cosa que es una tautología–, y solamente en contados casos debe publicarse o difundirse, en razón de la futilidad de la información, del derecho o de la autorización del titular, del derecho de terceros, de la trascendencia de la noticia o, en general, del bien común.¹⁴

D) De forma custodiada

¹² *Ibidem.*

¹³ Cfr. Constitución ecuatoriana, arts. 195, 181, nums. 5 y 6, y, especialmente, art. 81, inc. 3º, que dice: “No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley”. Conc. con LOTAIP, art. 1, C. de P. P., art. 215 y LOFJ, art. 201. En similar sentido amplio, cfr. Constitución de Colombia, art. 74, de Brasil, art. 5, num. XXXII, de Venezuela, art. 143 y de Perú, art. 2, num. 5. La Constitución argentina, art. 38, y la colombiana, art. 112, conceden específicamente este derecho al acceso a la información oficial a los partidos políticos, y en las Constituciones provinciales de Córdoba y Jujuy “se garantiza a los periodistas el acceso a las fuentes oficiales de información” (arts. 51 y 31, inc. 6º, respectivamente).

La Ley Federal alemana de 25 de mayo de 1975 reconoce el derecho al secreto profesional del periodista con algunas salvedades en material criminal. Así, cabe el embargo de material informativo cuando exista la sospecha de que el secreto profesional se alegue en asuntos difundidos públicamente por la comisión de un delito.

¹⁴ Sobre el principio de generalidad de lo público en el ámbito público y sobre el principio generalidad de lo privado en el ámbito privado, vid. capítulo III, punto 8, lit. E). Sobre el deber de revelar un secreto, vid. capítulo V.

Recordamos que la Real Academia Española apunta que secreto es aquella “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”. Luego, en la posesión del secreto deberá existir un *cuidado mínimo y adecuado*, tendiente a mantenerlo reservado. Cuanto más custodiada sea una información, más fácil será colegir la existencia del secreto. Hace falta, pues, un *animus* de mantener secreta la información, palpable y comprobable.

No constituiría secreto la noticia revelada ligeramente por la fuente en una entrevista al aire; en ese acto transmitido en vivo el periodista no estaría obligado a guardar el secreto periodístico, puesto que la fuente no ha puesto el cuidado mínimo necesario. La falta de cuidado hace pública la información. En este orden de ideas, para conceder la protección legal, el legislador suele requerir que la información “haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”.¹⁵ Según la teoría del cono, será necesario adoptar más medidas de protección, mayor cautela, cuando los secretos se encuentran dentro del ámbito público, que cuando pertenezcan a la intimidad de las personas.

La antigua teoría alemana de la voluntad (*Willenstheorie*) con algún acierto entendía que el derecho al secreto nacía con la mera voluntad del titular de mantener oculto un determinado conocimiento. No me entretendré ahora en las disputas enfrentadas con los partidarios de la *Interessentheorie*,¹⁶ ni en sus desaciertos; solo diremos en

¹⁵ ADPIC, art. 39, num. 2, lit. c), que desarrolla el ConvParís, art. 10bis. Conc. D486, art. 260, lit. c); LPI ecuatoriana, art. 183, lit. c); LPI peruana, art. 116, lit. c).

¹⁶ Sucintamente cabe destacar que así como la teoría de la voluntad (*Willenstheorie*) entendía que bastaba la voluntad de mantener oculta la información para que haya derecho al secreto, la teoría del interés (*Interessentheorie*) concedía la tutela jurídica únicamente cuando existía detrás un interés legítimo, de forma que concurriendo dicho interés se presumía la voluntad del titular de mantener secreta la información.

Para una exposición de ambas teorías, cfr. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, págs. 279-280; JORGE BARREIRO, “Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de derecho

este momento que propiamente la voluntad no es un elemento del derecho al secreto, sino de la noción prejurídica del secreto. Los terroristas también guardan secretos, “secretos” en el más auténtico sentido de la palabra, como el del lugar donde explotará una bomba, y para que sean tales es menester que exista la voluntad del terrorista de mantener oculta la información. Si al malhechor le diera igual que cualquiera conociera la información que posee, entonces ya no sería secreto.

E) Por parte de una persona, o de un conjunto cerrado de ellas

Como decíamos, es necesaria una posesión, al menos material, de la información. En el Derecho de la información se llama *fuentes* a quien transmite la información al periodista; serían poseedores, entonces, tanto la fuente que transmitió la información, como quien la recibió.

