

# QUEBRANTAMIENTO DE SECRETO SUMARIAL Y DERCHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS\*

Los secretos a voces. La alarmante vulneración del deber de secreto y el derecho de defensa”

6 DE JUNIO 2017

Centro de Defensa de la Defensa  
ICAV

## **SUMARIO:**

**I. Planteamiento y objeto del informe. II. Marco legal. III. El tipo específico del art. 466 CP y su remisión al art. 417 CP: secreto procesal.** 1. Conducta típica y sujetos activos: revelación por abogados, procuradores y funcionarios públicos. 2. Objeto de tutela. 2.1. Actuaciones declaradas *secretas* por la autoridad judicial (art. 302 LECRIM). 2.2. Actuaciones declaradas *reservadas* por la ley (art. 301 LECRIM). 2.3. Actuaciones declaradas *secretas* por la ley (art. 588 bis d) LECRIM). 2.4. Revelación de las medidas acordadas por el Juez Instructor conforme al art. 301 bis en relación al art. 681 LECRIM. 2.5. “Protocolo de comunicación de la justicia. Gabinetes de comunicación” Acuerdo CGPJ de 2004. **IV. Violación de secreto sumarial y delito de descubrimiento de secretos.** **V. Diligencias de la Fiscalía.** **VI. Investigaciones policiales extraprocesales.** **VII. Conflicto con otros derechos.** 1. Publicidad, secreto y derechos fundamentales. 2. Conflicto con el derecho a comunicar o recibir información veraz (art. 20,1º d) CE). 3. El derecho a un proceso público y los límites al derecho de información y

---

\* PONENTE: José L. González Cussac. El apartado VII redactado parcialmente con Juan Molpeceres Pastor.

expresión. 4. Derecho a un proceso con todas las garantías: imparcialidad judicial. 5. Normativa y jurisprudencia europea. VIII. Conclusiones. IX. Propuestas.

## I. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DEL INFORME

Todos los ordenamientos jurídicos establecen materias secretas. Ello provoca una ardua problemática con múltiples perspectivas.

La primera de ellas reside precisamente en determinar el concepto jurídico de secreto. La segunda radica en precisar el régimen jurídico de las diferentes materias declaradas secretas. En efecto, porque la normativa establece para cada materia secreta un conjunto de requisitos y de personas obligadas, estrechamente vinculado al fundamento de su proclamación. Así, a título de ejemplo, podría distinguirse entre secretos públicos; secretos profesionales; secretos de los particulares; y secretos económicos (secreto de empresa). Y a su vez, dentro de cada una de estas categorías se estipulan diferentes regulaciones. La tercera perspectiva apunta a los posibles conflictos entre la obligación de sigilo nacida de un determinado secreto y la existencia de otras obligaciones o derechos.

Con esta panorámica tan solo deseamos subrayar la complejidad de la materia y sobre todo el diferente tratamiento jurídico de las distintas clases de secretos en nuestro ordenamiento. Naturalmente esta diferencia de régimen jurídico responde al diverso fundamento y bienes tutelados por cada uno de los secretos.

En este primer estudio, nuestro objeto se centra en el régimen del secreto de las actuaciones relativas a la “**averiguación de los delitos**” y más concretamente a su tutela penal. Es decir, en la responsabilidad penal por quebrantamiento de los deberes de sigilo en el marco de un proceso penal.

Así pues, el resto de cuestiones relativas a otra clase de secretos públicos, profesionales o de particulares queda fuera de este informe.

## II. MARCO LEGAL

Nuestra Constitución proclama el principio de publicidad de todos los actos del Estado. De modo que la regla general es el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, “*salvo en lo que afecta a seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*” (art. 105 b) CE). En todo caso recuérdese que el principio de publicidad y el derecho al acceso de los ciudadanos a los actos del Estado se halla estrechamente ligado a otros derechos constitucionales y que incluso se erige en requisito básico para su ejercicio.

Por consiguiente, la posibilidad de restringir el libre acceso de los ciudadanos a informaciones administrativas relativas a investigaciones criminales posee rango constitucional. En realidad podría afirmarse que tanto la obligación nacida de la declaración de secreto del sumario, o de la obligación genérica de reserva, como la de otros deberes procesales, son manifestaciones de los derechos constitucionales contenidos en el art. 24 CE, que podrían resumirse en el enunciado del derecho a un juicio con todas las garantías.

De modo que entre los secretos públicos a que se refiere el texto constitucional, el relativo a la “*averiguación de los delitos*”, encuentra desarrollo en la legislación ordinaria, esencialmente en:

- Arts. 466 y 417,1º CP
- Arts. 299, 301, 301 bis, 302 y 588 LECrim
- Arts. 229 a 236 LOPJ

### **III. EL TIPO ESPECÍFICO DEL ART. 466 CP Y SU REMISIÓN AL ART. 417: *SECRETO PROCESAL***

#### **1. Conducta típica y sujetos activos: revelación por abogados, procuradores y funcionarios públicos.**

La conducta típica es revelar y en este sentido su exégesis es idéntica a la desarrollada en el marco de los art. 197 y siguientes del CP. La especialidad radica en el objeto revelado, esto es, en que se trata de actuaciones sumariales declaradas secretas por la autoridad judicial.

Revelar significa dar a conocer a un tercero no autorizado las actuaciones procesales declaradas secretas. El tipo no requiere publicidad y por consiguiente se consuma con la revelación. La existencia de publicidad deberá ser valorada a efectos de penalidad.

**A) Apartado primero.** El texto actual del art. 466 se introdujo en el CP 1995, constituyendo una novedad la incriminación de abogados y procuradores, no tanto para los funcionarios públicos. En efecto, porque para abogados y procuradores solo se castigaba la revelación de secretos del cliente con abuso malicioso de oficio o negligencia inexcusable (art. 360 CP/1973). Pero desde entonces se puede cometer el delito aun cuando la revelación no solo no perjudique sino beneficie al cliente. Y además, porque los secretos del cliente están confiados a los profesionales al margen de las actuaciones procesales, y consecuentemente pueden ser violados independientemente de una declaración judicial de secreto.

Se castiga con pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

**B) Apartado segundo.** Sin embargo, para los funcionarios públicos expresamente citados en el precepto, la penalidad remite a la del art. 417 CP. La revelación de secretos se castiga en el tipo básico del art. 417,1º CP con penas de multa de 12 a 18 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo

público por tiempo de uno a tres años; y en el art. 417,2º, con pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años, si tal revelación causa grave daño a la causa pública.

No exige el precepto que la revelación se realice como consecuencia o en el ejercicio de sus funciones, pero su exégesis circunscribe la autoría sólo a los funcionarios que intervienen en el proceso: jueces, magistrados, fiscales y otros funcionarios al servicio de la administración de justicia.

**C) Apartado tercero.** Contiene un tipo atenuado, por lo que la pena se impondrá en su mitad inferior, si la conducta de revelación descrita en el primer párrafo es realizada “por cualquier otro particular”. En esta clase de particulares deben incluirse testigos y peritos.

## **2. Objeto de tutela**

El art. 466 CP solo resulta aplicable a ***actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial***. Por tanto este precepto no constituye un reforzamiento de los deberes genéricos de discreción establecidos en las leyes procesales, concebido como un deber general de reserva de las partes frente al exterior. Aquí, por el contrario, se tutela lo “especialmente secreto” y cuya procedencia exclusivamente compete declarar al instructor. En este sentido se distingue un **secreto de primer grado** y un **secreto de segundo grado**. El primero es equivalente al deber genérico de reserva de todas las diligencias sumariales hasta la apertura del juicio oral y que se refiere a los terceros ajenos a la causa. Por el contrario, el segundo también incluye a las partes procesales, no tutelando el deber de discreción genéricamente establecido en la ley procesal, sino que se concreta exclusivamente en la revelación de datos sumariales en procesos declarados secretos. Es decir que se concentra en un núcleo duro, concreto y temporal precisamente por la previa declaración de estar el sumario secreto (STS de 13 de noviembre de 2014; RJ 6182).

Así pues, el objeto de tutela es el secreto mismo, aunque potencialmente se pueden lesionar otros derechos (por ejemplo intimidad). Solo alcanza a las actuaciones total o parcialmente declaradas secretas, pero no prohíbe comentarios acerca de la existencia de un proceso, que por su misma naturaleza es público. Por su escasa aplicación hubiera sido conveniente que se precisaran mejor en los arts. 299, 301, 301 bis y 302 LECRIM los deberes concretos que dicha prohibición comporta. Pero como la ley sigue sin hacerlo, corresponde al intérprete precisar con mayor exactitud el objeto tutelado.

En primer lugar es claro distinguir entre la **fase sumarial** y **el juicio oral**. Respecto a esta segunda fase, la regla general es la publicidad de las actuaciones judiciales y por consiguiente quedan todas ellas excluidas del ámbito de aplicación del art. 466 CP.

De modo que la cuestión ha de centrarse exclusivamente, al menos desde la perspectiva del art. 466 CP, en la **instrucción del sumario**. Y dentro de ésta, es básico diferenciar entre **las diligencias sumariales que se practican en fase de instrucción** y **las resoluciones procesales** en sentido estricto que se dictan en dicha fase.

Pero dentro de esta fase y de esta clase de diligencias sumariales, aun es preciso distinguir entre:

- a) actuaciones secretas declaradas por la autoridad judicial (art. 302 LECRIM);
- b) actuaciones declaradas reservadas por la ley (art. 301 LECRIM); y,
- c) actuaciones declaradas secretas por la ley (art. 588 bis d) LECRIM).

## **2.1. Actuaciones declaradas secretas por la autoridad judicial (art. 302 LECRIM)**

Las **diligencias sumariales** son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECRIM). Las

diligencias sumariales, como por otra parte recuerda el art. 302 LECRIM, son aquellas en las que las partes personadas podrán “intervenir”.

Pero las **resoluciones procesales** (en sentido estricto) no son las diligencias sumariales respecto de las que el legislador declara secreto o reserva en la fase de instrucción y, por ello, sistemáticamente, se regulan en el Capítulo I, del Título VI, del Libro Primero LECRIM.

De igual modo, la LOPJ, se refiere diferenciadamente a las “resoluciones judiciales” en el Capítulo IV del Título III (de las actuaciones judiciales), de su LIBRO III (del régimen de los juzgados y tribunales), y en su Capítulo I trata de la oralidad, publicidad y lengua oficial.

Ni cabe pues, ni deben confundirse pues diligencias sumariales y resoluciones procesales.

Pues bien, dentro de las **diligencias sumariales** que con carácter general son reservadas, como veremos en el apartado siguiente, el art. 302 LECRIM, contiene la posibilidad de que sean declaradas **secretas** total o parcialmente por el juez, mediante auto, a petición del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, siempre que se trate de un delito público, por uno de estos dos fines: a) evitar riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o, b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

El efecto de la declaración judicial de secreto se proyecta tanto sobre las partes personadas en el proceso como sobre cualquier tercero.

