

CAPÍTULO XI

La intimidad y el secreto como derecho afectado por la intervención de las comunicaciones. Especial referencia a las comunicaciones orales en prisión

DR. RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ACERCAMIENTO TERMINOLÓGICO AL ÁMBITO DE REFERENCIA. III. DESARROLLO LEGISLATIVO Y REENCUENTRO CON LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES ENTORNO A LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN LIMITATIVAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. REFERENCIA ESTRICTA A LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS. IV. EL SECRETO, EL SECRETO PROFESIONAL Y EL SECRETO EN EL DERECHO DE DEFENSA. V. LÍMITES Y EXTENSIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ORALES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE EN PRISIÓN Y EL DERECHO DE DEFENSA. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio nos ocuparemos de tratar uno de los temas de máxima relevancia en el ámbito de la *praxis* forense penal: el secreto y la intimidad. Veremos cómo operan en la relación abogado-cliente, su configuración en el derecho de defensa y cómo se procede a la interceptación de las comunicaciones orales y su intervención en prisión.

Se expondrá la concreta forma y los requisitos que deben concurrir para acordar dicha medida, concretamente las de índole telefónica. Para ello, debemos partir de las diversas expresiones para delimitar el alcance y contenido de lo expuesto en ulteriores líneas.

Lo que se intercepta es la comunicación y en tal sentido “lo íntimo que quiere conocerse”. Por ello, deberemos tratar y conocer cómo opera el secreto. Expondremos –con carácter general– su forma y estructura, para posteriormente, ocuparnos de algunas peculiaridades en función del ámbito en el que opere, y ello en orden a conformar el marco común a todas ellas.

II. ACERCAMIENTO TERMINOLÓGICO AL ÁMBITO DE REFERENCIA

Antes de nada, debemos asentar diferentes conceptos que en numerosas ocasiones suelen confundirse o sobreponerse como manifestación de una misma realidad.

1. LA COMUNICACIÓN (EN EL ÁMBITO DEL SECRETO A LAS COMUNICACIONES)

Existen diversas definiciones en atención a los ámbitos en los que se circunscriba la acción comunicativa. No obstante, respecto al fin que nos ocupa en el presente trabajo, nos interesa el contenido –lo comunicado– como objeto de secreto. Secreto que, con posterioridad –en el apartado oportuno–, nos detendremos a desarrollar.

El concepto de “comunicación” no queda recogido en parte alguna de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –LECrim.–. No obstante, queda circunscrito en el art. 18 de la CE y más concretamente, en su punto 3.

Veamos a continuación las diversas interpretaciones al respecto.

Comunicación, según la Real Academia Española –RAE– de entre todas las acepciones que recoge (nueve), podemos exponer las tres primeras. La primera, “acción y efecto de comunicar o comunicarse”; la segunda, “trato, correspondencia entre dos o más personas”; y tercera, “transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor”. Por su parte, la interpretación del Tribunal Constitucional –TC– expresa que: “sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional...” (STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J. ° 7°).

Por su parte la doctrina –JIMÉNEZ CAMPO (1987:42 y 46) –, mantiene que la comunicación constitucionalmente relevante supone las siguientes **características**: (I) se trata de “un procedimiento de relación significativa entre personas” que queda salvaguardado o protegido normativamente ante cualquier injerencia –“suspensión”, “retención” o “conocimiento” ajeno–. (II) Asimismo, la comunicación, es “un proceso de transmisión de mensajes”, configurándose como “contenidos intelectuales”. (III) Tan sólo es comunicación, –a estos efectos– aquella que transita en un “deter-minado medio técnico” –a efectos del secreto de las comunicaciones–; quedando al margen las conversaciones “directas o en persona”. (IV) La protección que se aporta a las comunicaciones por parte de la CE se delimita en el mandato a los poderes públicos de no exteriorizar –“desvelar”–.

Y respecto a sus concretos **elementos**, nuevamente la doctrina –CASANOVA MARTÍ (2014:50-63)– refiere cinco básicos: (I) el emisor, quien dirige o manda el mensaje; (II) el receptor, quien recibe el mensaje enviado; (III) un código, como conjunto estructurado por el que se establece-produce lo comunicado; (IV) un medio, esto es, el tracto o vía por la que transita lo comunicado; y (V) el contenido del propio mensaje.

Por lo expuesto, podemos resolver que la comunicación en este concreto ámbito supone la existencia de: un **contenido propio** (mensaje) que **transita** (por un medio o canal concreto) **entre diversos operadores** (emisor y receptor) **con ánimo de mantenerse ajeno o sin injerencia de terceros**.

2. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

El secreto de las comunicaciones se encuentra recogido en nuestra CE en su artículo 18.3, y por lo tanto reconocido como un derecho fundamental susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional –TC– vía art. 53.2 de la misma Carta Magna. No obstante, no se encuentra definido en norma sustantiva, ni procesal alguna.

El presente derecho fundamental –con carácter general (DÍAZ REVOIRO:2006– 159)– es proclamado (sin ánimo de exponer exhaustivamente el elenco de legislación al respecto) por numerosa **normativa de índole internacional**: [Constitución Europea (art. II-67 con expresa mención al respeto del derecho de sus comunicaciones); en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 17, con referencia al reconocimiento de “injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada... domicilio, correspondencia...”); en el *Convenio de Roma* (art. 8, delimitando el derecho al “respeto de su vida privada... domicilio y correspondencia”); *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 12, garantizándose la inexistencia de “injerencias arbitrarias en su vida privada... su domicilio o correspondencia”)]; **como nacional**: [CE (art. 18.3, reconociéndose el derecho “al secreto de las comunicaciones...”); Ley Orgánica –LO– *de protección jurídica al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (art. 7, al considerarse intromisión ilegítima en la intimidad, “el emplazamiento... de aparatos de escucha... o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas); *Ley de Enjuiciamiento Criminal* –LECrim.–, [(art. 588 bis a)] y concordantes, donde a partir de este artículo se encuentran reguladas, y por ende garantizándose al establecerse los diversos supuestos, la interceptación de las comunicaciones telefónicas –entre otras–); la *Ley Orgánica General Penitenciaria* –LOGP– (en su art. 51 cuando

se hace referencia a las comunicaciones de los internos, y concretamente en su pto. 2 cuando se expresa que las comunicaciones “... no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”, añadiéndose en su tercer pto. 3 en atención a las comunicaciones que se realicen entre otros –profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, Asistentes Sociales y personal religioso– donde se autoriza a su intervención según se autorice o establezca reglamentariamente. Ambos supuestos, como tendremos ocasión de comprobar posteriormente –en el lugar oportuno– bien diferentes a efectos de su posible intervención. También, en la *Ley Orgánica Procesal Militar* –LOPM– (en su art. 188 se recoge la posibilidad de intervenir las comunicaciones telefónicas o radiofónicas e incluso la grabación de las actividades del investigado, por parte del Juez Togado, en virtud de resolución en forma de auto motivado, cuando se busque conseguir, en virtud de esta medida, “algún hecho o circunstancia importante en la causa”. Asimismo, el Código Penal –CP– (en sus artículo 197.1, cuando se castiga a quien “... para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento,... intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación...).

Debemos matizar –antes de seguir desarrollando este derecho– que como ya se expuso (HERRERO GIMÉNEZ:2020-115-132), **el supuesto tratado es diferente a la grabación entre particulares**. Esto es, cuando un participante de la conversación graba la misma, –siempre y cuando lo comunicado suponga la voluntad de sus intervinientes o comunicantes y no afecte ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ni a la intimidad [STS 2190/2002, (Sala 2.ª), de 11 de marzo, FJ.º 1.º]–. Se trata de lo que ha venido manifestándose por el TS como el *efecto horizontal*; esto es, no se puede exigir una obligación de discreción o silencio (STS 239/2010, (Sala 2.ª), de 24 de marzo de 2010, FJ.º 3.º).

El secreto de las comunicaciones **supone** una garantía de exclusión de terceros ante la posible injerencia o intromisión de terceros a lo transmitido –comunicado–. En tal sentido, tal y como reconoce la jurisprudencia Constitucional (*ob. Cit.*, STC 114/1984, FJ.º 7.º) el secreto a este respecto y configurado en el concreto art. 18.3 de la CE, **alcanza** tanto “el contenido de la comunicación” como “otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales” inspirada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– (STEDH de 2 de agosto de 1984 *caso Malone contra el Reino Unido*; –acúdase a su análisis y su incidencia en la obra de BARCELONA LLOP:1987–).

