

Cómo citar este texto:

Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2015). El derecho al secreto y la teoría del cono. *Derecom*, 19, 137-163.
<http://www.derecom.com/derecom/>

EL DERECHO AL SECRETO Y LA TEORÍA DEL CONO

THE RIGHT TO SECRECY AND THE CONE THEORY

©Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba
Universidad de Los Hemisferios, Quito (Ecuador)
juancarlosr@uhemisferios.edu.ec

Resumen

El presente estudio contiene una teoría general del derecho de los secretos, que sirve para determinar el peso específico de cada secreto, a efectos de realizar una correcta ponderación de derechos. La teoría explica las relaciones que existen entre los diversos tipos de secreto, utilizando y desarrollando la teoría del cono de García Morente, que se muestra como una herramienta apropiada para dilucidar cuándo hay derecho al secreto, cuando no lo hay y en qué medida. La metodología utilizada es inductiva. El análisis se estructura de la siguiente manera: (i) se recapitula la teoría general del derecho de los secretos; (ii) se hacen diferentes clasificaciones de los diferentes géneros de secretos, para luego compararlos; (iii) se expone la teoría del cono, que clasifica todos los secretos según su intensidad; y, (iv) se sacan conclusiones prácticas de la teoría del cono, que sirven como reglas de interpretación para resolver si existe o no derecho al secreto, y cuál es su peso específico.

Summary

The following study contains a general theory of the right to secrecy, used to determine the specific weight of every secret, in order to make a proper weighting of rights. The theory explains the relationships between the various types of secrets, using and developing García Morente's cone theory. This is an adequate tool to use when taking decisions on whether or not there is right to secrecy and the extent of it. The inductive methodology is used. The analysis is structured as follows: (i) the general theory of the right to secrecy is being recapitulated; (ii) different classifications of different kinds of secrets are made to be compared; (iii) cone theory is explained, which classifies all the secrets according to their intensity; and (iv) practical conclusions of the cone theory are showed, which serve as rules of interpretation to resolve whether or not there is right to secrecy, and what is its specific weight.

Palabras clave: Privacidad, Intimidad, Confidencialidad, Secreto profesional, Secreto comercial

Keywords: Privacy, Right to be let alone, Confidentiality, Professional secret, Commercial secret

EL DERECHO AL SECRETO Y LA TEORÍA DEL CONO

THE RIGHT TO SECRECY AND THE CONE THEORY

©Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba
Universidad de Los Hemisferios, Quito (Ecuador)
juancarlosr@uhemisferios.edu.ec

Resumen

El presente estudio contiene una teoría general del derecho de los secretos, que sirve para determinar el peso específico de cada secreto, a efectos de realizar una correcta ponderación de derechos. La teoría explica las relaciones que existen entre los diversos tipos de secreto, utilizando y desarrollando la teoría del cono de García Morente, que se muestra como una herramienta apropiada para dilucidar cuándo hay derecho al secreto, cuando no lo hay y en qué medida. La metodología utilizada es inductiva. El análisis se estructura de la siguiente manera: (i) se recapitula la teoría general del derecho de los secretos; (ii) se hacen diferentes clasificaciones de los diferentes géneros de secretos, para luego compararlos; (iii) se expone la teoría del cono, que clasifica todos los secretos según su intensidad; y, (iv) se sacan conclusiones prácticas de la teoría del cono, que sirven como reglas de interpretación para resolver si existe o no derecho al secreto, y cuál es su peso específico.

Summary

The following study contains a general theory of the right to secrecy, used to determine the specific weight of every secret, in order to make a proper weighting of rights. The theory explains the relationships between the various types of secrets, using and developing García Morente's cone theory. This is an adequate tool to use when taking decisions on whether or not there is right to secrecy and the extent of it. The inductive methodology is used. The analysis is structured as follows: (i) the general theory of the right to secrecy is being recapitulated; (ii) different classifications of different kinds of secrets are made to be compared; (iii) cone theory is explained, which classifies all the secrets according to their intensity; and (iv) practical conclusions of the cone theory are showed, which serve as rules of interpretation to resolve whether or not there is right to secrecy, and what is its specific weight.

Palabras clave: Privacidad, Intimidad, Confidencialidad, Secreto profesional, Secreto comercial

Keywords: Privacy, Right to be let alone, Confidentiality, Professional secret, Commercial secret

1. Introducción: Planteamiento del problema

Basta leer pocos artículos jurídicos relacionados con la vida privada del ser humano, para encontrarse rápidamente en un laberinto terminológico. Algunos autores, por ejemplo, identifican el término castellano *intimidad* con el anglicismo *privacidad*, mientras otros como Desantes y parte de la doctrina española,¹ prefieren distinguirlos. Intimidad, privacidad, vida privada y confidencialidad son cuatro palabras que no han logrado un acuerdo conceptual en la doctrina durante largo tiempo.² Y si nos atrevemos a indagar sobre el significado de otros términos como soledad, anonimato, reserva, a los que recurren Westin (1967) y Frossini (1990), o a conceptos utilizados en otras naciones y lenguas (v. gr. la “*riservatezza*” italiana, la “*vie privée*” francesa, el *privacy* anglosajón, o la clasificación alemana tripartita *privatsphäre-vertrauenssphäre-geheimsphäre*), no encontraremos nunca orden ni concierto.

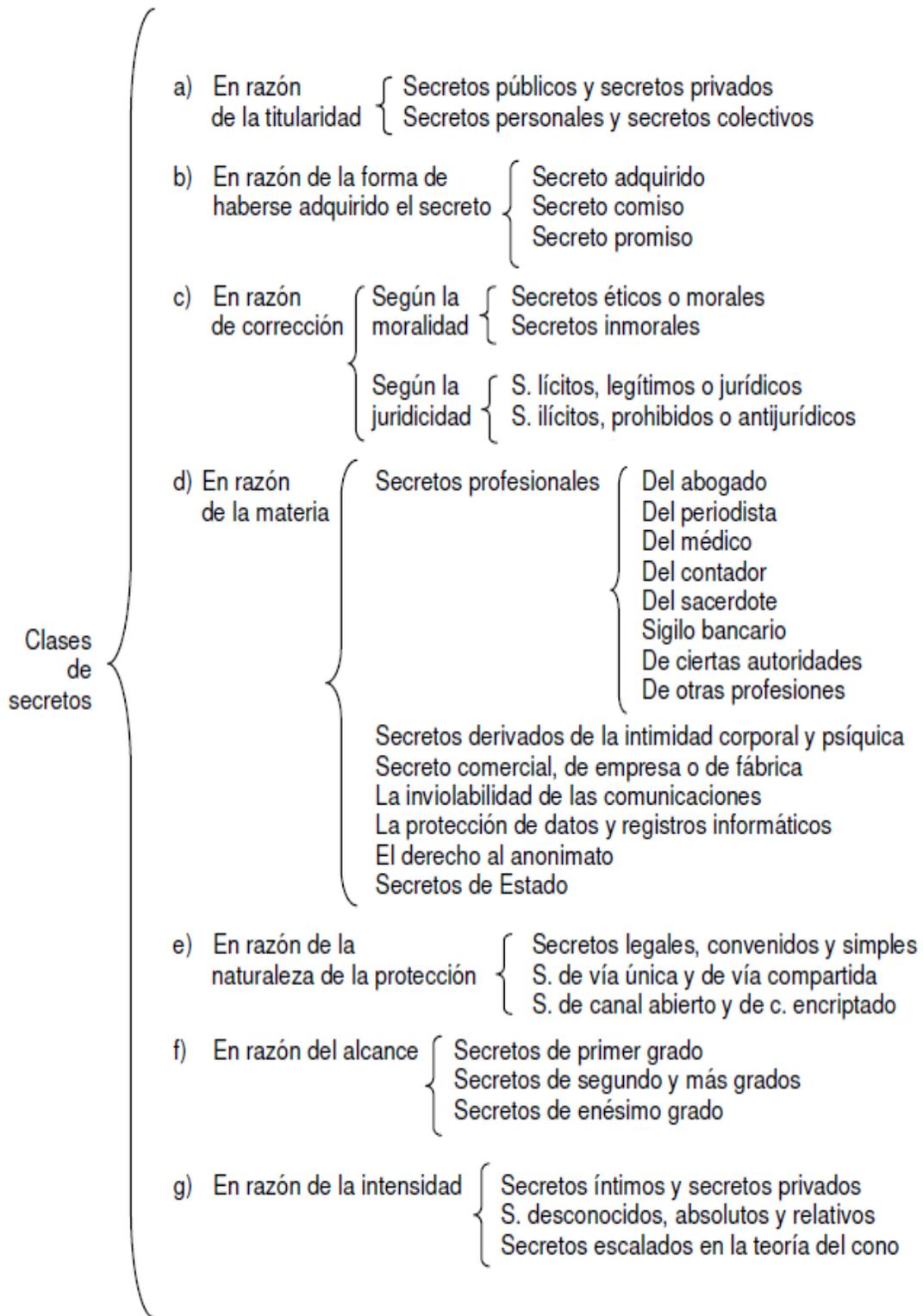
No nos fijaremos ahora en los matices que diferencian a cada una de estas nociones, sino en aquello que poseen en común. Fácilmente se podrá constatar que todos los conceptos antes aludidos implican *algún tipo de información, poseída y custodiada por una o varias personas*. Esa ha sido, justamente la definición de *secreto* a la que hemos arribado en otros estudios.³ El secreto se muestra como el sustrato básico de todos los elementos mencionados. Sin secreto no es posible que exista la intimidad, la vida privada, la privacidad, etc.