Así pues, solo las diligencias sumariales expresamente declaradas secretas por el Juez Instructor conforme al art. 302 LECRIM, se acomodan a la exigencia literal del art. 466 CP: revelar “*actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial*”. En este sentido se pronuncia el ATS de 11 de mayo de 2001 (RJ 5590), al considerar como elemento normativo del tipo que se haya producido una previa declaración formal de secreto de la actuación.

La citada resolución advierte que el delito de revelación de secretos concretado en la difusión del contenido de las actuaciones procesales, debe interpretarse referido a un contenido restrictivo, puesto que *“no es lo mismo difundir incidencias procesales dando cuenta simplemente de su celebración que divulgar el contenido específico y literal de la diligencia practicada sacando a la luz pública aquello que por su particular naturaleza debe permanecer secreto”*. Es así como considera que no puede aplicarse este precepto a conductas relacionadas con la transmisión de informaciones de carácter genérico (como pueda ser manifestar que se ha practicado una diligencia concreta sin informar de su contenido) o las valoraciones sociológicas derivadas de la naturaleza de los hechos investigados que pudieran ofrecer las diferentes partes procesales.

Es más, como con razón precisa la jurisprudencia, debemos insistir en que si *“los datos o hechos transmitidos están extraídos de fuentes ajenas a la instrucción”*, no es posible basar en los mismos la existencia de indicios consistentes de delito (ATS 7 abril 2009, FD 1º, TOL 1.643.329). Pero para poder verificar que se trata de fuentes ajenas al proceso, se debe proceder a una comprobación, esto es, a una investigación.

Incluso alguna resolución estima que no puede apreciarse este delito si el sujeto que la revela, en el caso un abogado, no conocía de forma oficial que esa actuación concreta o las actuaciones habían sido declaradas secretas (AAP Huesca de 28 mayo de 2001; RJ 191205). Así pues, conforme a este criterio se precisa la notificación por cualquier cauce que certifique la prueba del conocimiento de la declaración de secreto.

Conforme a una opinión extendida el auto judicial que acuerda el secreto debe ser firme. Si el auto es revocado o se excede del plazo legalmente establecido, incluida la prórroga, es discutible que la revelación pueda ser calificada de típica.



## 2.2. Actuaciones declaradas *reservadas* por la ley (art. 301 LECRIM)

Conforme al artículo 301 LECRIM “*las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley*”. Como se observa, el texto emplea el término “**reservadas**” y no “secretas”, es decir, que su conocimiento queda circunscrito exclusivamente a las partes y no pueden revelarse a terceros ajenos al proceso.

Podría decirse que todas las actuaciones sumariales tienen la naturaleza de reservadas, es decir, que la ley establece un deber genérico de reserva para cualquier información conocida en la fase sumarial de un proceso penal. Este deber genérico se extiende a funcionarios, partes y terceros. Pero aunque todas las actuaciones de investigación sumarial sean reservadas, no todas ellas tienen la condición de secretas. Así pues, las declaradas secretas son una especie o parte de las reservadas. Y sólo las secretas declaradas por la autoridad judicial poseen protección penal a través del art. 466 CP.

Consecuentemente el párrafo segundo del art. 301 LECRIM sanciona al abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario y “*será corregido con multa de 500 a 10.000 euros*”. Y añade que en la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario cometa esta falta. Por tanto, es manifiesto que para abogados, procuradores y terceros particulares no es aplicable el art. 466 CP en caso de revelación de actuaciones declaradas “reservadas” genéricamente todas conforme al art. 301 LECRIM.

Y en el último párrafo se refiere al funcionario público que “revelare indebidamente” tales diligencias incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo. Y ese lugar no es otro que el art. 417 CP.

### **2.3. Actuaciones declaradas secretas por la ley (art. 588 bis d) LECRIM)**

Tras la última reforma procesal de 2015, además del deber genérico de reserva de todas las diligencias sumariales (art. 301 LECRIM) y del deber específico de secreto por declaración judicial (art. 302 LECRIM), ahora el nuevo art. 588 bis d) LECRIM dispone, en relación a las medidas de investigación consistentes en interceptación de las comunicaciones y otras similares reguladas en el Capítulo IV, del Título VIII del Libro II, que “la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a las medidas solicitadas se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa”.

Es decir, este precepto consagra una clase de diligencias de investigación que legalmente están declaradas secretas para las partes y para cualquier tercero, sin que sea necesario que el Juez Instructor haya declarado la causa secreta ni tampoco que declare concretamente éstas.

Ahora bien, estas diligencias de investigación que son secretas por voluntad expresa de la ley, no se acomodan al tenor literal del art. 466 CP, que exige que hayan sido así declaradas por la autoridad judicial. De modo que la tutela penal frente a la revelación de estas medidas declaradas secretas *ex lege* quedan fuera de este precepto. Esta situación es problemática en supuestos de revelación por parte de abogados, procuradores y cualquier otro particular. Porque aplicar el art. 466 no dejaría de ser una interpretación analógica o cuanto menos extensiva. Cabría el recurso también un tanto forzado al art. 301 LECRIM, imponiendo una multa correccional.

Ciertamente lo usual es que las partes privadas no tengan conocimiento formal, es decir, a través de comunicación judicial, de la adopción de esta clase de medidas de investigación, pues solo pueden ser acordadas de oficio o a instancia del Ministerio Público o la Policía Judicial. Sin embargo, en el hipotético caso de que así fuera, la solución penológica frente a la revelación es insatisfactoria.

En los supuestos de que la revelación de estas actuaciones fuera cometido por funcionario público, de nuevo sería de aplicación el art. 417 CP.

#### **2.4. Revelación de las medidas acordadas por el Juez Instructor conforme al art. 301 bis en relación al art. 681 LECRIM.**

El art. 301 bis LECRIM permite que el Juez Instructor adopte alguna de las medidas contenidas en el art. 681, 2º LECRIM, tendentes a proteger la intimidad de la víctima y de su familia y consistentes en prohibiciones de obtención, divulgación o publicación de informaciones que permitan identificarlas.

El incumplimiento de estas medidas parece mejor acomodarse a un delito de desobediencia del art 556 CP en su caso en concurso con el art. 197 CP, que a un delito de revelación de secreto del art. 466 CP, ya que técnicamente ni la ley ni la autoridad judicial declaran el mismo.

#### **2.5. “Protocolo de comunicación de la justicia. Gabinetes de comunicación” Acuerdos del CGPJ de 2004 y de 2015.**

La Comisión de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial aprobó el día 20 de junio de 2004 el Texto denominado “Protocolo de Comunicación de la Justicia. Gabinetes de Comunicación”, con el visto bueno del Pleno del CGPJ del día 7 de julio del mismo año.

De hecho, en virtud de lo acordado por dicha Comisión de Comunicación el día 31 de mayo de 2004, desde el 1 de enero de 2005 hay Gabinetes de Comunicación en el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y en los 17 TSJ de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a qué información se facilita, el Texto aprobado es claro y puede resultar de interés:

*“La mayor parte del interés periodístico se centra en la información que genera la jurisdicción penal en el que se deben distinguir dos momentos procesales muy específicos: la fase de instrucción y la fase del juicio oral.*

*La fase de instrucción se rige por el secreto sumarial pero es posible facilitar información a los periodistas que no afecte a la investigación. Podrá ser considerada a título de ejemplo, siempre que no comprometa la investigación y con autorización del juez de instrucción, la siguiente:*

- 1. El número y la identidad de los imputados y/o detenidos que han prestado declaración ante el juez y los motivos de la detención, con una sucinta descripción de los hechos o de los indicios del delito*
- 2. Situación procesal acordada: libertad provisional -con o sin fianza-, prisión provisional, etc.*
- 3. Los presuntos delitos por los que se abre la causa.*
- 4. El número de testigos que han declarado.*
- 5. Qué pruebas periciales se han realizado.*
- 6. Qué diligencias de investigación se han practicado.*
- 7. La evolución en las distintas fases procesales.*

*Podrán hacerse públicos igualmente autos dictados en la fase de instrucción, como los de admisión o inadmisión a trámite, prisión, estimación de pruebas, procesamiento, informes periciales forenses, así como resoluciones sobre recusaciones y recursos.*

*Acabada la fase de instrucción no existe ningún impedimento para facilitar el auto de apertura del juicio oral.*

*Los Gabinetes de Comunicación también podrán facilitar los escritos de calificación del Ministerio Fiscal.*

*La experiencia acuñada por los Gabinetes de Comunicación existentes demuestra que esta información oficial, que no quebranta ningún secreto sumarial, se agradece enormemente por parte de los periodistas y contribuye a trasladar a la ciudadanía la imagen de transparencia por la que trabajamos”.*

Posteriormente el CGPJ, en 2015, ha acordado un nuevo **Protocolo de Comunicación de la Justicia**. Conforme al mismo, las Oficinas de Comunicación son las encargadas de canalizar y suministrar información relevante de los procedimientos judiciales a los medios de comunicación. Se establece en el Protocolo que sin ellas no es posible trasladar a la opinión pública la labor que desarrollan los jueces ni cumplir con el compromiso de transparencia, formando parte de la estructura judicial y siendo el cauce institucional y la fuente oficial de los jueces, haciendo posible el ejercicio por parte de los ciudadanos del derecho a recibir información veraz.

A su vez, en el Protocolo se establece que la coordinación entre jueces, magistrados, secretarios judiciales y Oficinas de Comunicación permitirá actuar con previsión ante asuntos o resoluciones de relevancia social e interés público, evitando la apariencia de ineficacia, las filtraciones interesadas y las interpretaciones erróneas. Por ello, **las Oficinas de Comunicación facilitarán a los periodistas**, y directamente a los ciudadanos a través de la página web del Poder Judicial y de las redes sociales, información sobre los asuntos que hayan despertado interés, pero también sobre otros que las propias Oficinas o los titulares de Juzgados y Tribunales consideren que deben ser conocidos por la opinión pública por su trascendencia y relevancia social o jurídica.

No obstante, tal y como ya hemos venido apuntando, **durante la fase de instrucción de un proceso sumarial se establece en el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que “las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral”.**

La fase de instrucción, por tanto, se rige por el secreto sumarial para asegurar el buen fin de la investigación. Por otra parte, y dado el carácter de excepción al principio constitucional de publicidad de las actuaciones judiciales que constituye el secreto del sumario, el Tribunal Constitucional ha declarado en la STC 13/1985, de 31 de enero que *“se requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos -ni en mayor medida de lo necesario- que los estrictamente afectados por la norma entronizadora del secreto”*.

En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional añade que el secreto del sumario *“no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 de la Constitución Española) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales”*.