El número de poseedores del secreto puede variar, sin ser demasiado grande, so pena de desvirtuarse el secreto. La multitud de poseedores de la información acrecienta el riesgo de dilución del carácter oculto de la información. Si el secreto se diluye, se diluye también el derecho de mantenerlo y, consecuentemente, la obligación de guardarlo. De ello se desprende una importante consecuencia práctica: en general, una vez hecha pública la información reservada, cesa la obligación de guardar secreto, porque ha desaparecido el objeto de la obligación.¹⁷ Sin embargo, en alguna ocasión razones de diversa

penal español”, publicado en *Revista de derecho público*, Nº 87, 1982, pág. 253; REBOLLO VARGAS, Rafael, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, págs. 138-139.

¹⁷ El ADPIC especifica que para que exista derecho al secreto es preciso que la información “sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión” (art. 39, lit. a). Conc. D486, art. 260, lit. a); LPI ecuatoriana, art. 183, lit. a); LPI peruana, art. 116, lit. a).

índole justifican que aunque el secreto sea revelado no se diluya (se convertiría en un secreto enésimo¹⁸), y se procure que retorne a su estado originariamente oculto. Esto sucede, por ejemplo, con los datos sensibles revelados contra la voluntad de su titular.

3. NOCIÓN PREJURÍDICA SINTÉTICA

De los elementos objetivos y subjetivos mencionados sacamos un par de definiciones prejurídicas de secreto:

- a) Secreto como información, es la *información* oculta y custodiada que posee una persona, o un conjunto determinado de ellas; y,
- b) Secreto como conocimiento, es la *posesión* por parte de una persona o de un conjunto cerrado de ellas, de información con el ánimo de mantenerla oculta.

Si la información no reúne estas características, simplemente no existe secreto, y, consecuentemente, tampoco derecho al mismo, ni obligación de guardarlo.¹⁹ Pero no nos adelantemos, que primero es preciso dilucidar cuál es la naturaleza jurídica del secreto.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL SECRETO

En desarrollo de lo anterior, la LPI ecuatoriana aclara que “no se considera que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal, aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea, cuando la proporcione a efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualquiera otros actos de autoridad. (...)” (art. 188), desarrollando lo dispuesto por el ADPIC, art. 39, num. 3. En similar sentido, aunque de forma más restringida, cfr. D486, art. 266.

¹⁸ Sobre el secreto enésimo, vid. capítulo VII, punto 6, lit. C.

¹⁹ Por ello, la D486 dispone que “la protección del secreto empresarial perdurará mientras existan las condiciones establecidas en el artículo 260” (art. 263). Conc. LPI ecuatoriana, art. 187 y LPI peruana, art. 121.

Ya nos hemos referido a la noción común de secreto. Ahora cabe preguntarnos cómo lo ve el Derecho, cuál es su naturaleza jurídica. La discusión es controvertida. El primer punto a dilucidar es si el secreto es algo jurídico o antijurídico. Habíamos adelantado que no todo secreto es un derecho, y que bien se conoce de secretos que no ameritan guardarse, como aquellos retenidos por el Estado en contravención de las prohibiciones legales, o como los secretos de los terroristas. Sin embargo, tampoco ofrece discusión que tanto el Estado, como los particulares, están legitimados para guardar cierto tipo de secretos: en estos casos nos hallamos ante secretos permitidos por el Derecho.

Así, pues, tenemos dos grandes clases de secretos: los legítimos, y los ilegítimos o antijurídicos.

En cuanto a los legítimos nos preguntamos, ¿cuál es su naturaleza? ¿Son acaso un *derecho subjetivo*²⁰, o más bien una *facultad*²¹

²⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA afirma que “el reconocimiento del derecho [constitucional] al secreto profesional del periodista, que le exime de determinadas obligaciones y que, singularmente, le faculta para negarse a revelar sus fuentes de información, no hace nacer por sí solo ningún deber jurídico de secreto” [Cfr. ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, 1990, pág. 25].

En el Ecuador la Constitución garantiza “(...) la cláusula de conciencia del derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación” (art. 81 inc. 2º) y la Ley de Ejercicio Profesional del Periodista, art. 34, dispone que “salvo los casos expresamente determinados en la Ley y en el Código Penal, ningún periodista profesional será obligado a revelar la fuente de información (...)”.

De igual forma, la Constitución brasileña, art. 5, num. XIV, Constitución venezolana, art. 28 y la Constitución paraguaya, art. 29. En Argentina la Constitución incorporó el principio del secreto de la fuente en 1994, aunque antes la jurisprudencia lo había considerado implícito en la inteligencia del art. 33; la cláusula introducida ese año dispone que “no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística” (art. 43, inc. 3º).