Justamente por ser sustrato básico, la noción de secreto es la más amplia de todas. Abarca no sólo los mencionados conceptos de soledad, anonimato, reserva, etc., sino muchos más. Incluye también la inviolabilidad de las comunicaciones, el derecho al no registro visual del domicilio, la protección de datos sensibles y registros informáticos; los secretos profesionales (del médico, periodista, abogado, contador, sacerdote, banquero, etc.); el secreto en la mediación, en las deliberaciones de los tribunales de justicia, el secreto al que tienen derecho las partes en los juicios penales; el secreto convenido, los secretos comerciales, de empresa o de fábrica; los sigilos a los que están obligadas las autoridades, así como los secretos de Estado; el secreto en el voto, el anonimato y muchos otros.

Expuesto el gran panorama de secretos, cabe ahora plantearse la cuestión que abordaremos en este estudio: ¿qué relaciones existen entre los diferentes tipos de secreto? Para responderla, convendrá primero trazar un mapa general de los diferentes tipos de secreto. Luego, acudiendo a la teoría del cono de García Morente, propondremos algunas relaciones estructurales que se dan entre los diferentes tipos de secretos.

2. Clases de secretos

Los secretos son abundantes y variados, y pueden ser clasificados de infinitas maneras: por su razón de públicos o de privados, por razón del objeto o materia, por sus elementos... por la forma de su adquisición o extinción... Recogemos aquí, de manera sintética, los estudios realizados en otro estudio más amplio,⁴ donde clasificamos los secretos según siete criterios generales:



Buena parte de las clasificaciones y de los secretos detallados se explican por sí mismos. Una de las más antiguas clasificaciones es la relativa a la forma en que se adquiere la obligación de mantener el secreto: *adquirido* por causa fortuita o inesperada, pero que no se puede revelar sin daño a la fama o detrimento de alguno; *promiso* cuando “cuando de sí no trae la cosa obligación de callarse, ni tampoco encarga otro el secreto, sino que el que la sabe promete guardarlo”; y el *comiso* se da “cuando expresa o tácitamente se dice la cosa bajo de secreto, y el que la adquiere su noticia promete al que se la comunica guardarlo”.⁵

Otra clasificación interesante es la relacionada con la forma de protección del secreto, que puede ser jurídica o tecnológica. Jurídicamente se lo puede proteger mediante ley o convenio; si no tuviera ninguna de estas protecciones, estaríamos ante un “secreto simple”. Además se lo puede proteger con o sin tecnología (es decir, físicamente, como cuando se esconde el mapa del tesoro en una cueva). La tecnología permite hacerlo a través de un canal con un único punto de llegada (secreto de vía única), a través de varios canales (secretos de vía compartida, como cuando se envía en un email un archivo encriptado y, por teléfono, la clave); secretos de canal abierto al público o de canal encriptado (con encriptación simétrica, asimétrica, esteganografía, etc.).

En razón del alcance de la protección podrían clasificarse según el número de poseedores que estén en la cadena. El primer poseedor es la fuente originaria del secreto; el segundo poseedor es el confidente de la fuente; el tercer poseedor sería el confidente del confidente... La fuente tendría un secreto de primer grado, el confidente de la fuente, un secreto de segundo grado, el confidente del confidente, un secreto de tercer grado... y así hasta llegar al secreto enésimo (aquel tenido por cualquier persona de la cadena). Fácilmente se advierte que los secretos primeros (1º, 2º, 3º) probablemente serán más intensos que los secretos últimos (44º, 45º, 46º, etc.). La intensidad del secreto también se refleja en si se basan en el derecho a la intimidad, más nuclear al ser humano, o en la vida privada, privacidad, etc.

Según las personas que puedan acceder al secreto, hay *secretos desconocidos* a los que nadie ha accedido, como sucede con lo aún no descubierto; *secretos absolutos*, conocidos solo por sus poseedores originarios; y *secretos relativos*, a los que pueden acceder legítimamente algunas personas en unas circunstancias determinadas, como las partes pueden acceder a los secretos que constan en los folios del proceso.

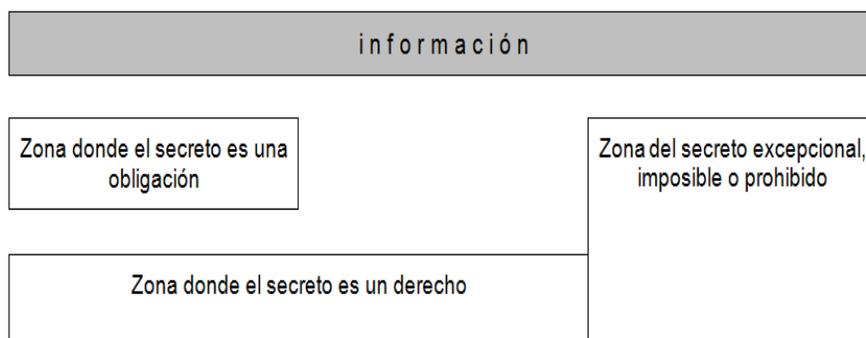
El criterio clasificatorio que ahora más nos interesa es el de la juridicidad del secreto. Un secreto puede ser algo jurídico o antijurídico. En realidad no todo secreto es un derecho. Bien se conocen secretos que no ameritan guardarse, como aquellos retenidos por el Estado en contravención de las prohibiciones 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, obtenemos otra gran clasificación de secretos: los secretos legítimos y los ilegítimos.

La posición jurídica del poseedor del secreto puede ser diversa. Si está ante un secreto ilegítimo *deberá revelarlo, porque está prohibido* ocultar este tipo de información: un terrorista debe revelar dónde estallará la bomba, quien conoce los riesgos graves de una enfermedad muy contagiosa debe informar. En cambio, el poseedor de un secreto legítimo puede guardarlo como un *derecho subjetivo o facultad* suya o incluso puede *estar obligado* a no difundirlo. Habrá que averiguar estas cuestiones en cada caso concreto. En doctrina se discute, por ejemplo, si el secreto

periodístico es un derecho subjetivo,⁶ o una *facultad*⁷ del informador, o una *obligación* del periodista,⁸ o si es tanto un derecho, como una obligación.⁹

Podemos combinar la clasificación de la juridicidad del secreto con otras, como la del alcance del secreto. En cuanto al secreto legítimo primero, 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 de que es un derecho del titular.¹⁰ En principio,¹¹ el titular no tiene la obligación jurídica de guardarlo y puede revelarlo a su capricho, aunque ello no le convenga. Más difícil resulta la cuestión del secreto legítimo 2º, 3º, 4º o enésimo, que es el que ha circulado dos, tres, cuatro o múltiples veces. La práctica muestra conveniente partir de la base de que estos secretos son un derecho subjetivo. Así, el periodista, el médico, el abogado, etc. pueden negarse a revelar su secreto ante los requerimientos abusivos de información formulados por alguna autoridad, aunque en algún caso deberán revelarlo debido a la gravedad de los motivos. Si no hubiere motivos de peso, el derecho al secreto aparece dentro del proceso judicial como una excepción que faculta a mantener oculta la información poseída. La excepción, a su vez, está justificada en el derecho de la fuente de impedir la revelación del secreto (v. gr. de su identidad).