Es por tanto posible ofrecer información de los asuntos de relevancia también durante la fase de instrucción, siempre que ésta no trate de las “diligencias del sumario” a que se refiere el artículo 301 de la L.E.Crim y no perjudique la finalidad del secreto sumarial, que en palabras del propio Tribunal Constitucional no es otra que alcanzar *“una segura represión del delito”*

Así, las Oficinas de Comunicación podrán facilitar, **previa autorización del juez de instrucción, las resoluciones procesales dictadas por éste, distintas de las diligencias sumariales**. Entre ellas, el mismo Protocolo de Comunicación del CGPJ cita **los autos de admisión o inadmisión a trámite, los que ordenan prisión provisional u otras medidas cautelares, los de estimación de pruebas, los autos de procesamiento o transformación en procedimiento abreviado y las resoluciones sobre recusaciones y recursos**. Continúa el protocolo que, además de las resoluciones procesales, durante esta fase se podrá facilitar y actualizar regularmente información referida a:

- Número e identidad de los imputados (ahora investigados) y/o detenidos que han prestado declaración ante el juez y los motivos de su imputación y/o detención, con una breve descripción de los hechos o de los indicios de delito apreciados.
- Situación procesal acordada tras la toma de declaración.
- Presuntos delitos por los que se sigue el procedimiento.
- Número de testigos que han declarado.
- Pruebas periciales realizadas.
- Diligencias de investigación practicadas (número de entradas y registros, de comisiones rogatorias cursadas, etc.).

Tan sólo una vez finalizada la instrucción, se facilitará el auto de apertura de juicio oral y los autos relevantes dictados en ejecución de sentencia.

Se establece en el Protocolo que las informaciones que proporcionen se facilitarán a todos los periodistas a la vez, en régimen de igualdad salvo que se traten de informaciones, entrevistas o reportajes solicitados por un medio concreto y que la información se debe facilitar de forma escrita mediante una nota de prensa oficial.

Podría resumirse diciendo que estos acuerdos solemnizan una obviedad: lo que no está declarado secreto es público y por consiguiente no existe ningún conflicto no restricción a la libertad de información.

#### **IV. VIOLACIÓN DE SECRETO SUMARIAL Y DELITO DE DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS**

Si el sujeto es abogado, procurador o particular, nada impide apreciar un concurso ideal de delitos entre la revelación de secreto sumarial del art. 466 y

un delito de descubrimiento de secretos de los arts. 197 ó 199 CP. En supuestos de revelación de materias reservadas del art. 301 LECRIM habría que acudir a imponer la multa correccional conjuntamente con las penas previstas en estos dos preceptos del CP. Esta solución se explica por la diferencia de bienes protegidos, el secreto sumarial y de otra el derecho a la intimidad.

Si la revelación procede de un funcionario hay que aplicar uno de los dos apartados del art. 417 CP.

## **V. DILIGENCIAS DE LA FISCALÍA**

En relación a las diligencias de investigación específicamente reguladas en el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de Diciembre) y al art. 773,2º LECRIM, conforme a lo señalado anteriormente quedan fuera de la tutela penal específica de los arts. 466, puesto que por su propia naturaleza previa a la intervención judicial, todavía no han podido ser declaradas secretas por ésta. En todo caso la revelación indebida de estas actuaciones estarían sujetas a la responsabilidad penal establecida en el art. 417 CP y eventual concurso de infracciones con el art. 197 CP.

En este sentido se pronuncia explícitamente el art. 4,5º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal al disponer que en el ejercicio de sus funciones podrá: *“Informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados”*.

En este contexto resulta de interés lo dispuesto en la Instrucción de la FGE 3/2005, de 7 de Abril, sobre relaciones del Ministerio fiscal con los medios de comunicación. Discurre en similar línea a la contenida en el citado acuerdo del CGPJ de 2004.



Igualmente relevantes son la Instrucción de la FGE 2/2008, de 11 de Marzo, sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción; y la Circular FGE 4/2013, de 30 de Diciembre, sobre las diligencias de investigación (Indirectamente también otras como Instrucción 11/2005, Instrucción 4/2006, Instrucción 1/2008, Consulta 1/2005).

## **VI. INVESTIGACIONES POLICIALES EXTRAPROCESALES.**

En la medida que tengan cabida conforme lo dispuesto en los arts. 282 y siguientes de la LECRIM, la revelación de estas actuaciones podría dar lugar a responsabilidad criminal a través del art. 417 CP y del posible concurso de infracciones con el art. 197 CP.

En este contexto del secreto de la función pública, hay que referir aunque constituya un aspecto colateral al denominado **secreto del confidente o informador**. Con mayor precisión se alude a la protección de las fuentes de información de la policía y al debatido reconocimiento de un derecho/deber a no descubrir ni revelar la identidad del informador. Esta es una problemática en expansión por la creciente utilización de la policía de agentes encubiertos y confidentes que deben mantener oculta su identidad para garantizar su seguridad.

Aquí basta con enunciar algunas cuestiones elementales.

Primera, distinguir el deber genérico de reserva que con carácter general puede acoger la protección de las fuentes, y distinto sería la pretensión por la policía de anonimato del informador al prestar una declaración judicial, puesto que colisiona con el derecho de defensa.

Segunda, diferenciar al **denunciante anónimo**, cuya identidad se oculta incluso a los investigadores y por tanto no puede ser utilizado como medio de

prueba, del **agente encubierto**, cuya identidad si es conocida por éstos e incluso puede serlo por la autoridad judicial, quedando oculta para las partes. En este segundo caso puede introducirse en el proceso su declaración a través de un testigo de referencia, aunque genera todo un serio debate procesal. En todo caso, debe tenerse presente la sujeción funcional de la Policía Judicial al jueces, tribunales y fiscales proclamada en el art. 126 CE.

## **VII. CONFLICTO CON OTROS DERECHOS**

### **1. Publicidad, secreto y derechos fundamentales.**

Ya se ha expuesto el régimen jurídico del secreto sumarial y su carácter excepcional. En efecto, porque la regla general en un Estado democrático de Derecho es la publicidad.

Sin embargo, aunque de la Ley Fundamental se desprende un principio general de publicidad de la actuación de los poderes públicos, sus contornos no son siempre nítidos, ni tampoco su operatividad es uniforme, de modo que cada poder público (legislativo, ejecutivo y judicial) está constitucionalmente sometido a formas parcialmente distintas de publicidad. Así pues, podría decirse que constitucionalmente se protege el secreto en ciertos ámbitos y la publicidad en otros, si bien desde la idea básica de que la democracia no puede sobrevivir sin opinión pública. En este sentido, afirma Luis M. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ que existen dos tipos de actuaciones de los poderes públicos en que la exigencia constitucional de publicidad es absoluta: la producción de normas jurídicas y el pronunciamiento de sentencias judiciales. En todos los demás supuestos, la Constitución no impone que la publicidad de la actuación de los poderes públicos sea absoluta.

A partir de aquí se constata una relevante diferencia de tratamiento constitucional entre los secretos públicos y los secretos privados, pues

mientras los primeros vinculan sólo a quienes están institucionalmente sujetos a protegerlos, los segundos obligan a todos.

No obstante, la convivencia entre publicidad y secreto no es pacífica. En especial en dos ámbitos. El primero relativo a la denominada “posición preferente” de la libertad de información, que aunque en principio se proyecta sobre noticias de relevancia pública, no deja de presentar aristas borrosas. El segundo, concierne al control judicial, esto es, a determinar si constitucionalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional permite a los jueces tener acceso a cualquier clase de información, incluida la declarada secreto.

Pues bien, en relación a la **publicidad del proceso penal**, que reconoce como derecho fundamental el art. 24 CE, y proclama como un principio jurídico el art. 120 CE) tiene como razón de ser **el necesario control por parte de la sociedad del poder judicial**. Es decir, es un modo de evitar arbitrariedades por parte de los jueces. Así lo establece la jurisprudencia constitucional, entre otras en la STC 96/1987, al señalar que la publicidad del proceso protege a las partes de las posibles arbitrariedades “*de una justicia sustraída al control del público*”.

Por tanto, el derecho a un proceso público, tal y como lo establece la Constitución, no es un derecho de los medios de comunicación ni del público en general, sino esencialmente se configura como **un derecho del propio justiciable**, que no puede ser juzgado en secreto.

De modo que por una parte nos encontramos con el derecho a un proceso público, estrechamente vinculado al derecho a la información, pero de otro lado, debe cohonestarse con la tutela del secreto de sumario, y a la vez con los derechos al honor, a la intimidad y a un proceso con todas las garantías. Es así como pueden plantearse diversas y múltiples hipótesis de conflictos entre derechos fundamentales.

La investigación judicial de cualquier actividad indiciariamente delictiva es una

posibilidad indiscutida e indiscutible. En un Estado de Derecho no hay más parcelas ajenas a la investigación judicial que aquellas que se establecen legal y constitucionalmente por razón del espacio (territorialidad), el tiempo (irretroactividad) o las personas (inviolabilidad).

Ahora bien, parece ocioso recordar que tal investigación ha de llevarse a cabo a través de los cauces legales previstos en el ordenamiento jurídico y con respeto a sus normas y principios. Y en este tema el ordenamiento jurídico ha puesto diversas limitaciones a la tarea instructora, generalmente vinculadas al respeto de los derechos y garantías fundamentales. Ello no quiere decir que no quepa investigar sobre parcela alguna de la realidad, pero si significa que tal investigación se encuentra modulada por la materia sobre la que recae y por los bienes jurídicos que se ven afectados a través de la investigación.

Conocer la verdad material en la investigación de los hechos delictivos no es el valor supremo del ordenamiento jurídico. Es evidente que no todo está justificado para llegar a saber la verdad de una imputación criminal. La investigación penal ha de hacerse conforme a la Constitución, conforme a la ley y respetando todo un conjunto de derechos fundamentales y deberes jurídicos que se consideran preeminentes.

En este sentido existe un amplio consenso doctrinal y una reiterada jurisprudencia constitucional acerca de esta idea básica. De ello se deriva el entendimiento de que el art. 24 CE no consagra el derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino sólo a la proposición y práctica de pruebas pertinentes y lícitas. Y a efectos constitucionales, como recuerda Luis M<sup>a</sup>. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, la pertinencia de la prueba queda íntimamente ligada a que su rechazo produzca indefensión (STC 116/1983, 30/1986, 1/1996, etc.): *“Ello significa que, si la inadmisión como medio de prueba de la información constitucionalmente secreta no desemboca en indefensión ‘o sea, no es el único medio de acreditar la pretensión de una de las partes’, lo más ajustado a la Constitución es, quizá, rechazar la solicitud”*.

Por consiguiente no es correcto plantear un conflicto reducido entre el secreto sumarial de una parte y el derecho de publicidad y libertad de información de otra, pues anudado al primero pueden hallarse otros derechos fundamentales. En estas hipótesis el juez o tribunal deberá proceder a una ponderación de los valores constitucionales en conflicto, con una significativa importancia del principio de proporcionalidad, que en cualquier caso exige minimizar el sacrificio del valor que deba ceder. Naturalmente también existen supuestos en los que la ley aplicable excluye la ponderación entre los valores constitucionales en conflicto, porque ya la contiene expresamente y en consecuencia impone la prevalencia de un valor sobre los otros

Sin embargo la cuestión en nuestra legislación ordinaria se torna más compleja por varias causas que trataremos de enunciar en las líneas siguientes.