El presente derecho “es independiente del contenido de lo comunicado” y debe garantizarse sin perjuicio de que “no se integre en el ámbito de la privacidad” [STC 70/2002, 3 de abril (FJ.º 9.º) y STS 301/2013, (Sala 2.ª), de 18 de abril (FJ.º 3.º)]. Se caracteriza por tanto, por ser “un derecho autónomo del derecho a la intimidad e inseparable de esta” (MEGÍAS QUIRÓS, 2002:551), en tanto que –como explica el autor– se protege no solo la intimidad en las comunicaciones privadas, como la injerencia al resto de la misma por medio de la propia interceptación. Parece ser, como acertadamente apunta REBOLLO DELGADO (2000:363) que el secreto al que hace referencia la CE en su art. 18.3 “es una presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es secreto”.

No podemos culminar este punto sin establecer algunas **diferencias** entre los arts. 18.1 y el 18.3 de la CE. Se ha cuestionado si el derecho al secreto de la comunicación en un derecho instrumental del derecho a la intimidad; o por el contrario, nos encontramos ante un derecho autónomo –en orden a su funcionalidad–. En opinión de RIDAURA MARTÍNEZ (2017:360) “la naturaleza formal del derecho” –al secreto de la comunicación– “que permite proteger el proceso de la comunicación independientemente de su contenido, contribuye a reafirmar el carácter autónomo del derecho”. Asimismo, afirma la autora que su independencia –asimismo– radica en que el secreto de las comunicaciones salvaguarda la “impenetrabilidad por parte de terceros”; mientras que el derecho a la intimidad “opera perfectamente inter partes; deslindándose la protección de quien recibe, por ejemplo, una carta, el 18.3 le garantiza que ningún agente externo la pueda interceptar (en sentido amplio), mientras que la del interlocutor que difunde su contenido, estaría protegida por el artículo 18.1”.

3. COMUNICACIÓN TELEFÓNICA Y COMUNICACIÓN TELEMÁTICA

¿Qué podemos interpretar por comunicaciones? Técnicamente, tal como afirma la Fiscalía General del Estado –FGE– (Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la FGE, *sobre interceptación de las comunicaciones y telemáticas*), debería incluir –habida cuenta de lo establecido en el apdo. 39 del anexo II de la Ley 9/2014, de 9

de mayo, *General de Telecomunicaciones*– “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”. No obstante, y de aquí la cuestión fundamental, el ámbito se circunscribe a dos vías básicas que a continuación se expondrán.

La telefónica, [que fuera de la primera acepción realizada por la RAE como “conjunto de aparatos e hilos conductores con los cuales se transmite a distancia la palabra y toda clase de sonidos por la acción de la electricidad”] al ser algo ambigua y genérica bebería –en su lugar– optarse por su segunda acepción, “aparato para hablar por teléfono”. De ahí su relación con la definición de teléfono celular; esto es, “aparato portátil de un sistema de telefonía móvil”.

En resumidas cuentas, debiéramos aunar la definición formal de aparato (como “conjunto organizado de piezas que cumple una función determinada” y la función de conversar y comunicar con terceros), junto con la definición expuesta de teléfono celular. Esto es, sujeto a un sistema de telefonía móvil. Ahora bien, este tipo de comunicaciones –las telefónicas– podemos hacer el esfuerzo de diferenciarlas respecto a las segundas –las telemáticas–. Veámoslo.

Las comunicaciones telemáticas, por ejemplo, son definidas como “aquellas que emplean la informática para la transmisión de información” (Circular 2/2019, de 6 de marzo). En el actual estado de la tecnología, –tal y como apunta la propia FGE en la mentada Circular– y dada la configuración de los teléfonos actuales que son auténticos ordenadores portátiles, se afirma que “tanto la intervención de un equipo o sistema informático suponen la mediación de comunicaciones telefónicas al utilizarse tecnologías digitales, manejadas por sistemas informáticos, para su transmisión y gestión técnica” (Circular 2/2019). Así las cosas, se ha afirmado (SANCHIS CRESPO, 2017:4) que las comunicaciones telemáticas suponen el género, mientras que las “telefónicas” supone una especie de aquellas siempre y cuando estas se valgan de “hilos conductores”, esto es, siempre y cuando sea telefonía fija.

En atención a los riesgos y novedades de las nuevas tecnologías – especialmente en el entorno de la telefonía móvil actual– acúdase al documento publicado por la AEPD el 13 de mayo titulado “Introducción a las tecnologías 5G y sus riesgos para la privacidad”–; en este documento se expone (entre otros aspectos) la evolución de la telefonía móvil y las novedades de la quinta generación (5G) en materia de comunicaciones móviles.

En atención a lo expuesto, siguiendo el expuesto criterio expresado por la FGE –sin perjuicio de no resultar muy clarificador, habida cuenta del estado de la ciencia– que será telefónica cuando medie un teléfono para emitir el mensaje y telemática al utilizarse un sistema informático.

Por otro lado, la referencia a “datos electrónicos de tráfico o asociados” expresada en el pto. 2 del art. 588 ter b) son aquellos datos generados como producto de “la conducción de la comunicación” mediante una “red de comunicaciones electrónicas”, así como “la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga”.

4. CAPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES

En los supuestos de las comunicaciones, el sonido (y eventualmente la imagen) es captado o grabado (en el supuesto de grabación de las mismas) en virtud de dispositivos habilitados al efecto –tanto imagen, como sonido ambiente–, pudiendo ser micrófonos, videocámaras o cualquier otro medio apto para conseguir dicha finalidad. De tal suerte que, el micrófono ambiental es susceptible de captar de manera lícita conversaciones telefónicas por parte de quien conversa donde se encuentra el micrófono, y de igual forma, que el teléfono pueda recoger – captar– conversaciones ambientales (Circular n.º 3/2019, de 6 de marzo, de la FGE, *sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante utilización de dispositivos electrónicos*).

5. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES

En cambio, en la interceptación de las comunicaciones, el sonido es recogido mediante el teléfono o medio de comunicación telemático intervenido. (Circular n.º 3/2019, de 6 de marzo, de la FGE, *sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante utilización de dispositivos electrónicos*).

6. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES Y OBSERVACIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Se ha afirmado, tal y como explicaba ARAGONESES MARTÍNEZ (2006:378) que existe la convicción de que la “intervención” de las comunicaciones hace referencia a la “captación y grabación” del contenido de las conversaciones. No obstante, cuando se hace referencia a la “observación” de las comunicaciones “no contempla el contenido –tal y como si contempla la interceptación–, esta segunda modalidad alcanza, tan solo, “el destino de la comunicación y la identidad subjetivo del receptor”.

La jurisprudencia, ocupándose de la interpretación sustantiva –no procesal– afirmó [STS 34/1996, (Sala 2.ª), de 11 de marzo, F.J.º 4.º] que “inter-ceptar”, supone “apoderarse del mensaje antes de que llegare a su destino o interrumpir una vía de comunicación”.

III. DESARROLLO LEGISLATIVO Y REENCUENTRO CON LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES ENTORNO A LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN LIMITATIVAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. REFERENCIA ESTRICTA A LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

Con carácter previo debemos decir que, en este apartado no abordaré –por no obedecer al objeto de esta obra y por razones de limitación en su extensión– cuestiones íntimamente relacionadas con el objeto de este trabajo. Por ejemplo, –y sin carácter limitativo– el acceso de las partes a las grabaciones y su posible incidencia en el ámbito de la propia intimidad; ni asimismo, lo referente a los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicio; ni cuestiones relacionadas con el acceso a los datos precisos para la identificación de usuarios, terminales o dispositivos de conectividad; ni tampoco sobre la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y de localización, ni tampoco sobre el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, o registro remoto sobre equipos informáticos.

La regulación pretérita que se ocupaba de la posible injerencia en el ámbito del derecho a la intimidad y en concreto, en lo que afecta a la interceptación de las comunicaciones, ha sido fruto de numerosas modificaciones *al socaire* de promulgación de diversas resoluciones de índole internacional –TEDH– y nacional, que han servido para su consolidación actual en virtud de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*. Véase cómo el Título VIII del Libro II de la LECrim. recibe su *nomen* haciendo expresa mención al derecho a la intimidad (art. 18 CE) expresando *De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución*, siendo expresamente reguladas –entre otras–, y matizándose en estas (por ser el objeto de estudio) la interceptación de las comunicaciones telefónicas a partir del Capítulo IV como *Disposiciones comunes*. Con posterioridad, ya en el Capítulo V, es cuando el legislador se ocupa propiamente de *la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*.