Lo anterior nos permite arribar a un par de interesantes 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. Este par de ideas se reflejan en la siguiente gráfica:



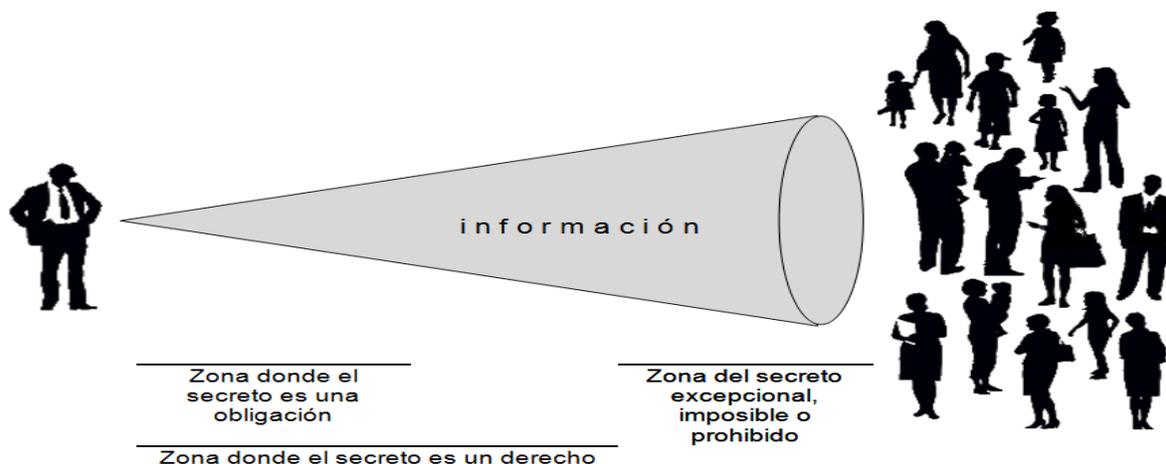
Precisamos que en ocasiones la línea del secreto-obligación se extenderá hasta la zona del secreto imposible o prohibido. Así, una persona tiene derecho a callar justamente hasta el momento en que un juez le ordena que testifique para dilucidar la culpa de un inocente: en ese preciso momento terminará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

Puede observarse que la zona más íntima del ser humano corresponde a la que se halla a la izquierda de la gráfica, y la más pública a la que se encuentra a la derecha. En lo más íntimo nuestro encontramos los derechos intensos a guardar secreto (v. gr. de nuestras convicciones, pensamientos, culpas, etc.), y es justamente eso lo que los demás están más obligados a respetar. Entre estos dos extremos del gráfico cabe realizar una gradación.

García Morente 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”.¹² 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 al 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”.*¹³

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



Entendemos que aquí se refleja la naturaleza jurídica de la amplia gama de secretos: la de un *derecho* subjetivo, la de una *obligación*, cuando no la de *algo* prohibido, imposible o excepcional, según el caso.

3. La teoría del cono de secretos

Al principio del presente artículo mencionamos que existen varias posiciones doctrinales sobre la relación que existe entre el concepto de intimidad y privacidad. En síntesis, estas son las posturas: a) Unos identifican intimidad y privacidad. b) Para otros se trataría de dos conceptos excluyentes, donde lo íntimo responde a lo más cercano y nuclear a la persona, en tanto que lo privado es aquello más externo que no llega a ser público. c) Finalmente, una tercera postura doctrinal entiende que la intimidad solo abarca lo más cercano y nuclear al individuo, mientras lo privado abarca todo lo íntimo, además de otras cosas que no llegan a ser públicas. Entre privado e íntimo habría una relación género-especie. Nosotros somos partidarios de esta última posición, basados en el significado que la palabra *privacidad* ha adquirido en nuestro idioma.¹⁴

Pero aceptamos que caben diferentes aproximaciones al problema, igualmente válidas y justificadas. Piénsese en la clasificación tripartita alemana, que omite el concepto de intimidad. Bajo estos cánones las esferas de aislamiento son: la privada (*Privatsphäre*), la confidencial (*Vertrauenssphäre*) y la del secreto (*Geheimsphäre*). Y recordamos que Westin (1967), en Estados Unidos, y Frossini (1990), en Italia, distinguieron cuatro situaciones básicas: la *soledad* de orden físico; la *intimidad*, que sin aislamiento, se circunscribe a un ámbito de relaciones restringidas y se define porque el individuo actúa como parte de una pequeña unidad que reclama y está preparada para ejercer una segregación corporativa, la que le permite alcanzar una relación franca, relajada y cerrada entre dos o más individuos; el *anonimato*, que implica la falta de identificación, pero que se produce dentro del grupo; y, la *reserva*, que es el estado más sutil de la intimidad y que supone la posibilidad de controlar la circulación de informaciones relevantes para cada sujeto. Por último Prosser, al hablar del daño a la privacidad, distinguió la intrusión en la vida privada, la divulgación de actos privados, la divulgación de hechos que originan una falsa imagen pública y la apropiación indebida para provecho propio del nombre o imagen ajena.¹⁵

No es nuestro propósito aquí profundizar en cada una de las posiciones trascritas, y ni siquiera sugerir cuál de ellas se presenta como la óptima, o más acorde con nuestro idioma o realidad, ni cuál presenta mejores contornos para el estudio y para la práctica jurídica. Lo único que buscamos es sentar un criterio general que hile los diferentes tipos de secreto. Fácilmente se podrá apreciar que la mayoría¹⁶ de los autores citados coinciden en que hay diferentes esferas de aislamiento: unas más próximas al individuo y otras más alejadas. Hay una cierta tendencia de crear diversos niveles de soledad de una forma un tanto excluyentes, que actúan como compartimentos estancos. La visión de García Morente era más plástica. El filósofo español sostenía que *“la vida privada se desenvuelve en infinitas gradaciones y matices que oscilan entre los dos polos de la absoluta publicidad (...) y la absoluta soledad”*.¹⁷

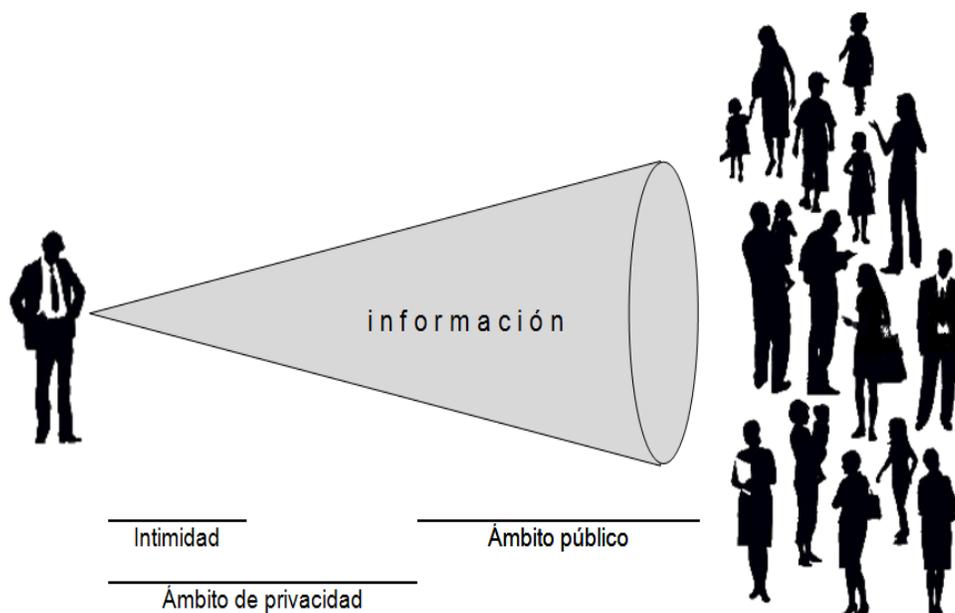
Desarrollando esa idea, como vimos, García Morente concebía la vida privada como un cono con dos extremos: el vértice estaba constituido por aquella parte de la vida privada, donde se da *“la soledad del yo viviente, a la que nadie más que yo mismo puede tener acceso”*,¹⁸ mientras las diferentes esferas se iban abriendo cada vez más hacia lo público, hacia aquello que está llamado a estar *“en contacto con el mundo de las relaciones públicas”*.

Vale aquí precisar qué ha de entenderse por el extremo de la soledad, qué por el extremo de lo público,¹⁹ y cómo se conciben las gradaciones entre los dos extremos. El área privada y pública del cono fundamentalmente se ha de distinguir atendiendo a la naturaleza del poseedor de la información y al número de ojos que normalmente acceden a ella. El vértice privado está constituido por *la soledad más inaccesible*, el pensamiento y los juicios de conciencia que aún no se han manifestado en la realidad. Cerca de este vértice estará todo aquello que normalmente se *custodia* en la propia vida (v. gr. la intimidad corporal y luego la intimidad familiar) y más tarde lo que una persona en una circunstancia normal *no espera que sea visto u oído* (v. gr. una llamada telefónica). Finalmente, bordea con el ámbito público la información que pertenece a las asociaciones, compañías y demás entidades privadas.