## **2. Conflicto con el derecho a comunicar o recibir información veraz (art. 20,1º d) CE).**

El derecho a la libre información puede llegar a conculcar otros derechos fundamentales de la persona investigada o de terceros. Por ejemplo, el derecho al honor, a la intimidad, o a un proceso con todas las garantías de la persona investigada. Nos encontramos por tanto ante un conflicto de derechos.

El **derecho a comunicar o recibir información veraz** (art. 20,1º d) CE) que asiste a los medios de comunicación y a la sociedad en su conjunto, y cuya doctrina constitucional puede verse en las SSTC 29/2009, de 26 enero; 50/2010, de 4 octubre (FJ 5); y, 208/2013, de 16 diciembre (FJ 5). Es evidente que muchos procedimientos judiciales son de interés general, de modo que su tratamiento como noticia estaría amparado por el derecho a la información (hay sentencias que reconocen que el seguimiento de los juicios por los medios de comunicación completa el derecho a un proceso público, hasta el punto de que admiten la retransmisión de un juicio por televisión –Caso Camps, Caso Garzón, Juicio del 11-M...- aunque con ello se ponga en peligro la

incomunicación de los testigos, que en teoría no pueden conocer el desarrollo del juicio hasta que son llamados a declarar).

El canon constitucional fue fijado en la STC 13/1985, de 31 de enero. Un medio de comunicación presentó demanda de amparo por vulneración del art. 20,1 d) y 20,2º CE (censura previa), porque el juez instructor había prohibido publicar una fotografías tomadas en el lugar de un incendio con víctima mortal, y lo fundamentó en “interés de la justicia” sobre las disposiciones procesales reguladoras del secreto sumarial. Por tanto el conflicto planteado no fue entre libertad de información y derecho a un proceso con todas las garantías, sino en relación al “interés de la justicia”, esto es, a las necesidades de garantizar la investigación. Lo resolvió a favor de la libertad de información y es imprescindible atender al canon y doctrina que sentó esta resolución, pues en gran medida son trasladables a otros conflictos con la libertad de información. Por su interés se reproduce textualmente el FJ 3, con subrayado propio:

“Esta ligazón entre garantía objetiva de la publicidad y derechos fundamentales lleva a exigir que las excepciones a la publicidad previstas en el art. 120.1 de la Constitución se acomoden en la previsión normativa, y en su aplicación judicial concreta, a las condiciones fuera de las cuales la limitación constitucionalmente posible deviene vulneración del derecho. Son estas condiciones, por lo que aquí importa, la previsión de la excepción en cuestión en norma con rango de Ley (art. 53.1 de la C.E.), la justificación de la limitación misma en la protección de otro bien constitucionalmente relevante y, en fin, la congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho valor así garantizado. La previsión de la excepción se halla dispuesta en norma de Ley (art. 301 de la L.E.Cr.) y puede invocar efectivamente en su apoyo diferentes disposiciones en la materia recogidas en textos internacionales, tales como, en relación con el art. 10.2 de la Constitución, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, reconducibles al art. 20.4 de la C.E., precepto que hay que interpretar de conformidad con ellos (art. 10.2 de la C.E.). Sobre estas bases puede decirse que el proceso penal,

*institución con la que se trata de hacer efectiva la protección del ordenamiento a «derechos reconocidos en este título» (es decir, en el primero de la Constitución, según dice su art. 20.4), puede tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad. Pero esta genérica conformidad constitucional del secreto sumarial no está, sin embargo, impuesta o exigida directamente por ningún precepto constitucional y, por lo mismo, se requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos -ni en mayor medida de lo necesario- que los estrictamente afectados por la norma entronizadora del secreto. El punto firme desde el que ha de partirse aquí, sentadas las bases anteriores, viene dado por el hecho de que la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite frente a la libertad de información (derecho, sin embargo, afectado aquí exclusivamente), sino, más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera -incluidas las mismas partes en algún caso: art. 302 de la L.E.Cr.- de las actuaciones seguidas en esta etapa del procedimiento penal. Lo que persigue la regla impositiva del secreto es impedir tal conocimiento y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo antes aludido, una segura represión del delito. Por consiguiente, aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán -a fortiori- ser objeto de difusión, por cualquier medio, lo cual implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado, es decir, en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido obtenido ilegítimamente, quebrando el secreto mismo del sumario, esto es, en la medida en que se esté ante lo que llama la ley procesal misma (art. 301 ) una «revelación indebida». Cabe concluir, en coherencia con todo lo expuesto, que el secreto del sumario se predica de las diligencias que lo constituyen, y no es otra cosa, por cierto, dice literalmente el párrafo primero del art. 301 de la L.E.Cr., esto es, de los actos singulares que en cuanto acto formal complejo o procedimiento lo integran. Tal secreto implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de «revelaciones indebidas» (art. 301.2 de la L.E.Cr.) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión. Pero el secreto*

del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 de la C.E.) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De ese modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima «materia reservada» sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre «las actuaciones» del órgano judicial que constituyen el sumario (art. 299 de la L.E.Cr.).

Ahora bien, la perspectiva que aquí se toma no es el interés público “en la averiguación de los delitos”, sino la lesión de otros derechos individuales de los ciudadanos, como el honor, la intimidad y el conjunto de derechos y garantías contenidos en el art. 24,2 CE. La jurisprudencia reconoce abiertamente esta posibilidad al decir que “también es cierto que el conocimiento por los imputados de la instrucción a través de los medios de comunicación puede generar una situación de aparente indefensión y por ello será preciso verificar si se cumple en este caso por el Instructor lo dispuesto en los artículos 118 y, en su caso, 118 bis, LECrim. Pero ello sólo podrá ser comprobado con posterioridad por el órgano judicial competente para revisar dicha instrucción” (ATS 7 abril 2009, FD 1º, TOL 1.643.329).

En efecto, porque cuando el reo disfruta de su derecho a un proceso público, a la vez se pone en peligro su derecho al honor, pues para la población en general la figura de la imputación/investigación tiene una connotación negativa. En este contexto hay que recordar e insistir, en que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no solo opera ex art. 24,2º CE en el marco de un proceso (regla procesal), sino también, y conforme a lo proclamado en la STC 109/1986, de 24 de septiembre, en “situaciones extraprocesales” (regla extraprocesal). Esto es, como derecho a recibir la consideración y el trato como “no autor” de hechos delictivos. Es así, que en este punto el derecho a la



presunción de inocencia y el derecho al honor coinciden. Y ello porque en el fondo se trata de técnicas destinadas a la protección de la dignidad genérica del ciudadano frente a imputaciones no probadas. Por consiguiente prohíbe igualmente el trato o consideración de culpable dentro y fuera del proceso penal. En este sentido la STEDH de 19 de septiembre de 2006 (caso White vs. Suecia) consideró vulnerados estos derechos por haber calificado de criminal a una persona todavía no condenada.

**Esta afectación al derecho al honor, a la intimidad y a un proceso con todas las garantías de los investigados se produce porque nos hemos acostumbrado a extender el principio de la publicidad del proceso no solo al juicio oral, sino también a la fase de instrucción.** Y es en la fase de instrucción donde se produce un daño innecesario al derecho al honor del investigado que, quizás, se podría evitar. Baste recordar los casos de las *niñas de Alcásser*, *pub Arny* de Sevilla, *Rocío Wanninkhof*, *José Bretón*, *Aitana* (“*la cara del asesino*”), *Asunta* (Santiago de Compostela), entre otros, para ejemplificar los más célebres asuntos criminales que en España han consolidado auténticos juicios paralelos.

Una cosa es que, llegado al juicio oral, el ciudadano tenga acceso, bien asistiendo al juicio, bien siguiéndolo por la prensa, a lo que allí ocurre. En ese caso no hay tanto problema porque durante el juicio oral la información sobre una prueba de cargo que perjudique al acusado se verá contrarrestada por las pruebas de descargo, las alegaciones del letrado defensor, incluso el derecho a la última palabra del acusado. Además, a los pocos días del juicio habrá una sentencia: si el acusado es absuelto, quedará restituido su honor; y si es condenado, podemos decir que fue él, al delinquir, quien puso en riesgo su honor.

**Pero cosa distinta es la filtración de un sumario a la prensa en fase de instrucción.** Esas filtraciones, además de ser ilegales conforme al art. 301 LECRIM que excluye las actuaciones judiciales de la fase de instrucción de la publicidad del proceso, dejan indefenso al investigado por muchos motivos:

**A)** Porque las filtraciones suelen ser parciales: quien filtra un sumario (casi siempre la Fiscalía, la Policía, o la acusación particular...) filtrará solo la parte del sumario que le interesa, es decir, lo que perjudica al investigado.

**B)** Porque estas filtraciones parciales, interesadas e indebidas conforman un pre-juicio social tendente a anticipar una condena social antes de recaer sentencia.

**C)** Porque la sociedad desconoce el procedimiento penal, por lo que realiza juicios de valor parciales y carentes de soporte jurídico de las diligencias que se publican.

**D)** Porque el sumario que se filtra puede estar bajo secreto de sumario, de modo que el investigado no conoce su contenido (salvo lo que filtra la prensa) y con ello dificulta o desvela la estrategia de defensa. En muchas ocasiones, la prensa publica antes la información de que llegue a las partes investigadas (sus representaciones).

**E)** Porque es posible que se filtren diligencias que luego se declaren nulas y a pesar de eso, su contenido ya sería público, facilitando los pre-juicios, los juicios paralelos y las condenas anticipadas.

**F)** Porque se crea un estado de opinión que puede afectar a la administración de justicia, generando "juicios paralelos" que pueden menoscabar la imparcialidad, y este estado de opinión paralelo y pre-jurídico puede llegar a influir en los jueces y magistrados, que no dejan de ser ciudadanos expuestos a toda esa contaminación. En este sentido la filtración indebida afecta al derecho al honor, al derecho a intimidad y al conjunto de derechos contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, especialmente a la presunción de inocencia y al derecho de defensa. Las filtraciones indebidas en este sentido favorecen o incitan a generar estados de opinión basados en un auténtico y doble pre-juicio.

**G)** Porque parece que se legitima al periodista o al simple “tertuliano” para que “instruya” las diligencias paralelamente, sin ningún límite ni filtro, y muchas veces sin conocimientos jurídicos apropiados, pudiéndose poner en peligro la investigación y asegurar el buen fin de ésta sin presiones ni injerencias externas.

**H)** Porque como se ha reiterado puede afectar ilegítima y desproporcionadamente a otros derechos fundamentales como el honor y la intimidad. En este sentido hay jurisprudencia nacional y europea que limita el derecho a la información cuando colisiona con otros derechos fundamentales. Así por ejemplo, SSTC 174/2001; y, 100/2002; y SSTEDH de 26 de septiembre de 1995 (caso Diennet); 23 de abril de 1997 (caso Stallinger y Kuso); 20 de mayo de 1998 (caso Gautrin); y, 29 de septiembre de 1999 (caso Serré).