Con carácter general, **¿cuándo se podrá acordar por parte de la auto-ridad competente las comunicaciones telefónicas?** Respecto al ámbito o sustrato factico exigido, se parte de que la investigación tenga por objeto (art. 588 *ter* LECrim.) **esclarecer delitos dolosos cuya pena aparejada con el límite máximo (por lo menos) de tres años de pena privativa de libertad** –como pena en abstracto–; **delitos realizados como parte integrante de un grupo u organización criminal; o se trate de delitos de terrorismo**, (art. 579.1 LECrim.). A ello debe añadirse que, sin perjuicio de ello el instructor deberá tener presente, y por ende **ponderar los principios** [(art. 588 *bis a*) LECrim] de **especialidad** (investigación de un delito concreto, sin carácter prospectivo). Tal y como reconoce la jurisprudencia, los indicios en que se funde la medida-intervención telefónica, no deben ser sospechas, sino “datos objetivos, que por su naturaleza” puedan ser “verificados” ulteriormente –STS 635/2012,

(Sala 2.^a), de 17 de julio, F.J.º 5.º, debiendo ser objetivos en un doble sentido: **(i)** “accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, **(ii)**... han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona”–; **de idoneidad** (tanto el ámbito objetivo como subjetivo, como la duración de la medida), **de excepcionalidad y necesidad** (inexistencia de otras vías de investigación menos lesivas para el objeto de investigación), **y de proporcionalidad** (realización de un juicio de ponderación por el entre la injerencia en la intimidad del investigado y el interés que reporta o proporciona al interés público).

Debemos resaltar que, esta medida limitativa al derecho a la intimidad, y en concreto por exigencia del criterio expuesto de proporcionalidad, **no se considera apta en la investigación de delitos leves**, aunque el ámbito en el que se quiera instaurar sea en el marco de una organización o grupo criminal –art. 579.1 LECrim.– (criterio mantenido tanto por las Circulares de la FGE –n.º 2/2019 y n.º 1/2013–, como por la jurisprudencia del TC (STC 142/2012, de 2 de julio, F.J.º 2.º). Téngase en cuenta que, tal y como reconoce dicho Tribunal, “si bien, de conformidad con el art. 18.3 CE, la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en el art. 18.1 CE esa misma garantía de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente se ha admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad”.

¿Quiénes pueden solicitar dicha medida? Será solicitada al órgano instructor –Juez– por parte del Ministerio Fiscal o por parte de la Policía judicial (art. 588 *bis* LECrim.). Obsérvese que se expresa en su pto. 1 que el legislador expresa que, “El juez podrá acordar las medidas... de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial”, por lo que es posible *ex officio* o a instancia de parte. Es por tanto el Juez quien se encuentra legitimado para acordar dicha medida–. A ello debe establecerse una **excepción** [art. 588 *ter d*) LECrim.]. En **supuestos de urgencia**, siempre que se esté investigando delitos de terrorismo o relacionados con bandas organizadas, y dichas investigaciones sean imprescindibles, se legitima su orden 1.º) al Ministro del Interior, o 2.º) al Secretario de Estado de Seguridad. No obstante, es preceptivo su comunicación inmediata al juez competente en el improrrogable plazo máximo de veinticuatro horas, expresándose (i) la justificación de su adopción; (ii) la actuación concreta realizada; (iii) la forma en que se efectuó; (iv) y el resultado obtenido. Ulteriormente, a tenor de dicha información, el juez competente, motivadamente, revocará o confirmará la medida adoptada en un plazo, nuevamente improrrogable máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

¿Qué contenido mínimo se exige en la solicitud de autorización motivadora de la injerencia en el derecho fundamental? [Art. 588 *bis b*) más lo expresado en el art. 588 *ter d*)]. **(I)** Debe identificarse el **hecho** susceptible de averiguación criminal, así como la **identidad** –autor/es, participación...– de quien/s se esté investigando, en tanto se conozcan. En tal sentido, se deberán **incluir** los siguientes **datos**: la identificación de: (i) número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica; (ii) de la conexión objeto de la intervención; o (iii) de los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate. **(II)** La solicitud debe contener una **descripción de los fundamentos** que facultan al instructor la injerencia en el derecho a la intimidad –estos son, los principios expuestos anterior-mente, art. 588 *bis a*); recordemos, el de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida–, a la par que “los indicios de criminalidad” que se hayan evidenciado para su solicitud; **(III)** aquellos **datos** precisos que **identifiquen al investigado y las vías o medios** que se quieran utilizar como instrumento para intervenir la intimidad; **(IV)** la **extensión** de su contenido. Para su establecimiento, la autorización podrá poseer cualesquiera de los siguientes **supuestos**: (i) el registro y la grabación del contenido de la comunicación, con expresión del tipo de comunicación que afecta; (ii) el conocimiento, cuando se produzca la comunicación, tanto de su origen, como de su destino; (iii) la localización geográfica del origen o destino de la comunicación; (iv) el conocimiento de cualesquiera otros datos de tráfico asociados o no asociados pero que “aporten valor añadido a la comunicación”. **(V)** La unidad de la **Policía Judicial encargada** de investigar; **(VI)** la manera de **ejecución** de la medida adoptar; **(VII)** la **duración** de la medida solicitada –no superior al objeto de investigación, siendo susceptible de prórroga [art. 588 *bis e*), más lo establecido en el art. 588 *ter h*)] en caso de carencia de información en dicho período, y ello en virtud de resolución en forma de auto debidamente justificada–. **La solicitud de prórroga** puede ser solicitada por el Ministerio Público o por la Policía Judicial, debiéndose justificar en virtud de un informe detallado que incluya el

resultado de la medida, las razones que motivan su novación. Debe añadirse que, en caso de dicha prórroga, la Policía Judicial deberá facilitar al Juez la transcripción de los pasajes de las conversaciones intervenidas donde aparezca información de relevancia y suficiencia del mantenimiento de dicha medida. Es competencia del Juez competente, en los dos días ulteriores a su solicitud, resolver –si es que no precisa información adicional al respecto– acerca de la finalización de la medida primigenia acordada, o sobre la autorización de su prórroga. El juez podrá, para conformar su decisión, requerir de quien solicite su prórroga información adicional, hasta el punto de solicitar el contenido íntegro de dichas conversaciones. **(VIII) La persona –sujeto obligado– que adoptará la medida** –si es cognoscible–.

¿Qué contenido mínimo se exige en la resolución en forma de auto que acuerde la restricción del derecho a la intimidad? [Art. 588 *bis c*]. **(I)** El “hecho punible” o **hechos jurídico penalmente relevantes** que se quiere investigar y su “calificación jurídica”, expresándose los “indicios racionales en los que funde la medida”; **(II)** los **elementos de identificación** precisos del/los investigado/s, o cualesquiera otros posibles autores o partícipes que puedan ser sujetos de intervención; **(III)** la **duración-límites de su contenido**, explicitándose su **extensión y justificación** en orden a respetar los principios del art. 588 *bis a*); estos son: el de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida; **(IV)** la concreta unidad de la **Policía Judicial que investigará** en virtud de dicha medida; **(V)** la **duración** de la medida; **(VI)** La **modalidad y periodos** en los que, por parte del solicitante, se procederá a informar al juez sobre los resultados obtenidos por la medida; **(VII)** la **finalidad** que se busca con dicha la medida; **(VIII)** en su caso, **quién** procederá a realizar el acto de intervención.

¿Sobre qué elementos o ámbito material recae la medida? [Art. 588 *ter b*)].

La injerencia versa sobre los medios de comunicación que utilice el investigado –cualquier medio de comunicación– o incluso los de un tercero. En el caso de un tercero, puede autorizarse siempre que “colabore” o “se beneficie” en la finalidad delictiva con el sujeto activo del delito [(art. 588 *ter c*)]. O, por ejemplo, la víctima– cuando se espere un grave riesgo para el sujeto pasivo del delito [(art. 588 *ter b*)].

¿Cuál es su alcance? [(Art. 588 *ter b*)]. Abarca **(I)** el **contenido** de las comunicaciones, **(II)** aquellos “**datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación**”. Asimismo, **(III)** comprende toda la extensión horizontal; esto es, **cualquier acto de comunicación** en la que inter-vinga en calidad de receptor o de emisor.

IV. EL SECRETO, EL SECRETO PROFESIONAL Y EL SECRETO EN EL DERECHO DE DEFENSA

Una vez abordados los conceptos y el concreto modelo procedimental de injerencia al ámbito de la intimidad, resta adentrarnos en el campo jurídico propio del secreto –con carácter general– y el secreto profesional –como especie del género secreto.

Según la RAE, secreto, proveniente del latín *secretum* –de entre sus doce acepciones– de las que exponemos las ocho primeras:

(i) “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”;

(ii) “reserva, sigilo”;

(iii) “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”;

(iv) “misterio (cosa que no se puede comprender);

(v) “misterio (negocio muy reservado)”;

(vi) “escondrijo que suelen tener algunos muebles para guardar papeles, dinero u otras cosas”;

(vii) “en algunas cerraduras, mecanismo oculto, cuyo manejo es preciso conocer de antemano para poder

abrir las;

(viii) “despacho de las causas de fe, en las cuales entendía secretamente el antiguo tribunal eclesiástico de la Inquisición”.