En el otro extremo, en la base del cono, aparecerán las informaciones *poseídas* por una multitud de personas, las que pertenecen a un amplio número de individuos que se presentan como sus *titulares directos o indirectos*, y más aún las informaciones sobre las que pesa algún *interés público*²⁰ y que, por tanto, pertenecen al “sujeto universal”.²¹ Al menos dentro del régimen democrático las entidades públicas manejan información “que es de todos”, que pertenece en última instancia al pueblo soberano; por ello, la información que repose en sus repisas en principio deberá ser accesible a todo quien la pida. Así, si el titular de la información fuere una persona privada, la información pertenecerá al ámbito privado del cono; por el contrario, si su titular fuera una entidad pública, entonces la información estará en el ámbito público del cono.

Como se aprecia, entre los dos extremos del cono se admite una graduación de informaciones más o menos públicas, más o menos secretas. No será igual de intenso el secreto guardado por un solo individuo que el secreto familiar, ni estos a su vez se compararán con el secreto mantenido en ciertos colectivos como lo son un grupo tribal, una sociedad mercantil, un municipio o la administración pública. En la medida en que se incremente el número de titulares del secreto, vamos saliendo poco a poco del ámbito de la privacidad, y vamos entrando en el ámbito de la publicidad.

De esta manera la teoría del cono podría quedar graficada de la siguiente manera:



A efectos de determinar el alcance y fuerza del derecho al secreto resulta muy conveniente indagar qué tan profunda es aquella esfera de aislamiento. En el vértice del cono se encontraría la información genética de la persona, sus pensamientos no expresados, sus convicciones, la religión que profesa... mientras en lo más externo estaría la imagen corporal expuesta al público cuando camina por la calle, sus escritos publicados en la prensa, sus discursos... El grado de protección que prestará el derecho a uno y otro tipo de información será muy diverso.

En definitiva, la teoría del cono determina qué tanto alcance y qué tan pesado será el derecho del secreto: si está más cerca del núcleo personal (como las convicciones políticas, religiosas o la intimidad corporal) merecerá mayor protección y el derecho será más intenso que si la información naturalmente estuviera más expuesta al público (como la información de interés público o que se publica abiertamente en internet).

4. Reglas de la teoría del cono

La teoría del cono presenta la ventaja de que es capaz de organizar los diferentes tipos de secreto según su intensidad. Así, por ejemplo, los secretos que pertenecen a lo íntimo son más intensos y han de protegerse más que los que se encuentran en las entidades públicas. Entre ambos extremos del cono hay algunas reglas que funcionan de manera diametralmente opuesta. En concreto, encontramos las siguientes reglas:

a) Coprincipios de generalidad-excepcionalidad

Para Desantes, uno de los pilares sobre los que se edifica el derecho de la información es el *principio de generalidad del mensaje*.²² Por este principio, la generalidad de los mensajes deben

circular libremente, sin sujeción a traba, censura o requisito alguno, en razón del derecho a la información propio de los ciudadanos.²³ Únicamente por excepción —que como tal debe ser interpretada restrictivamente— algún mensaje no caerá dentro de la generalidad, debiendo prohibirse su acceso y difusión. Por eso, coprincipio del principio de generalidad es el *principio de excepcionalidad*. Éste segundo 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”.*²⁴

A decir verdad, los mencionados coprincipios sólo tienen plena acogida *en el ámbito público*: en las instituciones del Estado, en los hechos noticiosos sobre los que pesa un interés público, en todo lo que se refiere a la cosa pública que está sujeta a la fiscalización de cualquier ciudadano. La situación es muy distinta *en el campo privado*, donde la regla general es la opuesta. En este campo, la regla general es que todo sea secreto, y la excepción es que la información pueda publicarse o difundirse. Y, como se sabe, las excepciones sólo se dan cuando existe una *razón suficiente y proporcionada* que justifique contrariar la regla general. Si no hay una razón suficiente, las cosas que están aisladas de la mirada general no se publican. La razón suficiente puede ser de muy diversa naturaleza: existe autorización del titular de revelar el secreto, los hechos privados en ciertas ocasiones tiene trascendencia social, el bien común requiere que se conozcan algunas enfermedades muy contagiosas, etc. La proporcionalidad coteja el grado de invasión en la vida privada y la gravedad de la razón suficiente: en general, las comunicaciones sólo se pueden interceptar si media orden de juez penal (no de juez civil) para la investigación de delitos (no de cualquier contravención).

En definitiva, hay una fuerte escisión entre el ámbito público y el privado. Cada ámbito se ubica en un lado opuesto del cono: la privacidad, en el vértice, y la publicidad, en la gran base. En el *ámbito público*, el principio de generalidad favorece la publicidad del mensaje: ahí la *regla general es la publicidad y la excepción, la reserva*. Algunos países incluso han llegado a sancionar el principio de *nullum secretum sine lege*, principio que está destinado a regir, obviamente, solo en el campo público y no en el privado. Así, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana ha declarado de forma genérica e imperativa que *“no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley”*.²⁵

Las cosas cambian radicalmente en el *ámbito privado* de las personas, donde *la regla general es la privacidad de la información, y la excepción es la publicidad*. Así opina Larraondo respecto a la intimidad, quien considera que *“en principio se debe presumir que prevalece el derecho a la intimidad del individuo (se trate de un persona[je] público o privado) por sobre el derecho a la información, sobre todo cuando aquél que revela un hecho o noticia es un medio de comunicación o el Estado”*.²⁶ De forma paralela, en el campo empresarial, Moreda de Lecea no duda en afirmar que *“la información se considera secreto mientras no sea pública”*.²⁷ Considero que la misma regla aplicará a todo secreto que se ubique cerca del vértice del cono.

Con todo, el derecho al secreto en el ámbito privado no es un derecho absoluto. Eventualmente un secreto de la vida privada de un individuo podrá ser conocido por terceros cuando así lo requiera un interés o derecho superior.²⁸ De esta forma, aunque el padecimiento de una enfermedad pertenece indiscutiblemente al campo íntimo del ser humano, cuando esa

enfermedad es grave y contagiosa nace una obligación de informar a terceros sobre la misma.²⁹ Pero esos casos serán siempre excepcionales, y *por ser excepción merecerán una interpretación restrictiva, la misma que no desconocerá los principios de razonabilidad, oportunidad y proporcionalidad*. El legislador, las autoridades y los jueces procurarán hacer prevalecer el derecho a la intimidad, a menos que constaten la existencia de razones proporcionadas y suficientes para dejar de lado este derecho.

b) In dubio pro polaris

De la anterior regla de generalidad se desprende la regla del *in dubio pro polaris*:³⁰ si la duda se suscita sobre una información que está en la base del cono donde se ubica el ámbito público, el mensaje se tendrá por público. En cambio, si la duda aparece sobre una información cercana al vértice del cono (al núcleo de la persona), el mensaje se reputará secreto.

Así, en el ámbito público regirá el principio *in dubio pro informatione*, principio largamente estudiado por la escuela de Desantes.³¹ Por el contrario, en el campo privado habrá que seguir a Harte-bavendamm, quien ha establecido una *presunción de confidencialidad* en virtud de la cual, en caso de duda, la información se ha de reputar secreta. Al hablar de la relación laboral, Harte-bavendamm afirmaba que el trabajador debe asumir que el empresario desea mantener en secreto aquella información ignorada por el público que puede influir en su posición competitiva, puesto que a él le corresponderá en un eventual litigio presentar la contraprueba de que el mantenimiento del secreto no era querido.³²

c) El principio de imantación (o atracción de los polos)

Cabe parangonar los polos del cono informativo a un imán, cuyos extremos atraen lo que le es propio. En el cono lo que queda imantado son los mensajes más cercanos. Veamos en qué consiste esta imantación.

En el campo íntimo, la revelación de información generalmente conlleva aneja una obligación de confidencialidad para el receptor. Así, quien publica las fotos íntimas de una modelo, a más de estar obligado a pagar las indemnizaciones del caso, tendrá adicionalmente el deber de retirarlas de circulación. En otras palabras, el secreto revelado tiende a convertirse nuevamente en secreto.

Es perfectamente comprensible que se hayan creado mecanismos idóneos para controlar la información personal y para precautelar los secretos de la persona, incluso después de que la información privada haya salido a la luz pública. El principal de estos mecanismos es la acción de *habeas data*, que hoy se encuentra consagrada en la constitución de varios países.³³ A más de conferir un derecho al acceso expedito de la información personal, la garantía generalmente permite al solicitante la *“la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación”*³⁴ si los datos fueron erróneos o afectaren los derechos de la persona.