En relación al tema tratado y en particular a la lesión del derecho al honor, es clave la STC 54/2004, de 15 abril (TOL 397.356). En ella se determina el requisito de la veracidad de la información y se desvincula de la procedencia ilícita de la misma, subrayándose además, que para evaluar la procedencia ilícita de la información debe declararse la existencia de un delito de revelación de secretos en fase sumarial. Por su interés se transcribe el FJ 6, con subrayado propio:

*“Al hablar del **requisito de la veracidad** este Tribunal se ha referido en algunas ocasiones a la información rectamente obtenida y difundida (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 3/1997, de 13 de enero, FJ 2; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5; 4/1996, de 16 de enero, FJ 4), o a la información rectamente obtenida y razonablemente contrastada (STC 123/1993, de 19 de abril, FJ 4) como aquélla que efectivamente es amparada por el Ordenamiento, por oposición a la que no goza de esta garantía constitucional por ser fruto de una conducta negligente, es decir, de quien actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, o de quien comunica simples rumores o meras invenciones. En éstos y en otros pronunciamientos (SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7), la*

información rectamente obtenida”se ha asociado a la diligencia observada en la contrastación o verificación de lo informado, que debe tener en cuenta, entre otros extremos, las circunstancias relativas a la fuente de información. Al respecto hemos declarado que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente (STC 178/1993 , de 31 de mayo, FJ 5); por el contrario, la remisión a fuentes indeterminadas resulta insuficiente para dar por cumplida la diligencia propia del informador ( STC 21/2000 , de 31 de enero, FJ 8).

Nuestra jurisprudencia ha vinculado pues la información “rectamente obtenida” con el requisito de la veracidad, entendida como cumplimiento del deber de diligencia en la contrastación de la información; pero nunca hemos relacionado esa exigencia con la de que la obtención de los datos sea legítima, ni, por tanto, con el secreto de sumario (en el mismo sentido, STC 158/2003 , de 15 de septiembre, FJ 5). De modo que la cuestión de que la información publicada no pudiera ser objeto de difusión por haber sido obtenida ilegítimamente, es decir, quebrando el secreto de sumario y constituyera una revelación indebida” (art. 301 LECrim) es una cuestión distinta a la que aquí se examina. En efecto, lo que hemos de dilucidar en el presente caso es si la información publicada puede o no reputarse lesiva del honor y, por lo tanto, si, desde la perspectiva de la tutela que constitucionalmente corresponde al honor de las personas, estamos o no ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Delimitado así el objeto de nuestro juicio, el que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto —con la eventual responsabilidad de quienes hubiesen cometido tal transgresión— en

nada afecta al conflicto que aquí dilucidamos, pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor.

Consideración general a la que hay que añadir que, en el supuesto en cuestión, tal revelación del secreto de sumario no consta como un hecho probado en el proceso a quo. Es más, la cuestión fue expresamente excluida por el Juzgador de instancia, quien declaró en su Sentencia que el objeto del procedimiento era “la publicación periodística antedicha en cuanto pueda suponer intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y por tanto eludiendo cualquier pronunciamiento sobre la revelación de la información obrante en unas actuaciones procesales penales”(FJ 1). De ahí que en el proceso no quedara acreditado si la información publicada fue o no obtenida ilícitamente, y ello porque en el juicio no se probó de qué forma el medio de comunicación había tenido acceso a las declaraciones incorporadas a las actuaciones sumariales.

*Ha de concluirse, por tanto, que no puede apreciarse la inveracidad de la información publicada sobre la base de que constituya una revelación del secreto de sumario”.*

En similares términos se expresa, entre otras, la STC 216/2006, de 3 de julio (TOL 964.397), que cita a la anterior, y en la que textualmente se afirma que:

**“Lo que persigue la regla impositiva del secreto es impedir tal conocimiento y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo antes aludido, una segura represión del delito. Por consiguiente, aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán a fortiori ser objeto de difusión, por cualquier medio, lo cual implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado, es decir, en la medida en que aquello que se quiera**

***difundir o comunicar haya sido obtenido ilegítimamente, quebrando el secreto mismo del sumario, esto es, en la medida en que se esté ante lo que llama la ley procesal misma (art. 301) una revelación indebida. Cabe concluir, en coherencia con todo lo expuesto, que el secreto del sumario se predica de las diligencias que lo constituyen, y no es otra cosa, por cierto, dice literalmente el párrafo primero del art. 301 LECrim , esto es, de los actos singulares que en cuanto acto formal complejo o procedimiento lo integran. Tal secreto implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de revelaciones indebidas (art. 301.2 LECrim ) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión. Pero el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 CE ) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De ese modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima materia reservada sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre las actuaciones del órgano judicial que constituyen el sumario (art. 299 LECrim)”.***

I) Porque se puede llegar a reventar una investigación, con el consiguiente daño al interés público en la averiguación del delito. Pero además, si sucede, también conlleva una afectación del derecho de defensa (STS 471/2013 de 27 de enero). A todo ello habría que sumar que al obstaculizar y entorpecer la instrucción de una causa penal, se ocasiona la consiguiente pérdida de credibilidad de las instituciones públicas.

En resumen, hay que considerar que los **medios de comunicación** poseen dos grandes objetivos: la rentabilidad económica y la creación de opinión pública. E indudablemente “*las malas noticias*”, especialmente las vinculadas al crimen, permiten alcanzar ambos objetivos. De suerte que los medios no persiguen tanto el control o la manipulación, como un encauzamiento de la opinión pública hacia una determinada visión de la realidad. Esto es, hacia lo que SAMPEDRO ha calificado de “**identidades mediáticas**”.

Así pues, podríamos partir de la definición propuesta por MONTALVO ALBIOL, un **juicio paralelo** es “*aquel conjunto de informaciones y noticias, acompañadas de juicios de valor mas o menos explícitos, difundidas durante un determinado periodo de tiempo en los medios de comunicación sobre un caso, y con independencia de la fase procesal en la que se encuentre*”. Añadiendo que el juicio paralelo se construye con total independencia de la valoración crítica, desde una perspectiva técnico-jurídica, que merezcan las resoluciones judiciales.

Pues bien, esta clase de ejercicio de la libertad de información y expresión puede lesionar derechos fundamentales como el honor, la intimidad y el derecho a un proceso con todas las garantías, y particularmente puede vulnerar la presunción de inocencia, que obliga no solo a los poderes públicos, sino a todos los ciudadanos, incluidos los medios de comunicación.

### **3. El derecho a un proceso público y los límites al derecho de información y expresión\***

El derecho a un proceso público es un derecho fundamental de las partes y en especial del acusado que integra una garantía frente a una justicia secreta que escape de la fiscalización del público. No obstante, el principio de publicidad **no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto del juicio oral** que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia.

---

\* Procede aquí tener en cuenta el contenido de la Instrucción de la FGE de 1993.

Por tanto, **no es un derecho absoluto** tal y como ya lo han establecido las Sentencias del Tribunal Constitucional 174/2001; 100/2002; y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así, STEDH de 26 de septiembre de 1995, caso Diennet; 23 de abril de 1997, caso Stallinger y Kuso; 20 de mayo de 1998, caso Gautrin; 29 de septiembre de 1999, caso Serré. La STC Sala 2ª de 31 de enero de 1985 **reconocía la limitación del derecho a informar cuando la información procede de una revelación indebida.**

(...) En la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 8, la protección frente a declaraciones en los medios de comunicación acerca de procesos en curso y frente a juicios paralelos tiene su razón de ser en que éstos, no sólo pueden influir en el prestigio de los Tribunales, sino, muy especialmente, en que pueden llegar a menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de aquéllos, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo pueden influir en la decisión que deben adoptar los Jueces. Cuando efectivamente se da tal circunstancia, el derecho a un proceso con todas las garantías puede quedar conculcado, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida haya tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia haya tenido lugar (STEDH, de 29 de agosto de 1997, caso Worm 1997/15658, allí citada).

La STEDH 3 de octubre de 2000 (caso Du Roy y Malaurie contra Francia), declara genéricamente que los periodistas que redactan artículos sobre procedimientos penales en curso no deben franquear los límites fijados para una buena administración de la justicia, y deben respetar el derecho de un acusado a la presunción de inocencia.

En este contexto, la misma jurisprudencia ha dictado que *mientras “los hechos por su materialidad son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud”* (STC 107/1988, de 8 de junio). Por lo que, en suma, como recuerda CORTÉS BECHIARELLI, *la libertad de expresión no se encuentra sometida al requisito de la veracidad que sí adorna el*



*reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la libertad de información. Como es sabido, en la actualidad, el tratamiento informativo de los procesos judiciales se efectúa lato sensu, o, lo que es lo mismo, amparado por los dos derechos ex art. 20 CE a los que se ha hecho repetida referencia. Y es en este momento de la exposición cuando merece alcanzarse una de sus principales conclusiones: la actividad de los periodistas en esta materia debe alcanzar la difusión de noticias relacionadas con el curso de los acontecimientos procesales, sin más aditamentos especulativos, salvo que manifiestamente no comprometan, ni la independencia judicial, ni los derechos individuales del justiciable, con predominio, pues, de lo que se denomina reportaje neutral en la doctrina constitucional, pues la valoración crítica de la administración de justicia que se aleje de estas premisas desborda las paredes del principio según el cual que los media se hagan eco de lo ocurrido durante el juicio no sólo no merece en principio reproche constitucional alguno, sino que forma parte de las garantías del propio acusado frente a quienes ejercen potestad pública (ATC 195/1991, de 26 de junio). Cabe predicar lo mismo de la instrucción criminal, con los límites que es sabido que imponen los secretos interno y externo”.*

Es necesario por tanto precisar que el **reportaje neutral** se refiere a la libertad de información en sentido estricto, y es más que dudoso que cubra la libertad de expresión (SSTS 20 febrero 1997 y 1 octubre 2002). Especialmente cuando se abusa de la misma precipitando una opinión de culpabilidad anticipadamente. Nótese además que en numerosas ocasiones estas opiniones son vertidas por personas que no son juristas y en otros porque poseen algún interés particular, sea procesal, ideológico o económico-comercial. A todo lo anterior hay que sumar que el comentario periodístico no se elabora conforme al método inductivo utilizado por el juez, mediante el cual solo puede afirmar que un hecho ha sucedido “*con un alto grado de probabilidad y quizás con certeza práctica*” si la derivación es correcta. Es así como es posible examinar la valoración racional de la prueba. A esta primera operación judicial relativa a la hipótesis fáctica, de naturaleza empírica y deductiva, que ha de motivarse, sigue una segunda operación de carácter argumentativo basada en inferencias inductivas (ANDRÉS IBÁÑEZ).