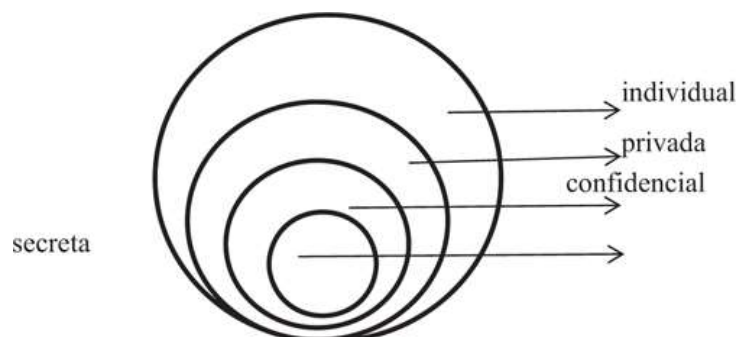
De todas las definiciones ofrecidas nos podemos percatar de que su denominador común es la característica de **ajenidad**; esto es, la exclusión o elemento negativo de conocimiento o acceso a terceros y propio de lo íntimo. Esto nos lleva a la diferenciación entre lo que significa lo “privado”, lo “íntimo” y lo “secreto”.

– **Privado**: viene a relacionarse con el secreto en orden a diferenciarse con un ámbito o conocimiento, no teniendo por qué ser individual y plano horizontal (RUIZ MIGUEL 1995:27-28, también en RUIZ MIGUEL (1994:238-241).

– **Íntimo**: (RUIZ MIGUEL 1995:27-28) aquello peculiar, “individuo en cuanto vuelto hacia su fuero interno”, se encuadra más en un plano vertical.

Así las cosas, se afirma (RUIZ MIGUEL 1995:27-28) que puede establecerse una **diferencia entre intimidad y privacidad**, un ámbito más restrictivo (intimidad, “dimensiones propiamente individuales”) y otro más amplio (privacidad, que abarca la propia intimidad). No obstante, postura mantenida por diversos autores (RUIZ MIGUEL:1995) y por el propio TC (ATC 221/1990, de 31 de mayo, F.J.º 3.º) la intimidad comprende lo privado, por cuanto interpreta este Tribunal que la intimidad protege la injerencia de terceros tanto en la vida privada personal como en la familiar. El secreto, como tal, o en un sentido propio “protege la libertad individual”, mientras que dentro de dicha libertad se encuentra la privacidad (CERVINI:2006-58).

En orden a **contextualizar el ámbito del secreto**, y con el fin de concretar el derecho a la intimidad debemos acudir a la conocida *teoría de las esferas formulada* en Alemania por HUBMANN (1957). Al respecto numerosos autores han acudido a la misma para dar respuesta a las diversas representaciones de la personalidad y su gradación entre lo “íntimo y lo público” (CERVINI:2006, 685-702 y CERVINI y ADRIASOLA:2102, 45-70). Al respecto –explica CERVINI– que dichas gradaciones (de mayor a menor) se ordenan en esferas en función de la protección o defensa que se le dispense; esto es, cuando menor sea su tamaño mayor será su protección. Afirma asimismo que todas las esferas se comunican; el primer grado –esfera amplia– lo compone la denominada “individual” que abarca la “protección del individuo en la sociedad –el honor, afirma por ejemplo–. El segundo grado –esfera menor– lo compone la denominada como “privada” que se ocupa de proteger “al individuo ante la sociedad” –la propia imagen, afirma por ejemplo–. En tercer lugar, nos encontramos con una esfera aún más pequeña, denominada “confidencial o de confianza” –afirma que, trata aquellos hechos comunicados a determinadas personas en orden a la confianza que se ostente con ellos, y llegando a poderse diferenciar de la compartida con los propios familiares–. Y por último, se encuentra una tercera esfera, más delimitada aun que la anterior, la “secreta” que cuyo único conocedor es “afirma, el titular del mismo o confidente necesario del secreto”.



* Cuadro de autoría propia. Elaborado a partir de los estudios realizados por CERVINI

Así las cosas, frente **al secreto y su expresión**, nos encontramos con la obligación de sigilo o reserva –el secreto profesional–, derecho que desarrollaremos en este mismo apartado.

En este momento, debemos –aunque sea de forma sintética– abordar el **ámbito del estudio de su concepto por parte de la doctrina científica**. Entre otros autores, SEGRELLES (1994) ha estudiado el concepto de secreto. El autor –entre muchas otras cosas de interés– precisa que debe dilucidarse –previamente– dos cuestiones básicas. (I) **¿qué es lo que se oculta?** y (II) **¿cuál es su fundamento?** En cuanto a la **primera cuestión**, la doctrina científica no es unánime. Algunos afirman que el objeto de ocultamiento es un objeto o un hecho. Se afirma que interpretarlo como un hecho parte de un erróneo o defectuoso uso del lenguaje al emplearse el término “secreto como adjetivo y no como sustantivo. (SEGRELLES:1994, 3-4). Por otro lado, otros autores interpretan que el secreto –en cambio– es el conocimiento sobre algo con vocación de permanencia ajena frente a terceros. Esta postura “el carácter oculto... es requisito esencial del secreto”, por ejemplo, es la mantenida por SEGRELLES (1994:6); también en (ALAMILLO:1950, 83 y ss.).

En cuanto a la **segunda pregunta**; esto es, lo que hace que sea secreto, podemos encontrar dos posiciones. La primera, denominada “concepción subjetiva o voluntarista”, es secreto aquello que el sujeto quiere que lo sea. Y la segunda, denominada “objetiva, o de interés”. ¿Qué quiere decir? Significa que no tiene nada que ver con la voluntad de del sujeto, sino con “el interés relevante de que un conocimiento determinado permanezca oculto (SEGRELLES:1994, 9). Al respecto, puede partirse de la teoría que combina a ambas. Ahora bien, debemos exigir un “interés” “objetivo” que sea relevante para el Derecho (nuevamente, SEGRELLES:1994, 12).

Expuesto lo anterior, la estructura del secreto posee la siguiente forma (SEGRELLES:1994, 15 y SEGRELLES:1997, 418-419 y SEGRELLES:2000, 269-271).

OBJETO ⇨	CONOCIMIENTO	SUJETOS
Hechos Objetos Ideas Productos Procedimientos	Noción: datos e información sobre el objeto.	Es plural – Quien posee el conocimiento: sujeto activo – Quien carezca del conocimiento: sujeto pasivo-el colectivo–.
	Ciencia Sabiduría: Depende del objeto.	Sujetos activos: <u>Sujeto titular:</u> quien determina si el conocimiento debe estar o no oculto y cómo debe hacerse. <u>Sujeto depositario:</u> quien tiene acceso legítimo al conocimiento, pero no decide sobre el mismo <u>Persona física Persona jurídica. (privada o pública) Sujeto individual Sujeto plural</u>
	<i>Requisitos</i>	<i>Clases</i>
	Oculto	Absolutos
	-No debe ser divulgado -Ajeno a terceros excluidos a su conocimiento	Desconocimiento por todos
	Elemento subjetivo	Intermedios
	Impera la voluntad de que sea oculta, si se quiere, será secreto	No existe sujeto pasivo
	Elemento objetivo	Relativos
	Lo oculto debe poseer idoneidad para ello	Poseen sujeto activo y sujeto pasivo

* Cuadro autoría propia elaborado a partir de los estudios realizados por SEGRELLES (tan sólo exponemos la teoría a grandes rasgos)

Finalmente, es importante determinar cuándo un secreto es legal y cuándo es ilegal, pues puede ocurrir que un secreto con objeto ilegal sea, sin embargo, un secreto legal, por sorprendente que pueda parecer. De esta cuestión se ha ocupado extensamente SEGRELLES (1997:415 y ss.) y SEGRELLES (2020:359 y ss.) que, no obstante, no podemos exponer aquí; pero la idea básica es que (partiendo de la diferencia que realiza el autor, en lo que al secreto se refiere, entre el plano del deber ser y el plano del ser), hay que hacer un juicio de juridicidad

sobre el secreto, que se compone de dos pasos sucesivos, en cada uno de los cuales se analiza un binomio de bienes jurídicos que entran en conflicto. Con este método se llega con precisión y seguridad a una conclusión segura sobre si cualquier tipo de secreto es legal o ilegal.