En el campo público sucede lo contrario: cuando un secreto se revela, el público adquiere ya para siempre la facultad de difundir por cualquier medio dicha información. El secreto revelado deja de ser secreto para siempre y queda pegado a la base del cono, junto con el resto de informaciones públicas. Esta fue justamente la defensa en el caso *Estados Unidos vs. The Progressive*, donde se discutía si la publicación de la forma de construir una bomba de hidrógeno en la revista científica

The Progressive constituía o no un caso de revelación de secretos de Estado. Para el autor del artículo titulado *The H-Bomb secret: how we got it and why we're telling it*, Howard Morland, tal secreto era un secreto a voces que todos conocían, y que, por haberse diluido, se podía difundir. El juez Pell sugirió que en el artículo debería haberse aclarado que “[w]hat you are about to read is not a secret”.³⁵

Hay, con todo, un campo intermedio entre lo íntimo y lo público, donde no siempre es claro hacia donde se inclinará el mensaje. Pensemos en el anonimato de las obras publicadas, en los secretos comerciales y en los secretos profesionales. Muchas legislaciones conceden al autor la facultad de retirar los ejemplares que se hayan distribuido de su obra cuando este hiciera uso de su derecho al anonimato. Bajo la teoría de que los derechos de autor se enraízan en la personalidad del individuo, que concibe a las obras como fruto de algo nuclear a la persona (en concreto, a su capacidad creativa), cabría concluir que este mensaje estaría más cercano al polo de la intimidad, y que, debido a la atracción polar, el autor puede solicitar que su obra vuelva a ser secreta. De forma inversa, los secretos comerciales (que protegen, no la forma en que se expresan las ideas, sino las ideas mismas en cuanto son aplicables industrialmente y poseen un valor económico) están más cercanos al polo de la publicidad, pues no es dado a nadie apropiarse de las ideas. La publicación de un secreto comercial lo diluye *ab aeterno*, convirtiéndose así para siempre en una información pública.

En los secretos comerciales, la excepción que confirma la regla es la teoría del trampolín³⁶ creada dentro de la jurisprudencia norteamericana, donde la persona que ha recibido confidencialmente un secreto no puede utilizarlo, ni siquiera cuando este haya entrado al dominio público. La teoría tiene una buena cantidad de sus detractores.³⁷ Debe observarse que este tipo de medidas generalmente aparecen en procesos de *injunctions*, en donde el titular del secreto obtiene del juez medidas precautorias temporales (dos años es lo más común³⁸), y están destinadas a que el ilegítimo conocedor del secreto no use el secreto.³⁹ La jurisprudencia de los *injunctions* es reacia a conceder medidas definitivas.⁴⁰ Si en el ínterin el secreto entrara al dominio público, la *medida subsistiría como sanción*. Tan solo se trata de una sanción y no de una respuesta razonada bajo la teoría del secreto; el demandante, al momento de formular su acción, puede, o bien solicitar la indemnización por los beneficios económicos no obtenidos, o bien la orden de no usar el secreto, pero no los dos. En consecuencia, este trampolín es una rara excepción que confirma la regla.

En esa zona intermedia del cono también están los secretos profesionales, que requieren un análisis especializado, revisando cuál es la materia del secreto en cada caso. Es fácil comprender que el secreto genético y el secreto del médico son mucho más nucleares a la persona que el secreto del periodista sobre noticias blandas. Por lo mismo, si ambos secretos llegaren a la luz pública, en el primer caso se procurará que lo informado vuelva a tener la naturaleza de secreto, mientras la noticia blanda publicada normalmente nunca más será secreta.

El principio de imantación polar halla su justificación más profunda y última en el principio *pro homine*. Si observamos bien el cono, en cada extremo suyo aparece una o varias personas: en el lado del vértice está el individuo, mientras en la base está el “sujeto universal”, la sociedad. ¿A favor de cuál de los dos se resuelve la cuestión del mensaje? Aplicando el principio *pro homine* tenderemos a resolverla a favor del sujeto que tenga más cerca de sí el mensaje.

5. Gradación de los secretos en el cono

Según hemos visto, dentro del cono los secretos no son solo íntimos o privados, sino que hay una gradación, una progresividad en su intensidad. Los secretos más alejados del polo de la intimidad serán los secretos menos intensos. Captar esta gradación de la intensidad de cada secreto resulta útil para determinar su peso específico, lo cual nos permite realizar un mejor balanceo para definir derechos.⁴¹ los secretos más intensos tendrán *a priori* un peso específico mayor que los menos intensos. Los más intensos deberían protegerse de mejor forma, con el auxilio de medidas normativas, judiciales, administrativas o convencionales. Por ejemplo, es comprensible que la ley proteja la intimidad corporal con el secreto enésimo: todos los que han accedido a una foto tomada a en el cuarto de baño a escondidas están obligados a guardar el secreto, jamás pueden difundirla.

Sin perjuicio de lo dicho, ha de tenerse en cuenta que algún secreto relacionado con el ámbito público en ocasiones puede tener una protección mayor, por razones de la materia custodiada (no por la consideración del secreto en sí). De esta manera los secretos relacionados con la seguridad del Estado suelen merecer mayores protecciones, seguridades tecnológicas, sanciones penales más fuertes para quien los espía, etc. Sea como fuere, se destaca que estos mismos secretos tienen un tiempo limitado de protección de 10 o 15 años, según el país, quizá renovables bajo ciertas circunstancias, y una vez descubiertos no vuelven a ser secreto, como suele suceder con la información íntima.

Ubicar cada secreto en su lugar correcto dentro del cono es una labor que en ocasiones es fácil y en ocasiones difícil. Los secretos de los extremos son fáciles de ubicar, no tanto los que aparecen en el medio del cono. Estas dificultades se presentan porque: (i) hay varios criterios para medir la intensidad de cada secreto; (ii) el derecho a cada secreto presenta varias justificaciones, donde la doctrina no siempre está de acuerdo; y de igual modo, (iii) también son diversos los motivos por los que se prohíbe guardar ciertos secretos.

Con todas estas salvedades y consideraciones, nos hemos permitido hacer una gradación *a priori* de los secretos según su intensidad. Se mira a los secretos en sí mismos, comparándolos en abstracto unos con otros. *Grosso modo* la gradación propuesta es la siguiente:

POLO DEL ÁMBITO PRIVADO	
Grados de intensidad	Clase de secreto
15º	<p>Secretos exclusivamente intelectuales (conciencia, religión; delitos que recriminan la conciencia, pecados, culpas y omisiones, etc.; anonimato en las obras).</p> <p>A este mismo nivel, por obligación para con la fuente, el secreto del abogado, del confesor, del consejero espiritual.</p>
14º	<p>Secretos exclusivamente corporales (imagen, genéticos, sanguíneos, orientación sexual; enfermedades, etc., pasadas, actuales o futuras).</p> <p>A este mismo nivel, por obligación para con la fuente, el secreto médico, el secreto de ciertos procesos judiciales (v. gr. los penales relacionados con los atentados contra el pudor, algunos casos de menores).</p>
13º	Otros secretos derivados del derecho a la intimidad personal.
12º	<p>Secretos derivados del derecho a la intimidad familiar (anécdotas familiares, origen social, nivel económico familiar, etc.).</p> <p>A este mismo nivel, por obligación para con la fuente, el secreto de ciertos procesos judiciales (v. gr. los de alimentos, los de divorcio, los de filiación, etc.), junto con los privilegios para no declarar en contra de los familiares.</p>
11º	<p>La inviolabilidad de las comunicaciones.</p> <p>La inviolabilidad gnoseológica (no física) del domicilio, que prohíbe los registros visuales no autorizados del domicilio.</p> <p>La información, bancos de datos, registros, etc. que no se haya puesto a disposición del público, archivados en el domicilio virtual o físico.</p>
10º	<p>Otros secretos derivados del derecho a la vida privada (v. gr. secretos en los documentos personales del portafolio o de los cajones propios en una oficina; riqueza personal; noticias blandas y chismes recibidos que otros no tienen por qué saber; el desempeño laboral).</p> <p>A este mismo nivel, por obligación para con la fuente, el secreto del contador, el sigilo del banquero, el secreto entregado al periodista y el secreto en los juicios laborales.</p>
9º	<p>Secretos del ciudadano relacionados con la vida política (secreto del voto, la filiación política, etc.).</p> <p>A este mismo nivel, por obligación para con la fuente, el secreto al que están obligadas las autoridades electorales.</p>
8º	El secreto que nace de forma meramente convencional (cláusulas o acuerdos de confidencialidad lícitos; secreto en las negociaciones, en la mediación y en el arbitraje).
7º	<p>Secreto comercial (también llamado secreto de empresa o de fábrica).</p> <p>La información no divulgada empresarial.</p>

6º	Secretos relacionados con la defensa nacional.
5º	El secreto en las deliberaciones de los tribunales de justicia.
4º	Secretos a los que están obligados los funcionarios y las autoridades en razón de su cargo, sobre otros secretos distintos a los anteriores (v. gr. los secretos sobre los gastos reservados y los secretos que los inferiores guardan de las autoridades superiores).
3º	Secretos de Estado.
2º	Secretos de oportunidad en los procesos judiciales o administrativos (v. gr. las providencias destinadas a obtener el secuestro de los bienes del deudor).
1º	Varios secretos prohibidos (v. gr. los secretos que esconde quien comercializa productos que dañan la salud, de ínfima calidad, contrarios a las leyes, etc.).
POLO DEL ÁMBITO PÚBLICO	

Como dijimos, es probable que en una revisión casuística aparezcan nuevos elementos que circunstancialmente hagan que un secreto particular prevalezca sobre otro. Ello sucedería, por ejemplo, con un secreto que versa sobre un tema baladí sobre el cual se firma un convenio de confidencialidad con onerosas sanciones, o con ciertos secretos militares de los que dependen muchas vidas, que obviamente prevalecen frente a la inviolabilidad de las comunicaciones. De hecho, por motivos de defensa nacional, resulta admisible interceptar líneas de teléfono, cumpliendo ciertos procedimientos.