#### 4. Derecho a un proceso con todas las garantías: imparcialidad judicial

La creación de un clima de opinión en relación con procedimientos judiciales trascendentes para la vida social o política de la ciudadanía puede contaminar la neutralidad judicial que, como se comprenderá, se separa en ocasiones de la parcialidad por una línea muy delgada. La CE proclama en su art. 117.1 la independencia de los jueces y magistrados, y el art. 13 LOPJ dispone que todos están obligados a respetarla. Es una condición intrínseca del derecho a un juicio con todas las garantías excluir las consideraciones subjetivas del Juez pues sin juez imparcial no hay un auténtico proceso jurisdiccional.

Aunque la imparcialidad judicial no es, en sí, un derecho fundamental de los relacionados con el proceso, la jurisprudencia constitucional la ha venido desarrollando, primero como derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, para después hacerlo, con más rigor, al derecho a un proceso público con todas las garantías. Y desde luego, no es inapropiado relacionar esta necesaria neutralidad con el derecho a la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha delimitado un doble aspecto relacionado con la exigencia de **imparcialidad judicial**. Así, se pone de relieve que *“la imparcialidad debe apreciarse según un criterio subjetivo, que trata de averiguar la relación personal de un Juez concreto en una determinada ocasión, o según un criterio objetivo, tendente a asegurar que ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”* (STEDH 28-10-1998, asunto Castillo Algar contra España).

En relación con esta vertiente objetiva se añade que *“consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos verificables autorizan a sospechar de la imparcialidad de este último. Con respecto a esto, incluso las apariencias pueden ser importantes. Va en ello la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los*

*justiciables y principalmente a los procesados. Deberá, por lo tanto, recusarse a todo juez del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto dado, de una razón legítima de temer en un juez un defecto de imparcialidad, hay que tener en cuenta el punto de vista del acusado, pero éste no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse como objetivamente justificados”* (Resolución TEDH 2-3-2000, caso Garrido Guerrero vs. España).

La **imparcialidad** como garantía no se detiene solo en ser y estar ajeno a la causa, sino que como ha declarado el TEDH, también el juez debe parecer imparcial (así ya desde la STEDH Delcourt de 17 de enero de 1970). Esto es, extiende su contenido a la **apariencia de imparcialidad**.

En definitiva, los juicios paralelos pueden lesionar los derechos individuales de los justiciables, así como el derecho a un proceso con todas las garantías y derecho a la tutela judicial efectiva, e igualmente la garantía jurisdiccional a ellos vinculada de la imparcialidad judicial.

Y aunque comúnmente predomina un enjuiciamiento de esta garantía desde la concurrencia solo de los requisitos objetivos de imparcialidad (VIVES ANTÖN), debe recordarse lo expuesto por LATORRE LATORRE, al decir que *“no es preciso que las informaciones tengan un efecto concreto sobre la causa, basta la mera probabilidad, probabilidad fundada para que se estime vulnerado el Derecho a un Juez imparcial”*. Es decir, los jueces y tribunales deben tener la apariencia de actuar con imparcialidad, y esta apariencia puede resultar dudosa en escenarios donde se ha generado un clima social de culpabilidad y condena anticipada y generalizada.

No obstante, este camino no está exento de obstáculos: primero, por la indeterminación del art. 219 LOPJ que ha dado paso a una jurisprudencia muy flexible al interpretar las causas de abstención y recusación. Y segundo, porque la protección penal de la independencia judicial es insuficiente, ya que el art. 464 CP no incluye como sujetos pasivos a los jueces, y porque en el art.

508,2º CP solo se castiga la conducta realizada por otros funcionarios o autoridades. Es por ello que, a diferencia de otros sistemas legales, nuestra legislación penal adolece de una adecuada e integral tutela de esta garantía jurisdiccional.

## 5. Normativa y jurisprudencia europea

Procede tener presente en este punto la **DIRECTIVA (UE) 2016/343 DEL PARLAMENTO EUROPEO y DEL CONSEJO de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.** A continuación, por su relevancia, se seleccionan algunos extractos del texto original:

***Considerando 4: La aplicación de dicho principio parte de la premisa de que los Estados miembros confían en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. El alcance del principio de reconocimiento mutuo depende de una serie de parámetros entre los que se incluyen mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas o acusadas y la definición de las normas mínimas comunes necesarias para facilitar la aplicación de dicho principio.***

*(7) El 11 de diciembre de 2009, el Consejo Europeo acogió favorablemente el plan de trabajo y lo incorporó al Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2) (punto 2.4). El Consejo Europeo destacó que el plan de trabajo no era exhaustivo y pidió a la Comisión que examinara nuevos aspectos de los derechos procesales mínimos de los sospechosos y acusados, y que estudiara la necesidad de abordar otras cuestiones, por ejemplo la presunción de inocencia, a fin de fomentar una mejor cooperación en ese ámbito.*

(8) *Sobre la base del plan de trabajo se han adoptado hasta la fecha tres medidas sobre los derechos procesales en el proceso penal, a saber, las Directivas 2010/64/UE (3), 2012/13/UE (4) y 2013/48/UE (5) del Parlamento Europeo y del Consejo.*

(9) *La finalidad de la presente Directiva consiste en reforzar en el proceso penal el derecho a un juicio justo, estableciendo unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el juicio.*

(10) *Mediante el establecimiento de normas mínimas comunes sobre la protección de los derechos procesales de los sospechosos y acusados, la presente Directiva tiene la finalidad de reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y contribuir de este modo a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal. Dichas normas mínimas comunes pueden suprimir también los obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos en el territorio de los Estados miembros.*

(11) *La presente Directiva únicamente debe aplicarse al proceso penal tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «el Tribunal de Justicia»), sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva no debe aplicarse ni a los procedimientos civiles ni a los administrativos, en particular a aquellos procedimientos administrativos que puedan dar lugar a sanciones, como los procedimientos en materia de competencia, comercio, servicios financieros, infracciones de tráfico, tributos o recargos tributarios, ni a las investigaciones que las autoridades administrativas efectúen en relación con tales procedimientos.*

(12) *La presente Directiva debe aplicarse a las personas físicas sospechosas o acusadas en un proceso penal. Debe aplicarse desde el momento en que una persona sea sospechosa o esté acusada de haber*

*cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, y, por lo tanto, incluso antes de que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan comunicado a dicha persona, mediante notificación oficial u otra vía, su condición de sospechosa o acusada. La presente Directiva debe aplicarse en cualquier fase del proceso penal hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si el sospechoso o acusado ha cometido la infracción penal. El ámbito de aplicación de la presente Directiva no debe incluir las acciones ni los recursos judiciales que solo puedan ejercitarse o interponerse una vez que la resolución de que se trate sea firme, incluidos los recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

*(13) La presente Directiva reconoce diferentes necesidades y grados de protección con respecto a determinados aspectos de la presunción de inocencia de las personas físicas y jurídicas. Por lo que respecta a las personas físicas, dicha protección se refleja en jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los derechos que dimanarían de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas.*

*(15) La presunción de inocencia de las personas jurídicas debe ampararse en las garantías legales y jurisprudencia existentes, cuya evolución determinará la necesidad de una intervención de la Unión.*

*(16) Se vulneraría la presunción de inocencia si las declaraciones públicas de las autoridades públicas, o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena se refiriesen a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley. Dichas declaraciones y resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable. Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el escrito de acusación, y sin perjuicio de las resoluciones judiciales como resultado de las cuales*

*adquiere eficacia una condena suspendida, siempre y cuando se respete el derecho de defensa. Se entiende, asimismo, sin perjuicio de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en sospechas o pruebas de cargo, como las resoluciones relativas a la prisión preventiva, siempre y cuando no se refieran al sospechoso o acusado como culpable. Antes de adoptar una resolución preliminar de carácter procesal, la autoridad competente debe comprobar previamente que existen suficientes pruebas de cargo contra el sospechoso o acusado que justifiquen la resolución de que se trate, y la resolución podría contener una referencia a dichas pruebas.*

*(17) Por «declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas» debe entenderse cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos, bien que sin perjuicio del Derecho nacional en materia de inmunidad. (18) La obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no debe impedir que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal, como por ejemplo cuando se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal, o con el interés público, como por ejemplo cuando, por razones de seguridad, se facilita información a los habitantes de una zona afectada por una presunta infracción penal contra el medio ambiente, o cuando el ministerio fiscal u otra autoridad competente facilita información objetiva sobre el estado de la causa penal con el fin de evitar alteraciones del orden público. El recurso a este tipo de motivos debería limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses. En cualquier caso, la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la*

*persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley.*

*(19) Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que, cuando faciliten información a los medios de comunicación, las autoridades públicas no se refieran a los sospechosos o acusados como culpables mientras no se haya probado con arreglo a la ley la culpabilidad de esas personas. A tal fin, los Estados miembros deben informar a las autoridades públicas de la importancia de tener debidamente en cuenta la presunción de inocencia cuando faciliten o divulguen información a los medios de comunicación. Ello se entiende sin perjuicio del Derecho nacional en materia de protección de la libertad de prensa y otros medios de comunicación. (20) Las autoridades competentes deben abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad, por ejemplo para impedir que los sospechosos o acusados se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o para impedir que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas. La posibilidad de aplicar medios de coerción física no implica que las autoridades competentes deban adoptar una decisión formal sobre el uso de tales medios.*

*(21) Cuando resulte viable, las autoridades competentes tampoco deben presentar a los sospechosos o acusados ante los órganos jurisdiccionales o el público vistiendo indumentaria de prisión, para evitar dar la impresión de que esas personas son culpables. (22) La carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio*



*del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Dichas presunciones deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.*

*(44) El principio de eficacia del Derecho de la Unión exige que los Estados miembros implanten vías de recurso adecuadas y eficaces en caso de vulneración de algún derecho otorgado a las personas físicas por el Derecho de la Unión. Toda vía de recurso eficaz, de la que se pueda disponer en caso de vulneración de alguno de los derechos establecidos en la presente Directiva, debe surtir, en la medida de lo posible, el efecto de colocar a los sospechosos o acusados en la misma situación en que se hubiesen encontrado de no haberse producido tal vulneración, con miras a proteger el derecho a un juicio justo y el derecho de defensa.*

*(47) La presente Directiva promueve los derechos y principios fundamentales reconocidos por la Carta y el CEDH, incluidos la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, el derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la integridad de la persona, los derechos del menor, la integración de las personas discapacitadas, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Debe tenerse especialmente en cuenta el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), según el cual la Unión reconoce los derechos, libertades y principios definidos en la Carta, y en virtud del cual los derechos fundamentales, garantizados por el CEDH y*

*resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, deben constituir principios generales del Derecho de la Unión.*

*(49) Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, fijar un conjunto de normas mínimas comunes acerca de determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio en el proceso penal, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros sino que, debido a su dimensión y efectos, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.*

*Artículo 1 **Objeto** La presente Directiva establece normas mínimas comunes relativas a: a) determinados aspectos de la presunción de inocencia en el proceso penal; b) el derecho a estar presente en el juicio en el proceso penal.*

*Artículo 2 **Ámbito de aplicación** La presente Directiva se aplica a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales. Es aplicable a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión.*

*Artículo 3 **Presunción de inocencia** Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley.*

*Artículo 4 **Referencias públicas a la culpabilidad** 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que,*

*mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable. Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo. 2. Los Estados miembros velarán por que se disponga de medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 1 del presente artículo, de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables, de conformidad con la presente Directiva, en particular con su artículo 10. 3. La obligación establecida en el apartado 1 de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público.*

**Artículo 5 Presentación de los sospechosos y acusados** 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos y acusados no sean presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física. 2. El apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar los medios de coerción física que sean necesarios por motivos del caso específico, relacionados con la seguridad o la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas.