²¹ Partidario de la noción de secreto periodístico como facultad es CODERCH [Cfr. PABLO SALVADOR CODERCH, en *Cuadernos y Debates*, N° 12, pág. 46].

del informador? ¿Estaremos ante una *obligación*, por ejemplo, del periodista²² o del abogado²³? Y, por otro lado, ¿cabría adoptar una postura ecléctica que concede al secreto tanto los efectos del derecho, como los de la obligación²⁴? ¿Qué preguntas difíciles hacemos!

En cuanto al secreto legítimo primero,²⁵ aquel que no ha sido revelado por el primer poseedor de la información (v. gr. el del científico que ha descubierto una fórmula y a nadie la ha revelado), no cabe duda que es un derecho del titular.²⁶ En principio,²⁷ el titular no tiene la obligación jurídica de guardarlo y puede revelarlo a su capricho, cosa que generalmente no le convendrá.

Más difícil resulta la cuestión del secreto legítimo 2º, 3º, 4º o enésimo. La práctica muestra conveniente partir de la base que estos secretos son un derecho subjetivo. Así, el periodista, el médico, el abogado, etc. pueden negarse a revelar su secreto ante los requeri-

²² JOSÉ RIGÓ VALLBONA entiende el secreto como una obligación, en *El secreto profesional y los periodistas*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 14. Así, constan normas como la del Código de Ética del Periodista Profesional ecuatoriano, que dispone que “el periodista guardará estricto secreto en el ejercicio de su profesión respecto de las fuentes de información” (art. 24). En lo relativo a la profesión de la abogacía, cfr. Código de Ética de la abogacía argentino, art. 10.

²³ La UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS ha mocionado que “el secreto profesional del abogado es un derecho fundamental del ciudadano y un deber esencial del abogado al que no puede renunciar, indispensable en el Estado de Derecho y para el buen funcionamiento de la justicia, garantizado por los artículos 6 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia constante de la Corte de Estrasburgo” [Moción votada durante el Seminario de Oporto, de 30 de septiembre de 2000, punto 1].

²⁴ V. gr. JOSÉ MARÍA DESANTES GUANTER sostiene que “ambas definiciones se complementan en sus contextos y en su estructura de derecho y de deber” [en *El secreto profesional de los periodistas*, Civitas, Madrid, 1988].

En igual sentido, cfr. ENRIQUE GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, *El secreto profesional de los periodistas*, RAP, 100-102, v. I, pág. 612.

²⁵ Sobre la terminología que usamos, cfr. capítulo VI, punto 6, lit. A).

²⁶ Otra cosa es que ese derecho al secreto pueda ser renunciable o irrenunciable, como en el caso del derecho al secreto que se fundamenta directamente en el derecho constitucional a la intimidad.

²⁷ Digo en principio, porque en ciertos casos el titular del derecho al secreto sí está obligado a guardarlo, como en el caso de los secretos de Estado.

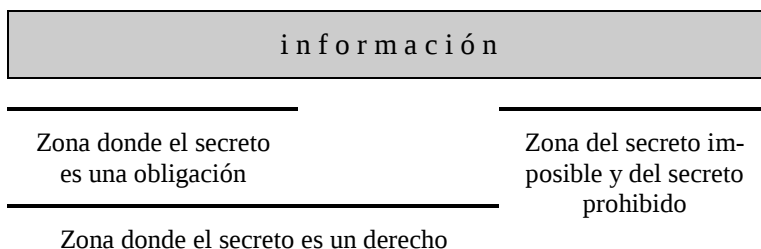
mientos abusivos de información formulados por alguna autoridad. El derecho al secreto se mostraría dentro del proceso judicial como una excepción. Sin embargo, no puede dejarse de reconocer el derecho que a la vez tiene la fuente para impedir que se revele su identidad; y si corresponde a la fuente este derecho, ¿cómo es que al mismo tiempo lo tiene el periodista? ¿acaso se trata de un derecho conjunto o difuso? ¿una especie de copropiedad? ¿No tiene el periodista más bien un deber para con la fuente?

Considero que DESANTES GUANTER ha acertado al concebir al secreto del periodista de forma bipartita como un derecho-deber. Tal conclusión es acertada y ha sido recogida en diversas legislaciones, mas ha de observarse que el destacado profesor ha saltado a la conclusión sin explicar el fondo del asunto: ¿en que se fundamenta el supuesto derecho del periodista de callar? ¿cómo es que el periodista y la fuente tienen un mismo derecho...? o, quizá antes: ¿se trata acaso de un solo derecho o de dos distintos? Pero, sobre todo, ¿dónde queda la obligación?