Estos factores casuísticos que circunstancialmente pueden modificar la intensidad del secreto pueden ser:

(i) *La materia concreta sobre la que versa el secreto.* Si del secreto pende la vida de muchas personas, su prohibición o derecho serán más intensos. Así es muy intensa la prohibición de mantener el secreto del lugar donde explotará una bomba, tanto para el terrorista, como para el periodista que conoció del tema. De igual modo, es muy intenso el deber de guardar silencio sobre la información de defensa nacional.

(ii) *El nivel del poseedor del secreto.* Quien adquirió una información *sub conditione* de silencio está en una posición distinta a la del titular del secreto (v. gr. la fuente). El segundo poseedor debe cumplir con varias obligaciones personales que no tiene el titular del secreto. Por ejemplo, frecuentemente el titular conserva el derecho de revelar el secreto a quien quiera, como quiera, en el momento que quiera, a su capricho; en cambio, quien lo adquirió bajo condición de confidencialidad no podrá hacerlo mientras el titular del secreto no le autorice para ello. En general, el mantenimiento del secreto suele resultar más gravoso para el segundo poseedor del secreto que para su titular. Sin embargo, cuando un secreto ha circulado entre muchos poseedores, es posible que se haya diluido —“ya todos lo saben”—, diluyéndose asimismo el derecho al secreto.

(iii) *Los niveles de custodia del secreto.* Un secreto muy custodiado es más intenso, al menos, desde cierto punto de vista, que un secreto que no se custodia. Recordamos que la custodia es un elemento constitutivo del secreto. Luego, si faltare del todo (si no hubiera custodia *de facto* o deber de custodia), no habría secreto. Si faltare parcialmente, habría un secreto un poco más débil. Por otro lado, es evidente que para acceder a un secreto muy protegido con seguridades tecnológicas, policías, medidas coercitivas, etc. hace falta una intención más decidida, un acto de espionaje lleno de agravantes, como la premeditación y alevosía.

(iv) *La acumulación de justificativos.* Finalmente, a un secreto cualquiera se le pueden acumular muchas justificaciones, lo que ocasionaría un aumento en la intensidad del secreto. Por ejemplo, el derecho a ocultar el propio número telefónico puede estar protegido también por: la inviolabilidad de las comunicaciones, cuando el número se dice a un amigo por una llamada telefónica; el secreto de oficio del funcionario que conoce el número; un secreto de Estado, cuando el teléfono aparece dentro de una lista de inculcados contra la seguridad nacional; el secreto convencional, cuando se ha pactado la confidencialidad de esta información, etc.

6. Casos prácticos de aplicación de la teoría

Como dijimos, la teoría del cono puede facilitar la labor del juzgador cuando balancea valores y derechos a fin de definir qué es lo justo. Un significativo ejemplo de balanceo en tema de secretos lo ha hecho el Tribunal Constitucional español, donde le tocó verificar si primaba el derecho de las autoridades a controlar las instalaciones penitenciarias o el derecho del prisionero a la inviolabilidad de las comunicaciones. En la sentencia 106/2001 afirmó que los ciudadanos recluidos también tenían derecho al secreto de las comunicaciones, porque ellos sufrirían una turbación moral si los policías que los controlan día y noche escucharan siempre sus llamadas. Sin embargo, más tarde precisó que un interno perteneciente al grupo terrorista ETA, que ha atentado reiteradamente contra la seguridad de las prisiones y contra la vida y libertad de sus funcionarios, supone una individualización suficiente de las circunstancias que justifican la medida de intervención de las comunicaciones. El Tribunal hizo prevalecer el derecho a la paz y seguridad de los miembros de la Institución, frente al derecho al secreto del individuo, por ser el primero un derecho y un interés superior al segundo.⁴²

Vistas las cosas desde la perspectiva del cono, es fácil observar cómo el derecho al secreto de las comunicaciones tiene un peso específico nº 11. Con este peso prevalecía el derecho al secreto sobre medidas restrictivas que tuvieran bajo o mediano nivel de satisfacción (por usar la terminología de Alexy) como lo tenían las medidas que prohibían el secreto en la penitenciaría para disminuir ciertas inseguridades no muy demostradas. En cambio, cuando entró en el balanceo una medida de alto grado de satisfacción, como la que disminuía inseguridades probables (la peligrosidad en la penitenciaría de los miembros de la ETA está bastante probada), entonces el derecho al secreto cedió. Finalmente añadimos que la jurisprudencia de varios países se ha inclinado a conceder, aún en estos casos, el derecho a hablar en secreto con el abogado (no con otras personas) sobre la defensa procesal. Aquí se produce una acumulación de justificativos: el secreto que era de grado 11, pasa a ser de grado 15 por tratar temas de conciencia y por el derecho fundamental a la defensa. Es decir, incluso la medida de control de alta satisfacción (aquella que reduce riesgos probables) no llega a prevalecer sobre un secreto tan pesado o intenso.

Otra aplicación de la teoría del cono se basa en el principio de igualdad. Si encontramos una sentencia que admite el derecho del contador a guardar silencio sobre las cuentas de un cliente (secreto de grado 10), hemos de esperar que el periodista tendrá un derecho semejante cuando conozca bajo secreto acerca de las cuentas de otro individuo. A la vez, la sentencia sugerirá que los secretos menos intensos (de grado 1 a 9) *per se* no resultarán tan protegidos, mientras los más intensos (de grado 11 a 15) merecerán una protección mayor.

Conclusiones

De lo anterior deducimos lo siguiente:

1. Ni la doctrina, ni el derecho comparado, han logrado consensuar el número y clases de información oculta que puede haber (v. gr. privacidad, intimidad, confidencialidad, *riservatezza*, etc.). Sin embargo, todas estas clases de información tienen en común: los elementos esenciales del secreto.

2. Cabe clasificar los secretos según los criterios de titularidad, forma de adquisición, corrección moral y jurídica, según su materia, según la naturaleza de la protección, alcance e intensidad. Bajo estos siete criterios hemos agrupado los secretos que conocemos.

3. La teoría del cono de informaciones de García Morente la hemos podido trasponer al mundo de los secretos, creando la teoría del cono de secretos. Ello nos ha permitido clasificar de manera ordenada todo género de secretos, según sean estos más o menos nucleares a la persona. Así hemos podido distinguir *a priori* el peso específico de cada secreto. Se trata de una gradación que considera a los secretos en sí mismos, con independencia de otros factores circunstanciales que pueden hacer variar el peso concreto del secreto.

4. Hemos observado que en el cono de secretos tienden a cumplirse tres reglas: (i) los coprincipios de generalidad-excepcionalidad, (ii) el *in dubio pro polaris*, y (iii) el principio de imantación. Los coprincipios dicen en el campo público que la regla general es la publicidad y la excepción, el secreto; en el campo privado, la regla es la opuesta. Por lo mismo, las dudas sobre la confidencialidad de la información en el campo público se resolverán a favor de la publicidad de la información, y en el campo privado, a favor del secreto. Finalmente, las cosas más íntimas tenderán a ser siempre secreto, incluso después de reveladas.

5. La gradación de la intensidad de los secretos ha demostrado facilitar la labor de balanceo de derechos que suelen hacer los jueces.