Por otro lado, partiendo del **concepto elaborado por la jurisprudencia** (Sala de lo Penal del TS) se ha venido afirmando –como primera aproximación– la indivisibilidad del secreto respecto de la intimidad –STS 666/2006, (Sala 2.ª), de 19 de junio, F.J.º 4.º–. Se ha mantenido que la intimidad [STS 412/2020, (Sala 2.ª), de 20 de junio, F.J.º 2.º]– es “un concepto psicológico que remite a ese “mundo propio” en el que cada quien desarrolla su “vida interior”... un reducto que está más allá de la privacidad y que conecta con los estratos más profundos de la personalidad, de la que es primera manifestación..., lo íntimo estará siempre integrado por o tendrá que ver con el conjunto de vivencias, experiencias o rasgos caracteriales exclusivos que el individuo, como regla, aspira a mantener bajo reserva y para sí, al tratarse de datos que le comprometen de manera intensa, porque son de los que le hacen ser, precisamente, el que es como persona...”. Asimismo, se ha afirmado [STS 534/2011, (Sala 2.ª), de 10 de junio, en el *Recurso del Ministerio Fiscal*] que “... la intimidad es,... un derecho fundamental, que goza de la protección del art. 18 de la Constitución. En este figura asimismo el secreto como derecho igualmente fundamental,... intimidad es un concepto, ético-psíquico y, por eso, cabe decir, material o sustantivo; mientras el de secreto es un artificio jurídico-formal, puesto constitucionalmente al servicio de una diversidad de bienes jurídicos, y aquí, concretamente, de la primera, para tratar de preservarla o asegurarla cuando, por salir de su espacio original y entrar en el de la comunicación, resulta más vulnerable y debe ser más intensamente protegida...”.

Ahora bien, no podemos dejar pasar por alto diferentes ámbitos que han sido estudiados donde el secreto presenta especial importancia para culminar con **el secreto profesional en el derecho de defensa**. Véase al respecto, por ejemplo, el secreto periodístico, **el secreto de empresa** (tanto mercantil, como penal), el referente al **secreto bancario**, y el **secreto médico**. Aunque sea –por falta de espacio y por no resultar objeto de este trabajo– a “vuela pluma” se tratarán las tres últimas modalidades; ahora bien, se prescindirán de referencias legislativas, expresión de sus autorizaciones en el ámbito de su injerencia y desarrollos profusos. Tan solo se abordará lo referente a lo atinente a la intimidad y el secreto.

(I) Comencemos por el secreto de empresa, y en concreto en el referente al **ámbito mercantil**. Al respecto debemos hacer mención a la Ley 1/2019, de 20 de febrero, *de Secretos Empresariales*. En dicha Ley se interpreta secreto empresarial como “cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero”, siempre que posea determinados requisitos. Podos diferenciarlos en los siguientes elementos; (i) el primero *subjetivo*; esto es, “ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; y “haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto”. Y, otro (ii), “tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto”. Véase cómo en primer lugar, se requiere que el “conocimiento”, “tratamiento” y/o desarrollo del tema venga siendo “reservado” y además que se hayan adoptado cautelas idóneas –por parte del titular– para su reserva (ser coherente con el deseo de su reserva). Estos dos elementos, englobados en el ámbito subjetivo podríamos denominarlo subjetivo-idóneo.

Y por otro, el puramente *objetivo-fáctico*; es decir, que suponga un conocimiento objetivo –*know how*– y por ende, de trascendencia o con potencialidad de suponer una diferencia en el mercado y de trascendencia económica a la entidad.

Continuamos (I) por el **ámbito penal del secreto empresarial**. El legislador, en el art. 279 CP, recoge el delito de difusión, revelación o cesión de secretos de empresa por el obligado a guardar reserva (desarrollado en HERRERO GIMÉNEZ:2017). Los Tribunales viene interpretando que el secreto de empresa, [STAP de Vizcaya, (Sección 6.ª), 821/2011 de 4 noviembre, F.J.º 2.º] es su elemento nuclear. Ahora bien, en ninguna parte del CP se expresa qué debe interpretarse por tal. En tal sentido, ha venido interpretándose que se trata de “**un concepto lábil, dinámico, no constreñible en un “*numerus clausus*”**[STAP de Barcelona (Sección 5.ª), 262/2016, de 5 abril, F.J.º 1.º]; de tal suerte que en la práctica viene interpretándose como aquellos **secretos propios o inherentes de la propia actividad de la empresa que si fueran descubiertos por la competencia** –y

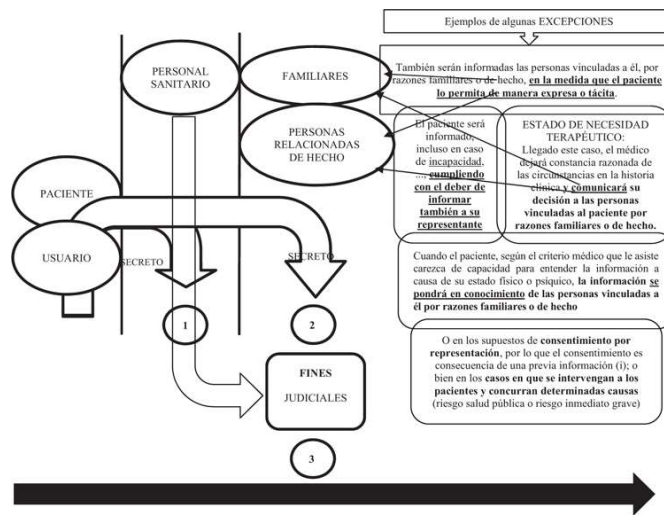
evidentemente sin el consentimiento de su titular– afectarían a su capacidad competitiva [STS 285/2008, (Sala 2.ª), de 12 de mayo, FJ.º 1.º] –. **La base o fundamento de su reserva radica en la lealtad** –regulación legal o contractual– **de los trabajadores o colaboradores de la empresa titular del conocimiento, viniéndose relacionando el bien jurídico protegido con la competencia leal** [AAP de Granada, (Sección 2.ª), 43/2017, de 23 enero, FJ.º 3.º; STAP de Córdoba (Sección 3.ª), 532/2014, de 12 diciembre, FJ.º 4.º]. Las **características de secreto** pueden agruparse en las siguientes notas: **confidencialidad** (pues se quiere mantener bajo reserva): AAP Granada, (Sección 2.ª), 43/2017, de 23 enero, FJ.º 3.º. **Exclusividad** (en cuanto propio de una empresa): STAP Córdoba (Sección 3.ª), 532/2014, de 12 diciembre, FFJJ.º 3.º y 4.º. **Valor económico** (ventaja o rentabilidad económica): STAP Madrid (Sección 2.ª), 329/2015, de 27 abril, FJ.º 4.º. Y **licitud** (la actividad ha de ser legal para su protección): STAP Toledo (Sección 1.ª), 93/2015, de 30 julio, FFJJ.º 1.º y 2.º.

(II) En cuanto al **secreto bancario**, tal y como afirman CERVINI y ADRIASOLA (2012:4 y 31-34), es una **especie del derecho a la privacidad** y garantiza que **su titular pueda exigir el derecho al sigilo y custodia de su información privada** “confidentes necesarios” habida cuenta de sus obligaciones legales o contractuales; (acúdase a estos autores para comprender las distintas teorías diferenciadoras en torno al secreto bancario y el secreto profesional – “del banquero” –. Según estos autores, el fundamento dogmático del estatuto del secreto bancario descansa “en el derecho de la personalidad como reconocimiento de un general derecho de cada uno a la intimidad”). Dicha figura del “confidente necesario” será también tratada cuando abordemos el derecho de defensa.

Por otro lado, es interesante acudir al desarrollo realizado por JIMÉNEZ DE PARGA (1969:379-412) cuando desarrolla –entre otras cuestiones– la **naturaleza jurídica del secreto bancario**. En primer lugar (I) lo configura como un **deber moral** –al no poder revelar los secretos de dicha índole habida cuenta de la intimidad del cliente y de la reputación del ente–. En segundo lugar (II), como **deber jurídico**, en tanto que “la abstención o comisión de un acto contrario acarrea una sanción civil o penal”. Y en tercer y último lugar (III) el secreto bancario es una **obligación jurídica** en tanto que el Banco se encuentra sometido al sigilo de cuanto conozca respecto al tratamiento u operaciones que conciernan al cliente en atención a su situación patrimonial.

(III) En otro ámbito, –el referente al Derecho de la Salud–, el **secreto médico** viene reconocido como bien es sabido, al igual que en otros sectores del ordenamiento, en legislaciones de índole sectorial e incluso en el ámbito deontológico. DEL TORO (1961:48) lo **define** como “cualquier hecho o valor, en sí o condicionado, que el médico conozca o compruebe desde el comienzo de su relación profesional con el enfermo, con su problema o con su circunstancia”. Desarrollando esta cuestión, el autor expone las diferentes **formas de sigilo**. Más allá de que la comunicación –la información– se realizará a las personas relacionadas con el paciente (por razones familiares o de hecho) en la medida en que el paciente lo permita de manera tácita o expresa –cuestión que la propia normativa sectorial aborda –por ejemplo, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* –LAU– (art. 5.1) –, el autor expone las siguientes vías. (I) Por conversación; (II) por comprensión; y (III) por observación.