Por su parte, el derecho a un proceso público es un derecho del justiciable, no de la sociedad. En efecto, como dispone el CEDH, en el Art. 6.1: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída [...] públicamente” y que “La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o

parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

En este sentido la doctrina del Tribunal de Estrasburgo es unánime en considerar que el derecho a un proceso público representa un principio fundamental que informa, desde la base, el funcionamiento de toda sociedad democrática. Este derecho, desde el punto de vista funcional, realiza dos finalidades distintas:

- por un lado, protege a los justiciables de una justicia secreta y sin control de la opinión pública -dimensión subjetiva del Derecho a un proceso público-;
- por otro, contribuye a preservar la confianza de la sociedad en los juzgados y tribunales -dimensión objetiva del Derecho a un proceso público-.

Se trata de un planteamiento que hoy en día podemos considerar pacífico, puesto que el TEDH lo reproduce en la mayoría de sus sentencias sobre la publicidad procesal; asimismo, igual importancia le reconocen coherentemente, por un lado, el Tribunal Constitucional español<sup>20</sup>, y, por otro, la doctrina. En este sentido, vemos cómo el Derecho a un proceso público representa una garantía frente la arbitrariedad de los Tribunales, que refuerza todo el sistema de protección elaborado por el Art. 6 del CEDH. De hecho, exigiendo transparencia en la administración de la justicia, los Jueces se hacen conscientes de que su actividad está expuesta a la fiscalización del público y al juicio común. De estas formas, la imparcialidad e independencia de los órganos jurisdiccionales se pueden “públicamente verificar”, tal como ha evidenciado el Tribunal de Estrasburgo en los casos Fedje c. Suecia y Tierce y otros c. San Marino. El reconocimiento de una función objetiva del Derecho a la publicidad del proceso conlleva una cercanía funcional y dogmática con otro derecho fundamental en una sociedad democrática: el derecho a la información.

Tanto, por un lado, el acceso de los ciudadanos a las salas de justicia como, por otro, el de los medios de comunicación -en este último caso se suele hablar de “publicidad procesal mediata”- producen de forma simultánea ambos efectos propios del derecho a un proceso público: es decir dar garantías individuales a los justiciables frente a cualquier abuso por el poder judicial y al mismo tiempo asegurar un control -que se supone “objetivo”- sobre los jueces. Es interesante señalar cómo estas dos dimensiones producen también consecuencias importantes por lo que concierne a la perspectiva de la titularidad del derecho a la publicidad del proceso. Todo lo que antes se ha afirmado, en relación a la importancia de la información desde las salas de justicia, podría llevarnos a creer que los medios de comunicación e información son legítimos cotitulares - junto con los justiciables- del derecho a la publicidad del proceso y que lo es también, por extensión, la colectividad, destinataria de esta información. Pero lo cierto es que las cosas no son así. La característica de la doble *dimensionalidad* del derecho a la publicidad del proceso produce sus efectos también sobre la titularidad del derecho mismo, ya que el Tribunal de Estrasburgo es unánime al considerar que esta titularidad sólo la poseen los ciudadanos en tanto que justiciables y sólo ellos estarían, pues, legitimados para invocar su eventual violación.

Otra cuestión es la que atañe a la libertad y al derecho de informar y ser informados, posición jurídica de inmenso valor en una sociedad democrática, pero conceptualmente diferente tanto del derecho a un proceso público, como del derecho a la tutela judicial efectiva. La importancia de esta distinción entre derechos fundamentales es fácilmente comprensible si consideramos las hipótesis en las que pueden producirse conflictos entre la necesidad de informar y la de salvaguardar determinados principios e valores, a los que se refiere el mismo Art. 6.1 CEDH. En este sentido, un aspecto que ha de aclararse es que, pese a su importancia, el derecho a un proceso público no es un derecho absoluto, y puede, por lo tanto, sufrir importantes limitaciones, dependiendo de los casos y de las circunstancias concretas. El mismo Art. 6 del CEDH lo pone de manifiesto cuando plantea toda una serie de excepciones -“... el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido [...] en interés de la

moralidad, del orden público o de la seguridad nacional [...], cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan [...] cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”-, y por otro, el mismo Tribunal de Estrasburgo también ha contribuido a aportar otros importantes límites a este derecho. En este sentido, se aprecia que no siempre la ausencia de publicidad se puede catalogar como violación del Art. 6 CEDH y del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva. De ello nos da una demostración el TEDH cuando, en el caso B. P. c. Reino Unido, pone de manifiesto que la mera “*exigencia formal de publicidad*” en sí misma no es suficiente para demostrar la efectividad de una indefensión. Es lo que queda demostrado también en otro caso -Guisset c. Francia- en el que el Tribunal de Estrasburgo pone de manifiesto que el recurrente, absuelto por los tribunales nacionales, puede legítimamente invocar indefensión debido a que se le vulneró el derecho al proceso equitativo por el simple hecho de no haberse celebrado públicamente los procesos en los que estaba imputado. Estos dos casos proporcionan una idea clara de la importancia del análisis de cada caso concreto a la hora de establecer si la ausencia de la publicidad se traduce o no en una violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde el punto de vista del “contenido”, el derecho a un proceso público es sin duda un derecho de prestación, que garantiza una determinada forma o manera de conducir la actividad jurisdiccional: es decir, la celebración de las audiencias con puertas abiertas, con la posibilidad de acceso a las salas de justicia por parte de terceros, además del pronunciamiento público de las sentencias. Por ello, coherentemente con lo reconocido en la jurisprudencia del TEDH, la expresión “proceso público” puede considerarse sinónima de un “juicio oral accesible al público”, quedando excluida cualquier otra forma de realizar la publicidad procesal. La esencia de este contenido queda reflejada en la STEDH, relativa al caso Riepan c. Austria, donde se sostiene que el Art. 6 del CEDH exige que “el público pueda obtener información acerca de la fecha y del lugar” de celebración del juicio, y que al mismo tiempo la sala “sea de fácil accesibilidad”. Otro elemento importante referente al contenido del derecho a la publicidad procesal -íntimamente relacionado con el derecho a la imparcialidad

e independencia del Tribunal- está representado por la exigencia de que el juicio se celebre siempre ante el mismo juez del que depende el fallo. Efectivamente la fiscalización de la actitud del órgano jurisdiccional es posible y adquiere sentido sólo si el juez cuyo fallo se hace público es el mismo que ha dirigido el proceso.

Por último, tenemos que hablar de la publicidad de las resoluciones judiciales, que representan un momento fundamental en el que se sustancia todo el procedimiento jurisdiccional. La necesidad de que las sentencias sean públicamente pronunciadas satisface dos exigencias básicas: – por un lado, permite el control -final- de la actividad jurisdiccional por parte de la comunidad, de cara a asegurar un juicio con todas las garantías; – por otro, asegura al interesado, por lo menos, la posibilidad.

## VIII. CONCLUSIONES

**Primera.** Existen escasos pronunciamientos jurisprudenciales sobre estas conductas.

**Segunda.** Se deben compatibilizar el derecho de defensa, incardinado el derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, junto al los derechos al honor e intimidad con la libertad de información.

**Tercera.** Sin embargo, la anterior afirmación no deja de ser en la actualidad una aspiración, pues la realidad muestra inequívocamente que el conflicto no es tal, pues siempre que realmente se produce el citado conflicto, la libertad de información prevalece, desplaza y conculca al derecho de defensa. Por consiguiente se transforma en un derecho absoluto sin límite alguno ni cauces que fijen su ejercicio legítimo. El secreto externo carece de reconocimiento en

la práctica, y la libertad de información está por encima de cualquier otra consideración.

**Cuarta.** De acuerdo a una sólida jurisprudencia constitucional antes analizada, en la actualidad resulta de difícil éxito emprender acciones de tutela penal del honor, a pesar de que procedan de una vulneración del secreto sumarial si la información revelada resulta veraz. En este sentido recordar lo que explícitamente declara el TC: “(...) *el que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto —con la eventual responsabilidad de quienes hubiesen cometido tal transgresión— en nada afecta al conflicto que aquí dilucidamos, pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor*” (STC 54/2004).

**Quinta.** De igual forma, la doctrina constitucional distingue claramente que la declaración de “materia reservada” no se proyecta sobre la información de los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, sino exclusivamente sobre las actuaciones del órgano judicial que constituyen el sumario. Por consiguiente, para afrontar una querrela por revelación del secreto sumarial ha de tratarse de demostrarse que lo revelado son el objeto de las actuaciones judiciales en si mismas.

## **IX. PROPUESTAS.**

En atención al desequilibrio existente en la realidad, se formulan las siguientes PROPUESTAS:



## **A). Iniciativa de reforma legislativa.**

El secreto profesional de los periodistas no tiene desarrollo legal en nuestro ordenamiento a diferencia de otros países. En este escenario se alega un conflicto con el “derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes”, que entra en conflicto tanto con el interés público con reconocimiento constitucional al secreto en la averiguación de los delitos, como igualmente colisiona con los derechos individuales al honor, a la presunción de inocencia y al derecho de defensa (cfr. STS 30 junio 2009, TOL 1.723.148). Por tanto, debe insistirse, por encima de otras consideraciones, en la exigencia de desarrollo legal del art. 20,1º d) CE.

Es por todo ello que se recomienda a los diferentes organizaciones colegiales que impulsen una reforma legislativa en este sentido, armonizando nuestra legislación con la de otros países de nuestro entorno. Es momento que el Consejo General de la Abogacía Española cobre el papel que le corresponde en defensa de los derechos fundamentales e igualmente ocupe una posición protagonista en los procesos de reforma legislativa.

Junto a ello, siguiendo alguna opinión doctrinal (CORTÉS BECHIARELLI), la organización colegial debería también impulsar una modificación del art. 466 CP para que incluya explícitamente la posibilidad de revelación de este deber de sigilo *extrapartes*, esto es, realizada por un tercero ajeno al proceso. Desde luego podría articularse con una penalidad inferior a la asignada a la revelación cometida por funcionarios o por cualquier parte procesal. Y la justificación de este cambio legislativo residiría en el denunciado desequilibrio a favor siempre de la libertad de información. En efecto, porque la exclusión de persecución de la revelación practicada por terceros contribuye activamente al constante debilitamiento de los fines públicos del secreto de sumario (la averiguación de los delitos), como también al vaciamiento en casos de colisión de los derechos individuales de los justiciables. Y es manifiesto que con la actual redacción del precepto penal la opción de su persecución queda difuminada.