¹ Sánchez (2004: 197-198) distingue la “vida privada” de la “intimidad” que, aunque resultan protegidos por igual en la Constitución, tienen un ámbito distinto. No obstante, observa que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no siempre ha delimitado ambos conceptos nítidamente. Cfr. TC, STC 231/88 (FJ 3) o sent. 156/2001, de 2 de julio de 2001 (FJ 4), que se confronta con el Caso García Enterría, 110/84, de 26 de noviembre.

² Al respecto, cfr. el análisis que hace Coronel (2005: 30-60) sobre estos y otros términos.

³ Esta definición ha sido largamente analizada en Riofrío, 2004; 2006; 2008: 8-79.

⁴ Cfr. Riofrío, 2008: 111 y ss.

⁵ La cita consta en el famoso *Compendium Salmanticense*, de Antonio de San José, datada en 1764.

⁶ 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”* (1990: 25).

⁷ Partidario de la noción de secreto periodístico como facultad es Coderch (1988: 46).

⁸ Rigó Vallbona entiende el secreto como una obligación (1998: 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.

⁹ V. gr. Desantes sostiene que *“ambas definiciones se complementan en sus contextos y en su estructura de derecho y de deber”* (1988). En igual sentido, cfr. Enrique Gómez-Reino y Carnota (1983: 612).

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² García Morente, 1944: 168.

¹³ *Ibid.*: 181.

¹⁴ Comparto las consideraciones lingüísticas que Díaz Rojo formula sobre el término privacidad, distinguiéndolo del concepto de intimidad, que queda incluido dentro del primer término. Al respecto, el doctor ha dicho que *“la intimidad forma parte de nuestra privacidad, pero no al contrario. Las cosas privadas, al igual que las cosas íntimas, son reservadas, pero de distinta forma. Nuestra intimidad puede ser desconocida incluso para las personas más próximas, mientras que la vida privada es compartida con ellas y pretendemos que esté protegida de la mirada de quien no forma parte de nuestro entorno personal”* (2002).

¹⁵ Cfr. el trabajo de Prosser, “Privacy” (1960), en donde analiza de la jurisprudencia norteamericana relativa a la revelación o publicación de hechos privados. La clasificación realizada

por el autor sobre las formas de transgresión al derecho a la privacidad aún sigue teniendo vigencia en el derecho norteamericano.

¹⁶ La única salvedad la encontramos en los pocos autores que identifican la privacidad con la intimidad.

¹⁷ García Morente, 1935: 168.

¹⁸ *Ibid.*: 181.

¹⁹ Sería inoficioso decir que en la vida privada está la información privada y en la esfera pública, la información pública. Que privado es privado y lo público lo público es una tautología.

²⁰ Los criterios aquí expuestos no se identifican con los clásicos argumentos que distinguen a rajatabla el derecho público del derecho privado, aunque podría formularse algún paralelo con ellos. Para un desarrollo del tema, cfr. Mouchet y Zorraquín Becú, 2000: 297-300. Salvo alguna excepción como la de Kelsen, la doctrina distingue el Derecho público del Derecho privado, aunque no se definen tan bien sus contornos. Se acude para ello a las siguientes teorías: a) *Las que observan el contenido de las relaciones jurídicas*. Aquí se encuentran las teorías denominadas del *interés en juego* y *finalistas*. b) *Las teorías que analizan la forma que asumen las relaciones jurídicas*. Korkounov propone una ingeniosa teoría que atribuye al derecho privado las normas distributivas y al derecho público las adaptativas, teoría que tiene aplicación preferente sobre los derechos patrimoniales. c) *Las teorías que atienden a la naturaleza de las relaciones jurídicas*. Jellinek, Enneccerus, Radbruch, García Maynes, Legaz y Lacambra observan que la relación jurídica del derecho público es siempre una relación de subordinación (una parte interviene con potestad pública y por ello es superior a la otra), mientras que en el derecho privado la relación entre las partes es de coordinación (entre iguales). Aunque la teoría goza de gran prestigio, tiene el inconveniente de concluir que un tratado internacional firmado entre dos Estados en relación de igualdad sería siempre un acto privado, cuando indiscutiblemente es público.

²¹ 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. Bel Mallen *et al.*, 1992: 119 y ss.

Repárese que la definición de los extremos del cono es ligeramente más amplia a la que formulamos en Riofrío, 2008.

²² 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 (...)*” (Bel Mallen *et al.*, 1992: 17).

²³ Por el principio de generalidad, cada persona tiene un derecho difuso a acceder a la información, y a hacer con ella lo que creyere conveniente. Cfr. Bel Mallen *et al.*, 1992: 119 y ss.

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ Constitución del Ecuador, art. 18, num. 2. 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.

²⁶ Larraondo, 2002. En dicho ensayo, justo antes de formular el principio expuesto, deja caer la siguiente duda: *“resulta inútil intentar esbozar conceptos abstractos que puedan aplicarse a cualquier caso indistintamente. Es más, nos atrevemos a afirmar que hasta sería peligroso que ello tuviera lugar, ya que la uniformidad de criterios podría poner en serio riesgo el ejercicio de cualquiera de ambos derechos constitucionales del individuo”*.

²⁷ Moreda de Lecea, 1996: 126; cfr. también al autor, 1996: 367-392. Parece corroborar esta tesis la actual doctrina y jurisprudencia alemana, que ha bajado la exigencia de que la información empresarial no sea libremente accesible, sin dificultad ni esfuerzo (requisito de la esencia del secreto empresarial); hoy en día este requerimiento se considera cumplido con solo constatar la mera ausencia de publicidad de la información. Cfr. Herfermehl, 1999: 1430; Nordemann, 1995: 275.

²⁸ Junto a la doctrina mayoritaria y con base en la mejor jurisprudencia norteamericana, Smith propone una ley federal que diga: *“Privacy. Matters of private interest that do not threaten the public health or safety or conceal a public hazard, shall be exempted from disclosure. Where both public and private interest exist, the information should only be disclosed if the public interest in disclosure substantially outweighs the individual’s privacy right”* (Smith, 2004: 266). Repárese en que para Smith el interés público debe superar “substancialmente” el derecho a la privacidad.

²⁹ Al respecto, la Declaración de Hawaii de 1977 que contiene un listado de guías éticas para los psiquiatras, en el punto 8, anota que *“todo lo que el paciente diga al psiquiatra, y lo que este haya anotado durante el examen o el tratamiento, debe considerarse confidencial, a menos que el paciente libere al psiquiatra del secreto profesional, o razones vitales de interés común o para un beneficio superior del propio paciente hagan imperativo el descubrirlo. Sin embargo, en estos casos debe informarse inmediatamente al paciente de que se ha roto el secreto”*.

El Código de Ética y Deontología Médica español es más amplio, en su art. 18, al estipular que *“Con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo y en sus justos y restringidos límites, el médico revelará el secreto en los siguientes casos: (...) 3. Si con el silencio se diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o un peligro colectivo. 4. En las enfermedades de declaración obligatoria”*.

³⁰ *Polaris, polare*, del latín, adjetivo que significa polar.

³¹ Cfr. Bel Mallén, 1992: 17-18.

³² Cfr. Harte-Bavedamm, 1997: 516-517. Esta postura ha recibido algunas críticas, como las apuntadas por Morón Lermam, 2002: 68. Nosotros encontramos que la tesis cuadra con la teoría del polo.

³³ V. gr. Constitución brasileña, art. 5, LXXII; Constitución ecuatoriana, art. 92; Constitución peruana, art. 200, núm. 3; Constitución paraguaya, art. 135; Constitución bolivariana de 1999, art. 281, núm. 3.

En otros países se obtienen similares garantías a través de ley. Así, en Estados Unidos de América se ha dictado la *Privacy Act*, de 1974; en España, se ha sancionado la Ley Orgánica de Regulación de Tratamiento Automatizado de Datos, de 1992 y la Ley Orgánica de Protección de Datos, de 1999; en Francia, la Ley de Ficheros y Libertades, de 1978; en Noruega y Gran Bretaña las Leyes de Protección de Datos, de 1978 y 1984, respectivamente. Chile, por su lado, tiene la Ley 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

En Argentina, aun cuando está vigente la Ley 25.326, de Habeas Data, del año 2000, se considera que el *habeas data* es “una variable o subtipo de amparo: en síntesis, un amparo especializado que, por su inserción normativa, constituye un proceso constitucional” (Puccinelli, 1999: 233).

³⁴ Constitución ecuatoriana, art. 92, *in fine*. En igual sentido, la Constitución paraguaya estipula en su art. 135 que se “[p]odrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos”.

³⁵ Una excelente nota sobre el caso puede leerse en Dumain, 2005: 1323-1335. Ahí se recoge un informe del Pentágono que dice: “[s]ecutivity has limited effectiveness. One may guess that tightly controlled information will remain secret, on the average, for perhaps five years. But on vital information, one should not rely on effective secrecy for more than one year”. Al respecto, Newman ya había observado, en 1947, que “once it is disclosed that a technical device has been developed in one country, even if details regarding it are withheld, the search becomes easier for other countries” (Newman, 1947: 773).