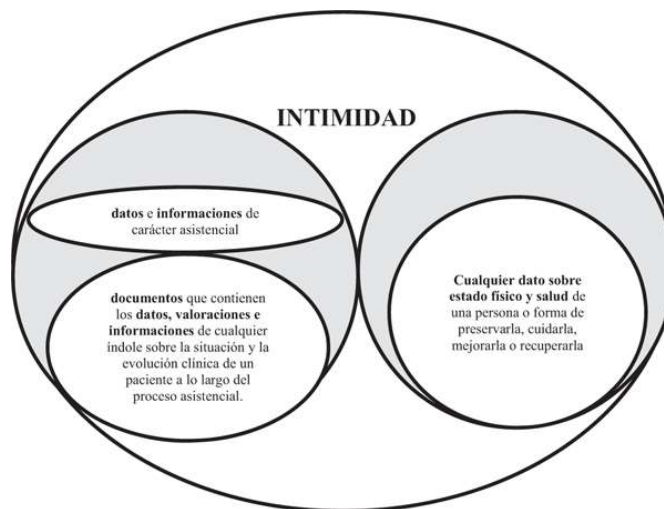
Por otro lado, el **ámbito del secreto y las vías o habilitaciones** que facultan la difusión del secreto en este ámbito son las siguientes:



*Cuadro de autoría propia a partir de la redacción de la LAP.

En este caso, el secreto se configura como la concreta información, la “información asistencial” que ocupa o abarca todo el ámbito preciso para comprender su atención sanitaria.

A partir de la lectura de la LAP –en concreto, las definiciones, art. 3– encontramos las referentes a *documentación clínica, historia clínica e información clínica*.



*Cuadro de autoría propia a partir de la redacción de la LAP.

Al ser el paciente-usuario el titular del derecho a la información, será este quien decida –con carácter general, esto es salvo excepciones previstas legalmente– a quien o a quienes informar; en este sentido, dar a conocer su ámbito de intimidad.

El presente esquema expuesto muestra los diferentes niveles (3) donde la información-secreto transita. Como puede comprobarse, el primero (1.º) se extiende a razón de la naturaleza necesaria entre ambos sujetos. Es decir, como paciente requiere ser asistido sanitariamente o ser sometido a los cuidados preciosos para la recuperación o mantenimiento de su salud. Y como usuario, para utilizar los diferentes servicios sanitarios (educativos, de promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria).

¿Quiénes se encuentran facultados a conocer dicha información? Primer nivel, el personal sanitario (médicos, enfermeros, personal administrativo, estudiantes en prácticas). Estos están autorizados para conocer dicha información siempre y cuando se encuentren en el ejercicio u ocasión de sus funciones con-para el paciente. Véase al respecto –para completar su comprensión y alcance– el pto. 16 de la LAU referente a los usos de la historia clínica. Como **segundo nivel (2.º)**, el de los *familiares o personas relacionadas de hecho* con el

paciente. El art. 5 de la LAP regula este aspecto –no obstante, debemos completarlo con lo expresado en el art. 9 del mismo cuerpo legal, referente a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación–. Por un lado, será el propio titular del derecho a la información –y por lo tanto del secreto, el paciente– quien puede informar o revelar su información. Y en este mismo sentido, hacerlo respecto al personal sanitario para que, a su vez, sea este quien informe a estas personas (familiares o personas relacionadas de hecho con él) que escoja a revelar su intimidad de índole sanitaria.

Como puede evidenciarse del esquema expuesto, el personal sanitario tan solo podrá comunicar dicha información “en la medida en que –el paciente– lo permita de forma expresa o tácita” (art. 5.1 LAP). Esto quiere decir, por ejemplo, que el paciente acuda a una la consulta médica con su amigo o familiar –esto sería permiso tácito–. O, por otro lado, que el paciente avise-informe expresamente al personal sanitario de tal autorización. Por ejemplo, en una intervención quirúrgica ambulatoria, exprese que se informe a su hermana cuando termine su intervención. En este segundo nivel, (art. 5.2, 3 y 4) nos encontramos con diversas situaciones donde se informa a la familia o personas relacionadas de hecho con el paciente y que sin embargo no lo “permite el paciente” en virtud de dicha forma o modelo establecido. Por ejemplo, (i) cuando el paciente no comprenda –por no poseer capacidad natural o momentánea para hacerlo– la información que le transmita el médico; aquí el legislador, en virtud de la fórmula-expresión “se pondrá”– exhorta al profesional a que comunique dicha información a “las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. Asimismo (ii) el médico, cuando el paciente presente alguna discapacidad “deberá informar al representante legal”. Por otro lado, (iii) cuando el médico observe que informando al paciente de su propia situación puede perjudicarle gravemente –es el supuesto de estado de necesidad terapéutico– el legislador resuelve –nuevamente exhortando al profesional– que aquél –el médico– “comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”; esto es, el médico tratará al paciente sin informarle, informando en su lugar a dichas terceras personas. Otro supuesto (iv) lo encontramos [art. 9.2 a) LAP] cuando exista riesgo para la salud pública o concurra riesgo grave inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo [art. 9.2 a) y b) LAP]. En estos supuestos se informará a sus familiares o personas vinculadas de hecho con el mismo –si se puede–, si las circunstancias lo permiten.

En los casos de consentimiento por representación [(art. 9.3 a), b) y c) LAU] encontramos también supuestos donde la información –intimidad– debe ser compartida con terceros, con la finalidad de realizar las operaciones precisas en el proceso asistencial del paciente: (i) incapacidad del paciente de tomar decisiones; (ii) paciente con capacidad modificada judicialmente; o (iii) cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual o emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

Y por último, el **tercer nivel**. La información deberá comunicarse a la autoridad judicial en determinados casos: (i) en lo referente al consentimiento informado y consentimiento por representación: [art. 9.2 a) LAP] ante la existencia de riesgos para la salud pública a casusa de razones sanitarias, tras adoptarse las medidas necesarias (en virtud de la LO 3/1986, de 14 de abril, *de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*), cuando se interne a una persona se comunicará a las autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas”; (ii) asimismo, (art. 9.6 LAP) en los supuestos de consentimiento por representación, cuando la decisión tomada por los representantes sea contraria “al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”. En tal caso, deberán comunicarse a la autoridad judicial; (iii) y otro supuesto es el acceso a la historia clínica del paciente con fines judiciales (art. 16.3 LAP).

(IV) Una vez contextualizado el ámbito referente a la intimidad y el secreto, debemos adentrarnos en la concreta manifestación del **secreto profesional** del investigado-encausado-denunciado– procesado, propio en el **derecho a la defensa** y consagrado en el art. 24.2 de la CE en aras a exponer los límites y la extensión del derecho a la intervención de la intimidad entre el abogado y el cliente, y especialmente en centros penitenciarios.

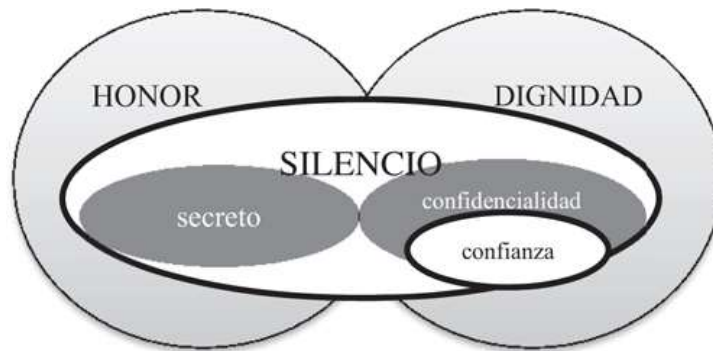
Quebrantar este derecho por quien tiene especial obligación al sigilo-secreto puede conllevar, no sólo una responsabilidad disciplinaria, sino también civil y penal.

El presente derecho al secreto viene reconocido en un amplio espectro normativo. En primer lugar, en la CE –art. 24.2–; ahora bien, lo expone de forma genérica sin especificarse o referirse a la Abogacía. Pero debemos tener presente que, junto a este derecho y en el propio precepto se reconocen otros que se encuentran íntimamente relacionados con el mismo. Véase el derecho a un proceso con todas las garantías, al derecho a la igualdad de

armas, a la presunción de inocencia; o el derecho a la tutela judicial efectiva (en su primer punto).

Con el derecho fundamental expuesto y en relación con el art. 18 CE –derecho a la intimidad–, nos encontramos otros preceptos que defienden la función del secreto profesional en el ámbito de la defensa en el proceso penal. Véase, –en este concreto ámbito al que nos referimos– el art. 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ, cuando reconoce y ampara el secreto de los abogados ante la actuación profesional que desarrollen. También el art. 497 letra f), que obliga a los funcionarios de la Administración de Justicia a mantener sigilo –entre otras cuestiones– sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de sus cargos y funciones. Asimismo, la LECrim. en su artículo 416.2 dispensa al letrado a declarar acerca de los hechos conocidos en su calidad como profesional. Y en el ámbito deontológico, véase el Código Deontológico de la Abogacía –CDA–, en su actual artículo 5, y en el Estatuto General de la Abogacía Española –EGAE–, en su artículo 32 que apunta en el sentido que la LECrim. y la LOPJ, también en el punto 2.3 del Código Deontológico de los Abogados Europeos –CDAE–.