En este sentido tendría que proponerse la incorporación al art. 466 CP de una estructura similar al actual art. 197 CP, que al disociar el castigo entre la conducta de descubrimiento y la de revelación, posibilita estimar consumado el delito de revelación sin que sea preciso su verificación como delito de resultado cortado.

Debería proponerse la introducción en nuestro ordenamiento de instrumentos normativos de tutela semejantes a los previstos en legislaciones de nuestro entorno cultural, y que en todo caso son sumamente respetuosos con la libertad de información y de expresión. Así por ejemplo figuras punitivas como el ***Contempt of Court*** de los modelos anglosajones, que comporta medidas de restricción de determinadas informaciones y consideradas medios extraordinarios de la tutela del derecho al proceso debido, coexistentes con otros mecanismos ordinarios de protección.

El recurso al derecho comparado nos muestra una evolución en Francia hacia la tutela penal, mediante figuras comunes contenidas en el CP y también de delitos específicos contemplados en la Ley de Prensa. Todo ello orientado a fortalecer el derecho a presunción de inocencia a través de la garantía a un juez imparcial, especialmente durante la instrucción. Pero igualmente se considera necesaria la protección penal del derecho al honor, tanto referido a particulares como a funcionarios públicos. El modelo francés se complementa con prohibición de publicar escritos procesales con anterioridad a la audiencia pública, bajo amenaza de multa.

A este respecto es esencial insistir y subrayar la íntima vinculación entre el derecho al honor y a la presunción de inocencia, ligada a la garantía de imparcialidad y al conjunto de derechos a un proceso justo, como límites constitucionalmente legítimos a la libertad de información y expresión.

Sería conveniente aprovechar el momento actual en que se haya en prolongado estado de reforma la LECRIM para tratar de introducir las modificaciones expuestas, con el objetivo de armonizar nuestra legislación al espacio común europeo.

Otra forma efectiva de evitar este tipo de filtraciones sería prohibir la información relativa a causas declaradas secretas.

Aunque una medida de este calado implicaría una restricción del derecho a la información, hay que tener en cuenta que ningún derecho es absoluto. A veces, el derecho de una persona o colectivo interfiere con el de otra, o incluso con el interés general, y en esos casos habrá que ponderar qué derecho debe prevalecer.

## **B). Demanda civil de protección del derecho al honor.**

El art. 7.4 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, considera intromisión ilegítima en el honor, la intimidad o la propia imagen “*la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*”. Ciertamente el texto legal comprime mucho, por razón de su específico objeto, la posible reparación en sede jurisdiccional civil de las indiscreciones relacionadas con el *secreto interno*.

Pero también debe hacerse referencia al párrafo séptimo del mismo art. 7 de la citada ley de 1982, referente a la “*divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena*”. Existe un precedente en la STS 5 de Febrero de 1998 que lo aplicó en un supuesto de revelación de datos sumariales, entendiendo dicha resolución “*que no se puede hablar de una información veraz desde el instante mismo en que se ha quebrantado el secreto genérico sumarial para obtener los datos que constituyen el núcleo de la referida información, que, por otra parte, y así se puede afirmar, no servirá nunca para formar una opinión libre y que redunde en beneficio del ente social, pero sí para conseguir un mayor beneficio comercial*”.

Por otro lado, procedería la comunicación de la filtración a la agencia estatal de protección de datos en el caso de que por parte de los periodistas se hayan revelado datos de carácter personal, por lo que el abogado de la administración de justicia no habría cumplido su deber de vigilancia, con la imposición de sanciones a los juzgados, como medio coercitivo para que procuren el deber de sigilo.

### **C). Denuncia en la jurisdicción penal.**

En la misma dirección que citada resolución anterior, la jurisprudencia constitucional abre una vía al declarar que solo es lícita la información “*que efectivamente es amparada por el Ordenamiento*”. De suerte que si la afectación al derecho al honor queda cerrada por el recurso a la veracidad de la información, queda por explorar la lesión de la revelación al **derecho de defensa en sentido estricto y/o a la presunción de inocencia, esto es, vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva**. La CE exige el tratamiento como inocente de todo ciudadano, tanto dentro del proceso como también y con idéntica fuerza como regla de tratamiento extraprocesal.

Esta argumentación puede reforzarse, o incluso emprenderse de forma autónoma, desde la perspectiva de la afectación a la garantía de **imparcialidad judicial**. En este sentido cabe recordar que constitucionalmente los llamados “juicios paralelos” resultan ilegítimos, puesto que la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación (STC 136/1999, de 20 de julio).

Nuevamente hay que subrayar que las diligencias sumariales siempre están reservadas frente al conocimiento de terceros ajenos al proceso. Y que las declaradas secretas están protegidas penalmente frente a revelaciones realizadas por funcionarios públicos, y en ciertos casos también por las cometidas por abogados y procuradores. Y en todo caso constituyen delitos públicos perseguibles de oficio. Podría decirse que nuestro derecho punitivo

ofrece ya una tutela, aunque parcial, del derecho a un proceso con todas las garantías. Por tanto, la cuestión es muy simple: no se aplica la ley vigente en la práctica cotidiana.

Establece el **artículo 301 de la L.E.Crim.** que **“Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley. El abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corregido con multa de 500 a 10.000 euros. En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo”**. Por tanto, las actuaciones sumariales son reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral penándose cualquier relevación de la causa con multa de 500 a 10.000 €, inclusive pudiendo incurrir en el **delito tipificado en el art. 199 C.P.**

Si se produce una filtración de las actuaciones por parte de periodistas, atendiendo a los hechos, y a la especificidad de las informaciones publicadas, dicho conocimiento sólo puede darlo el tener los autos en su poder, y estos parecen obtenidos de quien tenía conocimiento de los mismos por razón de su cargo, y que por su naturaleza debía mantener el sigilo, haciendo con su conducta, voluntariamente asumida, que la acción realizada, atacara el bien jurídico protegido por la norma penal (antijuricidad material) del delito de revelación de información previsto y penado en el artículo 417 CP., que no es otro que el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y su credibilidad, tal y como señala la STS 471/2013 de 27 de enero, el obstaculizar y entorpecer la instrucción de una causa penal, conlleva la consiguiente pérdida de credibilidad de las instituciones públicas.

Por tanto, y siguiendo con dicha premisa, los periodistas que hayan publicado las actuaciones judiciales podrían ser considerados como **partícipes**, porque si bien, carecen de la condición personal necesaria para la comisión del delito especial **a título de autores materiales**, han contribuido efectivamente con sus actos al hecho criminal y a la acción nuclear del tipo penal consistente en la

revelación, resultando su actividad imprescindible para la consumación del propósito delictivo proyectado, asumido por ambos en el contexto de un concierto previo.

Es preciso recordar como el Tribunal Constitucional en la ya lejana **STC Sala 2ª de 31 de enero de 1985** reconocía la limitación del derecho a informar cuando la información procede de una revelación indebida.

Existen precedentes sobre la comisión de un delito de revelación de secretos por parte de periodistas que hayan publicado parte del sumario, **habiendo obtenido dicha información de una fuente ilícita.**

Por **Auto de fecha 24 de septiembre de 2015** dictado por el **Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid** en sus **Diligencias Previas nº 4588/2014**, se procede a la transformación en Procedimiento Abreviado, estableciendo en su Fundamento Jurídico Único: ***“Desprendiéndose de lo actuado que los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de una presunta infracción penal imputada a PML, M. De la C. M. M., comprendidas en los artículos 14.3 y 779.1 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede seguir los trámites que establece el Capítulo II, Título III, Libro IV de dicha Ley Procesal para el Procedimiento Abreviado.***

***De las diligencias practicadas hay indicios de el 11 de julio de 2014 se publicó en el diario ABC un artículo firmado por P. M. y C. M. titulado “Bárceñas, un capo de la Camorra”, en que se reproducen frases referentes a Luís Bárceñas supuestamente dichas por Ciro Rovai, que se afirmaba que era el jefe del clan con el mismo nombre, durante una conversación telefónica mantenida con un tal Francisco. La conversación se había intervenido judicialmente en el curso de las diligencias previas nº 87/12 tramitadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional (...).”***

Por **Auto de fecha 11 de abril de 2016** dictado por el mismo Juzgado, se acuerda la apertura de juicio oral y se tiene por formulada la acusación contra los periodistas del diario abc, cruz morcillo y pablo Muñoz, acusados por un delito de revelación de descubrimiento y revelación de

**secretos, solicitando el ministerio fiscal una pena de dos años y seis meses de prisión y 20 meses de multa con cuota diaria de 50 euros, por publicar el contenido de una escucha telefónica de dos investigados de la mafia italiana que hablaban sobre Luis Bárcenas. Los dos periodistas acusados publicaron el 11 de julio de 2014 una noticia titulada "Bárcenas a un capo de la Camorra: política y mafia son lo mismo", en donde revelaba una conversación intervenida.**

El Ministerio Fiscal sostuvo en su escrito de acusación que el ejercicio de la acción penal no tiene que ver con que la publicación del artículo, y por tanto de las escuchas que estaban en el sumario, pudieran o no interferir con la investigación que se estaba llevando a cabo en la operación Tarantela de la Guardia Civil contra la mafia italiana ni con el procedimiento judicial de Bárcenas, sino con el **"acceso ilícito a una conversación intervenida y de la que se apropió un desconocido en el marco de una investigación judicial y que se la entregó a los periodistas, quienes publicaron su contenido a sabiendas de su ilicitud"**. Por tanto, **"Los hechos revisten caracteres delictivos al haberse apoderado por medio que se desconoce de varias conversaciones telefónicas interceptadas por orden judicial"**.

El Fiscal Julián Salto ya informó en el escrito de oposición al sobreseimiento de la causa instada por la defensa de los periodistas declarando que **"con independencia de que un caso esté bajo secreto o no, ni la prensa ni cualquier persona pueden revelar públicamente cualquier información obtenida en el seno de un procedimiento judicial"**.

El procedimiento al que se refiere es el investigado por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional. Fue el titular de ese Juzgado el Magistrado Fernando Andreu, quien decidió abrir una pieza separada para investigar el asunto, para lo cual **solicitó el listado de llamadas entrantes y salientes de los teléfonos de los periodistas encausados de una semana antes de la publicación de la noticia**, así como los titulares de esos números. Tras pedirlo la Fiscalía, el Magistrado se inhibió, repartiéndose la denuncia que recayó en el Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid al que se remitieron todas las diligencias practicadas.)

Que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la no prohibición de la publicación de noticias relacionadas con investigaciones judiciales, **siempre que, el periodista las haya obtenido en fuentes ajenas al caso.**

**Si de la documentación aportada es perfectamente verificable que los periodistas poseen copia de las actuaciones, siendo esa obtención ilícita del sumario su única fuente, los periodistas no la han obtenido de fuentes ajenas al proceso.**

La cuestión es que cabe denunciar esas situaciones y tratar de cambiar poco a poco la jurisprudencia que ampara el derecho a la libre información cuando choque con el derecho de defensa o con otros intereses legítimos penalmente tutelados.