³⁶ Sobre la teoría del *springboard*, cfr. *Seager vs. Copydex*, 1996: 167.

³⁷ Cfr. Morón Lerma, 2002: 87.

³⁸ Variada jurisprudencia da dos años de plazo, en la mente de que si el titular del secreto hubiera lanzado ese producto al mercado (momento en el cual los secretos del producto quedan expuestos al público y dejan, por tanto, de ser secretos), dos años le hubiera tomado a la competencia copiar ese producto. Cfr. *Whiteside Biomechanics, Inc. vs. Sofamor Danek Group, Inc.*, 2000. En la valoración de los daños causados por la revelación de un secreto también se considera lo que la parte hubiera percibido durante dos años si el secreto se hubiera mantenido, o las ganancias que quien adquirió el secreto hubiera tenido en ese mismo lapso de tiempo. Cfr. *Sokol Cristal Prod, Inc. vs. DSC Comm, Corp.*, 1994; *Albernathy-Thomas Eng Co. vs. Pall Corp.*, 2000.

³⁹ Cfr. *Whiteside Biomechanics, Inc. vs. Sofamor Danek Group*, 2000.

⁴⁰ Cfr. *DSC Comm, Corp vs. Next Level Comm*, 1997.

⁴¹ Recordamos que Alexy (2008) ha desarrollado con bastante técnica varias fórmulas del peso (v. gr. la fórmula diferencial, la fórmula de cociente, la fórmula del peso completa, la fórmula del peso extendida) para controlar la proporcionalidad de las decisiones de las autoridades. Bernal (2008: 67) ha propuesto una fórmula más extendida. Un balanceo semejante se da en la ponderación, donde se correlacionan el grado de satisfacción que produce una norma con el grado de afectación de un derecho. Pensamos que la gradación de la intensidad de los secretos nos facilitará saber si estamos ante un grado alto o bajo de afectación de derechos, lo que puede dar mayor juego a las fórmulas mencionadas.

⁴² Cfr. Sentencia 192/2002 de 28 de octubre, expedida por la Segunda Sala, dentro del Recurso de Amparo 3201/98 (BOE 278, de 20 de noviembre), en donde se deniega el amparo.

Bibliografía

ALEXY, R. (2008). “La fórmula del peso” (Trad. C. BERNAL PULIDO), in CARBONELL, M. (edit.). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

BEL MALLÉN, I., CORREDOIRA y ALFONSO, L. y COUSIDO, P. (1992). *Derecho de la Información*. Madrid. Colex.

BERNAL PULIDO, C. (2008). “La racionalidad de la ponderación”, in CARBONELL, M. (edit.), *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

CODERCH, P.S. (1988). *Cuadernos y Debates*, Nº 12. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

CORONEL, F. (2005). *La Protección del Derecho a la Vida Privada en Internet y otros Medios de Comunicación Electrónicos y su Enfoque en la Legislación Ecuatoriana (tesis)*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar.

DESANTES GUANTER, J. M. (1988). *El Secreto Profesional de los Periodistas*. Madrid. Civitas.

DÍAZ ROJO, J.A. (2002). “Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?” Valencia. Recuperado de <http://www.ucm.es/info/especulo/numero21/privaci.html>, 11 de septiembre de 2015.

DUMAIN, I. M. (2005). “No secret, no defense: United States vs. Progressive”, in *Cardozo Law Review*, Vol. 26.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. (1990). *El Secreto Profesional de los Informadores*, Madrid. Tecnos.

FROSSINI, V. (1990) “La protección de la intimidad: de la libertad informática al bien jurídico informático”, in *Derecho y tecnología informática*. Bogotá.

GARCÍA MORENTE, M. (1935) “Ensayo sobre la vida privada” en *Revista de Occidente*, tomo 47, Nº. 139.

GÓMEZ-REINO y CARNOTA, E. (1983) “El secreto profesional de los periodistas, en *Revista de Administración Pública*, Vol. I, Nº.100-102, Madrid.

HARTE-BAVEDAMM, H. (1997) “Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnis” en GLOY, W. *Handbuch des Wettbewerbsrechts*. München. Beck.

HERFERMEHL, W. (1999). *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze*. München. Beck.

LARRAONDO, M. E. (2002). *Intimidación y Privacidad en el Derecho*, trabajo ganador del *Premio Estímulo 2002*, otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.aaba.org.ar/bi210p57.htm>, 11 de septiembre de 2015.

MOREDA DE LECEA, C. (1996). "El abuso de información privilegiada (Insider trading): una perspectiva ética", en *Scripta Theologica*, Vol. 28, Nº. 1; — (1996). "Insider trading: una perspectiva ética", en *Boletín de Estudios Económicos*, Nº. 158.

MORÓN LERMA, E. (2002). *La Tutela Penal del Secreto de Empresa, desde una Teoría General del Bien Jurídico*. Barcelona. Universidad Autónoma de Barcelona.

MOUCHET, C. y ZORRAQUÍN BECÚ, R. (2000). *Introducción al Derecho*, Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

NEWMAN, J. R. (1947). "Control of information relating to atomic energy", en *Yale Law Journal*, Vol. 56.

NORDEMANN, W. (1995) *Wettbewerbs- und Markenrecht*. Baden-Baden.

PROSSER, W. L. (1960). "Privacy", En *California Law Review*, Vol. 48, Nº. 3, agosto.

PUCCINELLI, O. (1999). *El Habeas Data en Indoiberoamérica*. Bogotá. Temis.

RIGÓ VALLBONA, J. (1998). *El Secreto Profesional y los Periodistas*. Barcelona. Bosch.

RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J.C. (2004). "El derecho a los secretos: postulado de una teoría general" En *Podium*, abril, Universidad de Especialidades Espíritu Santo; — (2006). "El derecho a los secretos: fundamentación de una teoría general" En *Leggio*, 325, 26 de enero; — (2008). *El Derecho de los Secretos*. Bogotá. Temis.

SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2004). *Delimitación de las Libertades Informativas*. Valencia. Tirant lo Blanch.

SAN JOSÉ, A. de (1764). *Compendium Salmanticense*. (Trad. al español de M. de SANTA TERESA) (1805). Pamplona. Imprenta de José de Rada.

SMITH, J. (2004). "Secret settlements: what you don't know can kill you!" En *Michigan State Law Review*.

WESTIN, A. (1967). *Privacy and Freedom*. New York. New York Atheneum Press (Una versión en español puede encontrarse en el Url: <http://claudiogutierrez.com/bid-fod-uned/Westin.html#nota%201>, acceso de 11 de septiembre de 2015).

Legislación

Alemania, Ley Federal de 25 de mayo de 1975.

Argentina, Código de Ética de la Abogacía; Ley 25.326 de Habeas Data del año 2000.

Chile, Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

Constituciones de Ecuador, Colombia, Brasil, Venezuela, Paraguay, Perú, Argentina, Córdoba y Jujuy.

Declaración de Hawaii de 1977.

Ecuador, Código de Ética del Periodista Profesional.

España, Ley Orgánica de Regulación de Tratamiento Automatizado de Datos, de 1992 y la Ley Orgánica de Protección de Datos, de 1999; Código de Ética y Deontología Médica.

Estados Unidos de América, Privacy Act, de 1974.

Francia, Ley de Ficheros y Libertades, de 1978.

Gran Bretaña, Ley de Protección de Datos, de 1984.

Noruega, Ley de Protección de Datos, de 1978.

Union Internationale des Avocats (2000), Moción votada durante el Seminario de Oporto, de 30 de septiembre de 2000.

Jurisprudencia

Albernathy-Thomas Eng Co. vs. Pall Corp., 103 F Supp2d, págs 582, 606-07 (EDNY 2000).

DSC Comm, Corp vs. Next Level Comm, 107 F3d, pág. 328 (5º Circuito 1997).

Seager vs. Copydex Nº 1 (1967) 2 All E.R. 415 (C.A.), en CORNISH, W.H. (1996). *Cases and Materials on Intellectual Property*. Londres. Sweet & Maxwell.

Sokol Cristal Prod, Inc. vs. DSC Comm, Corp., 15 F3d, págs, 1427 y 1433 (7º Circuito, 1994).

Tribunal Constitucional español, sentencias 231/88, 106/2001, 156/2001, 10/84 y 192/2002.

Whiteside Biomechanics, Inc. v. Sofamor Danek Group, Inc., 88 F Supp2d 1009 (ED Mo 2000).