El CDA en su Preámbulo (2019-11 y 12) expresa –entre otras obligaciones de esta índole– que, se debe guardar silencio de cuanto se conociere por razón de su profesión, añadiéndose que en caso contrario afectaría “al honor y dignidad de toda la profesión con su actuación individual”. El secreto, junto a la confidencialidad –expone asimismo el Preámbulo– es reconocido como un derecho y un deber que supone una expresión de los Derechos Fundamentales –DDFF– que se reconocen a los clientes del abogado y a su defensa como manifestación de “un mecanismo esencial del Estado de Derecho” (2019-12). Este derecho viene reconocido expresamente en el art. 5 del CDA. Por su parte, se afirma en el Código Deontológico Europeo que, “sin la garantía de la confidencialidad, no puede existir confianza” (punto 2.3.1).



* Cuadro de autoría propia. Configuración del secreto y estructura organizativa: idea obtenida a partir del concepto expuesto del CDA.

Estructura de la relación abogado-cliente: COMO OBLIGACIÓN DE SECRETO:



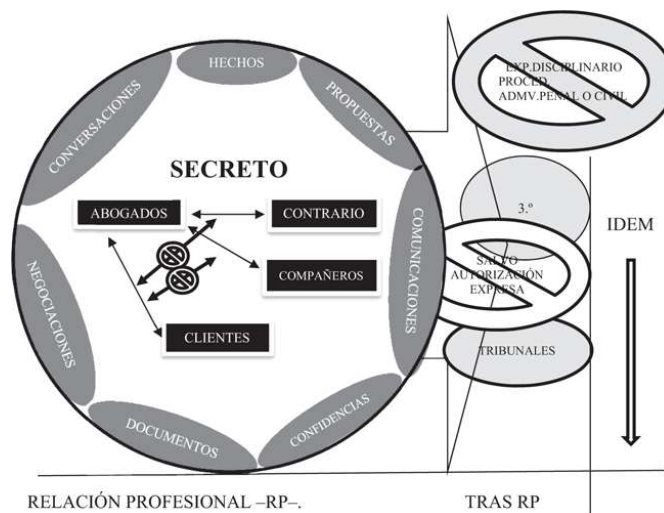
* Cuadro de autoría propia. Configuración del secreto y estructura organizativa: idea obtenida a partir del concepto expuesto en el CDA.

Estructura de la relación abogado-cliente: COMO DERECHO AL SECRETO:



* Cuadro de autoría propia. Configuración del secreto y estructura organizativa: idea obtenida a partir del concepto expuesto en el CDA.

CONTENIDO del SECRETO PROFESIONAL:



* Cuadro de autoría propia. Configuración del secreto y estructura organizativa: idea obtenida a partir del concepto expuesto en el CDA.

En el ámbito punitivo, nuestro Código Penal –CP– recoge el delito de revelación de secretos –concreta figura del art. 199 CP– sancionando, tanto a la persona que revele los secretos ajenos conocidos en virtud de su oficio o relaciones laborales (art. 199.1); como al profesional que incumpliendo su obligación de sigilo o reserva divulgue secretos de otra persona (art. 199.2). La jurisprudencia penal [SSTS (Sala Penal) 809/2017, de 11 de diciembre, FJ.º 4; 244/2009, de 6 de marzo, FJ.º 5.º; 574/2001, de 4 de abril, FJ.º 3.º y ATS 417/2002, de 18 de febrero, FJ.º 2.º] expresa que, **debe interpretarse por secreto** “... lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine”. En tal sentido, matiza la resolución que, con el fin de diferenciar el comportamiento típico de la simple indiscreción es preciso que, “lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender”. En tal sentido, el secreto debe circunscribirse “a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica,... un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario – según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana”.

La jurisprudencia ha venido interpretando su concreto contenido y alcance (STS *ob. Cit.* 809/2017, FJ.º 3.º).

¿Qué comportamientos integran la conducta típica? Divulgar los secretos de otra persona, de un tercero;

esto es “difundir, extender, la información reservada que se conoce” (STS *ob. Cit.* 809/2017, FJ.º 3.º). **¿Cuál es su fundamento?** “la obligada introducción de otra persona en el ámbito de la intimidad personal o familiar propia, que debe hacer quien quiera recibir determinados servicios” y por otro lado. coexiste la obligación de sigilo de quien presta el servicio y precisa dicha información para desarrollar su función-oficio. El profesional de estas actividades es el que se ha llamado “confidente necesario”, en tanto que dicha persona no “decide espontáneamente hacer saber de determinados conocimientos, sino que tal decisión viene obligada por la naturaleza del servicio que se les requiere” (STS *ob. Cit.* 809/2017, FJ.º 3.º y ATS 9330/2008, de 14 de octubre, FJ.º 4.º). El TC (ATC 600/1989, de 11 de diciembre, FJ.º 2.º) ha mantenido, que el secreto profesional “... justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas...”. **¿Quién se considera profesional?** Aquella persona que “presta un servicio cuyo desempeño va unido al conocimiento de una información necesaria para el cumplimiento de su función y que queda legalmente obligado a no revelar” (STS *ob. Cit.* 809/2017, FJ.º 3.º). **¿Qué supone el sigilo del secreto?** Es “parte necesaria del núcleo central de los servicios propios de la profesión que ejerce. Esto es lo que les convierte en “confidentes necesarios”, quedando al margen de la protección penal “la simple infracción de deberes éticos profesionales o deontológicos sin respaldo jurídico obligatorio” (STS *ob. Cit.* 809/2017, FJ.º 3.º), siendo preciso que el secreto se conozca en virtud de la relación profesional (ATS 9330/2008, de 14 de octubre, FJ.º 4.º).

V. LÍMITES Y EXTENSIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ORALES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE EN PRISIÓN Y EL DERECHO DE DEFENSA

Como es sabido, la jurisprudencia [STS 491/2019, (Sala 2.ª), de 16 de octubre, FD.º 3.º]] haciéndose eco de resoluciones pretéritas [(STS 499/2014, (Sala 2.ª), de 17 de junio, FJ.º 1.º; STS 425/2014, (Sala 2.ª), de 28 de mayo, FJ.º 1.º; STS 285/2014, (Sala 2.ª) de 8 de abril, FJ.º 1.º; y STS 209/2014, (Sala 2.ª) de 20 de marzo, FJ.º 1.º)] mantiene que el secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental reconocido – como hemos expuesto *ex ante*– en el art. 18.3 de la CE, y el cual no posee un carácter absoluto, en tanto queda sujeto a limitaciones y restricciones recogidas *ex lege*, y máxime cuando nos encontramos ante una agravación en su injerencia en virtud del ámbito en el que opera –derecho de defensa (art. 24.2 CE)–.

Tal y como reconoce el artículo 51 de la LOGP, y respecto a lo que afecta a los internos, éstos se encuentran autorizados para comunicarse periódicamente –cualquiera que sea su forma– con sus familiares, amigos, representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria –medida que se garantizará, salvo incomunicación judicial–, siendo celebrada de forma que se garantice la intimidad.

En cuanto a las comunicaciones con el Abogado, los internos pueden comunicarse “en departamentos apropiados” –no pudiéndose intervenir salvo por autorización judicial y en supuestos de terrorismo. Por su parte, el Reglamento Penitenciario –RP– en su artículo 48.3 expresa que, “las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales,... no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la auto-ridad judicial”.

Cuestión fundamental en este momento es exponer los elementos básicos del derecho de defensa y cómo afecta la interceptación de las comunicaciones al mismo.

El derecho de defensa, “es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho, como un proceso con todas las garantías” –STS 79/2012, (Sala 2.ª), de 9 de febrero (Preliminar)–. Asimismo, para que pueda garantizarse un proceso con todas las garantías, es preciso que quien es investigado conozca qué razones, hechos y concretas circunstancias por las que se le acusa (principio acusatorio), puesto que sólo así podrá defenderse en consecuencia (así lo reconoce la el TS, *ob. Cit.* STS 79/2012, FJ.º 7.º).