No intentaremos aquí dilucidar este endilgado dilema. Nos proponemos hacerlo más adelante, al explorar en el Capítulo IV más acuciosamente la teoría general de las obligaciones. Ahí pasaremos revista a los elementos de la obligación de guardar secreto que, a saber, son: sujeto pasivo, sujeto activo, objeto y causa de la obligación.

Ahora bien, de toda esa enmarañada gama de preguntas que hemos hecho extraemos, al menos, un par de jugosas ideas. La primera, que una persona tiene derecho a guardar su secreto o bien hasta que se haga público (momento en que la guarda del secreto se torna imposible), o bien hasta que caiga sobre ella una obligación legal, judicial o administrativa de revelarlo: esos son los límites del derecho al secreto. Y la segunda, que hay quienes teniendo derecho al secreto, no tienen en cambio obligación de guardarlo, como sucede con el secreto del inventor.

Grosso modo este par de ideas pueden graficarse de la siguiente manera:



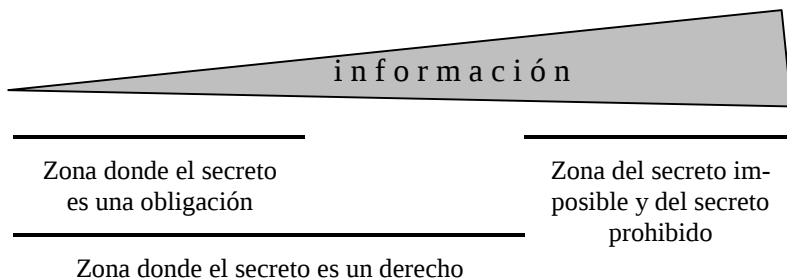
Precisamos que en ocasiones la línea del secreto-obligación se extenderá hasta la zona del secreto imposible o prohibido. Así, una persona tiene derecho a callar justamente hasta el momento en que un juez le ordena que testifique para dilucidar la culpa de un inocente: en ese preciso momento el derecho al secreto terminará y comenzará la obligación de hablar.

Y añadimos una última observación. La zona más íntima del ser humano es la que se halla a la izquierda de la gráfica, y la más pública la que se encuentra a la derecha. Entre estos dos extremos cabe realizar una gradación, acorde a las palabras de GARCÍA MORENTE, quien manifestaba que “la vida privada se desenvuelve en infinitas gradaciones y matices que oscilan entre los dos polos de la absoluta publicidad –cuando la persona desaparece por completo bajo la vestidura social– y la absoluta soledad, en donde la persona vive íntegra y absolutamente su vida auténtica”²⁸. Por ello el autor asimilaba la “vida privada” a un *cono*, “en donde la superficie de la base está todavía en contacto con el mundo de las relaciones públicas; pero a medida que los planos van acercándose el vértice y alejándose de la publicidad, van reduciéndose asimismo de extensión, hasta que, llegado al vértice, la vida privada se condensa y concentra en un punto, en la soledad del yo viviente, a la que nadie más que yo mismo puede tener verdadero acceso”.²⁹

²⁸ MANUEL GARCÍA MORENTE, “Ensayo sobre la vida privada”, en *Ensayos*, Madrid, 1944, pág. 168.

²⁹ *Ibid.*, pág. 181.

Si aplicamos la teoría del cono no solo a la información de la vida privada, sino a todo tipo de información (pública y privada), obtendremos la siguiente gráfica:



Ésta es, para nosotros, la naturaleza jurídica de la amplia gama de secretos: la de un *derecho* subjetivo, la de una *obligación* o sino la de *algo prohibido*, según el caso. En éste orden trataremos a los secretos en los siguientes capítulos.

No nos detendremos en el secreto imposible porque en realidad no existe. El secreto imposible se da cuando la información ha sido publicada y resulta imposible *ocultarla*, requisito de la esencia del secreto. En otras palabras, si la información no es oculta, tampoco será secreta, y el Derecho de los secretos nada tiene que decir al respecto.

Aunque la teoría del cono³⁰ es medular a esta obra, no esbozaremos el cono de secretos sino al final del libro. Recién ahí, luego de haber profundizado en la naturaleza, implicaciones y efectos de los secretos, contaremos con elementos suficientes para perfilar de mane-

³⁰ Explicaremos esta teoría y la teoría polar más adelante, en el capítulo III, punto 8, lits. D) y E), respectivamente.

NOCIÓN DE SECRETO

ra aproximada el cono de secretos, ordenándolos según su intensidad entre los polos del ámbito privado y del ámbito público.