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES EN CENTRO PENITENCIARIO		
art. 51.1 LOGP+art. 48.3 RP		art. 51.1 LOGP
– ABOGADO DEFENSOR – ABOGADO EXPRESAMENTE LLAMADO en	DEFENDIDO	-FAMILIARES, -AMIGOS

<p>Restricciones: – no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial</p> <p>Razones: – supuestos de terrorismo.</p>	<p>Restricciones: – personas – modo</p> <p>Razones: – seguridad – interés de tratamiento – buen orden del establecimiento</p>
--	---

* Cuadro de autoría propia. Elaboración a partir de la redacción de la LOGP y RP

La interceptación de las comunicaciones en sede penitenciaria supone una injerencia de mayor magnitud en el derecho de defensa que la realizada fuera de dicho entorno (*ob. Cit.* STS 79/2017, FJ.º 7.º), considerada por el TC como una relación de “especial sujeción” (STC 2/1987, de 21 de enero, FJ.º 2.º). Y ello a tenor de las siguientes razones (*ob. Cit.* STS 79/2017, FJ.º 7.º): **(I)** un criterio puramente estadístico; esto es, lo previsible –lo más probable– es que, al intervenir las comunicaciones en las estancias destinadas al efecto, es muy posible que la mayor parte de la conversación transite por cuestiones propias de la defensa. **(II)** Estas comunicaciones son totalmente controlables desde Administración. Y, **(III)** se sabe siempre que los operadores de la conversación son defensor (letrado) y defendido (investigado-acusado-encausado-procesado). Es por ello, que en este tipo de intervención de las comunicaciones se debe precisar y analizar mucho las razones y motivaciones para acordar esta medida.

Las **razones** que habilitan la intervención en Centros Penitenciarios son las siguientes: **(I)** primero, la existencia o previsión legal-normativa previa; **(II)** en segundo lugar, que la injerencia se encuentre justificada *ad hoc*, habida cuenta de los indicios, la necesidad y tratada con la proporcionalidad debida; y **(III)** en tercer lugar, la existencia de una resolución en forma de auto. Asimismo, **(IV)** la STC 183/1994, de 20 de junio, –rompiendo con una interpretación diferente hasta entonces–, inició una corriente jurisprudencia unánime hasta este momento. A partir de dicha resolución se mantiene que existen dos clases de comunicaciones. La primera (i) que podríamos denominar **genérica** entre el *reo* y personas que no sean su letrado –estos son, “familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria” (art. 51.1 LOGP)–; y **(ii)** las **específicas** entre el interno y su abogado defensor o abogado expresamente llamado con asuntos penales (art. 51.2 LOGP). La diferencia entre ambos supuestos es esencial. En las denominadas *específicas*, tan solo se podrán intervenir las conversaciones en casos de terrorismo y previa autorización judicial –motivada y proporcionada–. Por lo tanto, a diferencia de las *genéricas*, en las *específicas*, la injerencia u operativa por parte de la Administración Penitenciaria queda vedada. Y ello en tanto que, como ha reconocido el TS (STS 538/1997, (Sala 2.ª), de 23 de abril, FJ.º 7.º), el régimen especial de los internos en los Centros Penitenciarios supone una limitación de derechos, como lo son el secreto de las comunicaciones (orales y escritas) –art. 51.5 LOGP–, pudiéndose ser suspendidas o intervenidas –previa motivación– por parte del Director del Establecimiento, informándose a la Autoridad Judicial competente. No obstante, –sigue señalando la resolución– “las razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento”, que justifican o motivan la limitación de las comunicaciones “no son aplicables a las comunicaciones incardinadas en el ejercicio del derecho de defensa del interno (art. 24 CE), derecho que no se ve legalmente limitado por su privación de libertad, y que debe ser especialmente tutelado, garantizando la igualdad real y efectiva de posibilidades de defensa de los acusados en un proceso penal, tanto a quienes la ejercitan desde la libertad como a quienes tienen que ejercitarla desde la prisión (art. 9.2 de la Constitución Española). En consecuencia la posibilidad de intervención administrativa de las comunicaciones prevenida por el art. 51.5.º de la LOGP no es aplicable a las comunicaciones de los internos con el Abogado Defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con los asuntos penales y con los Procuradores que los representen (art. 51.2.º LOGP, *ob. Cit.* STC 183/1994, FJ.º 4.º)”.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAMILLO, F., “El secreto médico profesional”, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 3,

Fasc./Mes 1, 1950.

- ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *El sumario*, VV.AA., en Derecho Procesal Penal, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004.
- BARCELONA LLOP, J., “Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad (A partir de la Sentencia del TEDH sobre el «caso Malone»», en *Revista de Administración Pública*, N.º 112, 1987.
- CERVINI, R. y ADRIASOLA, G., *El secreto bancario y la evasión fiscal inter-nacional. Fisco y derecho a la intimidad. Las presiones de la OCDE. Acuerdos de intercambio de información*, B de F, Montevideo, 2012.
- CERVINI, R., “El elemento estatutario del secreto como instrumento de efectiva realización de las garantías”, en *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, N.º 1, 2006.
- CERVINI, R., “Los elementos clásicos de la estructura del secreto y elemento estatutario como instrumento de efectiva realización de garantías”, en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Serrano Gómez*, Dykinson, 2006.
- DEL TORO MARZAL, A., “Estudio penal sobre el secreto médico”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 14, Fasc./Mes 1, 1961.
- DÍAZ REVOIRO, F.J., “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 59, 2006.
- HERRERO GIMÉNEZ, R., “El delito de difusión, revelación o cesión de secretos de empresa por el obligado a guardar reserva (art. 279 CP)”, en *Legaltoday*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- HERRERO GIMÉNEZ, R., “Las grabaciones realizadas por particulares. Supuestos y cuestiones prácticas”, en *Seguridad y Derecho. Principales desafíos a debate*, Dykinson, Madrid, 2020.
- HUBMANN, H. «Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion», en *Juristenzeitung*, 1957.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 20, 1987.
- JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, R., “El secreto bancario en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil*, N.º. 113/1969, Pamplona, 1969.
- MEGÍAS QUIRÓS, J.J., “Privacidad e internet: intimidad, comunicaciones y datos personales”, en *Anuario de derechos humanos*, N.º 3, 2002.
- REBOLLO DELGADO, L., “El secreto de las comunicaciones: problemas actuales”, en *Revista de Derecho Político*, N.º 48-49, 2000.
- RIDAURA MARTÍNEZ, M.ª. J., “El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)”, *Revista de Derecho Político*, N.º 100, 2017.
- RUIZ MIGUEL, C., “En torno a la protección de los datos personales auto-matizados”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), N.º 84, 1994.
- RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- SANCHIS CRESPO, C., “Puesta al día de la instrucción penal. a inter-ceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”, en *Revista La Ley Penal*, n.º 125, 2017
<https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/64656/123231.pdf?sequence=1>.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Delitos contra la intimidad”, en *Compendio de Derecho Penal Español (Parte*

Especial), Marcial Pons, Madrid, 2000.

SEGRELLES DE ARENAZA, I., "El secreto de Estado ilegal", en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 62, 1997.

SEGRELLES DE ARENAZA, I., "Estrategias de defensa de la persona jurídica en el proceso penal", en *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Bosch, Madrid, 2020.

SEGRELLES DE ARENAZA, I., *Protección penal del secreto de estado*, Edersa, Madrid, 1994.

Jurisprudencia:

STEDH de 2 de agosto de 1984 *caso Malone contra el Reino Unido*

STC 114/1984, de 29 de noviembre

STC 2/1987, de 21 de enero

ATC 600/1989, de 11 de diciembre

ATC 221/1990, de 31 de mayo

STC 183/1994, de 20 de junio

STC 70/2002, 3 de abril, de 2002

STC 142/2012, de 2 de julio

STS 34/1996, (Sala 2.ª), de 11 de marzo

STS 538/1997, (Sala 2.ª), de 23 de abril

STS 574/2001, (Sala 2.ª), de 4 de abril

ATS 417/2002, (Sala 2.ª), de 18 de febrero

STS 2190/2002, (Sala 2.ª), de 11 de marzo

STS 666/2006, (Sala 2.ª), de 19 de junio

STS 285/2008, (Sala 2.ª), de 12 de mayo

ATS 9330/2008, de 14 de octubre

STS 244/2009, (Sala 2.ª), de 6 de marzo

STS 239/2010, (Sala 2.ª), de 24 de marzo

STS 534/2011, (Sala 2.ª) de 10 de junio

STS 79/2012, (Sala 2.ª), de 9 de febrero

STS 635/2012, (Sala 2.ª), de 17 de julio

STS 301/2013, (Sala 2.ª), de 18 de abril

STS 209/2014, (Sala 2.ª), de 20 de marzo

STS 285/2014, (Sala 2.ª), de 8 de abril

STS 425/2014, (Sala 2.ª), de 28 de mayo,

STS 499/2014, (Sala 2.^a), de 17 de junio,

STS 809/2017, (Sala 2.^a), de 11 de diciembre

STS 491/2019, (Sala 2.^a), de 16 de octubre

STS 412/2020, (Sala 2.^a), de 20 de junio

STAP de Vizcaya, (Sección 6.^a), 821/2011, de 4 noviembre

STAP de Córdoba (Sección 3.^a), 532/2014, de 12 diciembre

STAP de Madrid (Sección 2.^a), 329/2015, de 27 abril

STAP de Toledo (Sección 1.^a), 93/2015, de 30 julio

STAP de Barcelona (Sección 5.^a), 262/2016, de 5 abril

AAP de Granada, (Sección 2.^a), 43/2017, de 23 enero