

# La publicación de informaciones obtenidas en una causa judicial declarada secreta: ¿hacia una extensión de la responsabilidad penal al medio informativo por revelación de secretos?

Es mejor plantear la pregunta de manera directa, y pasar después a las explicaciones: ¿merecería la pena (es decir, traería más ventajas que inconvenientes) prohibir (con sanción penal) la difusión en medios de comunicación de hechos cuyo conocimiento hubiera sido obtenido a través de actuaciones judiciales restrictivas de derechos fundamentales protegidas por el secreto sumarial mientras el secreto no se alza, y que pusieran en peligro o frustrasen los fines de la investigación? ¿Debería poder condenarse en esos casos **no solo a quien filtra la noticia**, sino **también a quien la publica o difunde**?

**MIGUEL PASQUAU LIAÑO**

## **1. Razones para no prohibir.**

Sé que hay una respuesta común para la pregunta planteada: “no”. No, porque merece la pena ser radical en la libertad de los medios de información para divulgar noticias y hechos que sean veraces y tengan relevancia para la formación de la opinión pública. No, porque cualquier límite relativo a la fuente de la información o a su modo de obtención constituye una peligrosa enmienda a eso tan

importante que es que los ciudadanos tengan acceso a la verdad a través del mejor instrumento que históricamente se ha conocido para ello, que es el pluralismo de los medios de información y la consiguiente competencia entre ellos. No, porque frente a las filtraciones, igual que frente a las intromisiones en el ámbito de la intimidad, el mejor método es el cuidado en el tratamiento de la información de que se dispone y la autorre-

**Miguel Pasquau Liaño** es profesor titular de Derecho Civil y magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

gulación de los medios informativos, y no la mordaza o la prohibición de publicar. No, porque las limitaciones al derecho a la información tienen el peligro de extenderse, de hacerse elásticas y de acabar delimitando arbitrariamente lo que se puede decir y lo que no se puede decir, y el siguiente paso sería preguntarse por qué no prohibir la información sobre secretos de Estado, sobre deliberaciones de órganos administrativos o, en última instancia, sobre cualquier hecho cuyo conocimiento se haya obtenido ilícitamente. No, porque para los excesos de los medios ya hay una respuesta jurídica, que es la responsabilidad civil por intromisión ilegítima contra el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que ha sido perfilada exquisitamente por la jurisprudencia.

Las limitaciones al derecho a la información tienen el peligro de extenderse

Esta respuesta no solo es la habitual, sino que está cargada de poderosas razones. Tanto, que la primera reacción cuando uno hace la pregunta en voz alta en ambientes que no sean judiciales se da cuenta de que es percibida como una pregunta “antipática”. ¡Ya estamos con los límites!, parece que estoy oyendo decir. Yo mismo, una de cada cuatro o cinco veces que me la hago, me contesto que quizás sea mejor dejar las cosas

como están, puesto que al fin y al cabo tampoco va la cosa tan mal, y porque he de reconocer que en alguna ocasión me ha alegrado ver publicados hechos “interesantes” que proceden de una causa judicial abierta.

Pero tres de cada cuatro, o cuatro de cada cinco veces, me contesto que sí podría tener sentido esa prohibición, que no transgrediría ningún principio escrito en los cielos (ni tampoco en la Constitución) y que podría suponer una mejora de la calidad tanto del espacio informativo como del no menos importante espacio judicial.

Voy a intentar exponer las razones que podrían justificar la prohibición, como si estuviese convencido de ellas. Ya llegarán las alegaciones en contra.

## 2. Una prohibición con contornos bien definidos.

Pero primero, para espantar confusiones, intentaré delimitar con la mayor precisión a qué me estoy refiriendo:

**A)** En primer lugar, estoy hablando de una sanción penal, y no una indemnización civil. Esa sanción la concibo más como de carácter pecuniario (no prisión), pero no tendría carácter indemnizatorio: una cosa es reparar un daño (indemnización) y otra castigar una infracción (multa).

**B)** En segundo lugar, me refiero a una responsabilidad del medio informativo (un periódico, una radio, una televisión, una página web creada al efecto), y no

a la del particular que suministra o filtra la información, pues la responsabilidad de este último no plantea duda alguna: ya está contemplada en el código penal vigente. La cuestión estriba en si la difusión de la noticia delictivamente filtrada contribuye a la consumación del delito o a la amplificación de sus efectos, y si, por tanto, es atribuible una responsabilidad penal al medio.

**C)** En tercer lugar, y sobre todo, limita la prohibición a “hechos conocidos exclusivamente como consecuencia de actuaciones judiciales”. Es decir, por ejemplo, el contenido de conversaciones u otras comunicaciones intervenidas judicialmente para investigar un delito, los objetos hallados en una diligencia de entrada y registro acordada por el juez, el resultado de una comisión rogatoria al extranjero o las declaraciones efectuadas por un testigo en sede judicial, con obligación de decir la verdad precisamente por estar declarando ante un órgano judicial.

Se trata, pues, de “hechos que no habrían sido conocidos de otro modo”, más que por una decisión que solo un juez puede adoptar, y que solo pueden ser adoptadas por razones justificadas de interés para la investigación de un delito grave: ha debido ser el juez, pues, el que abra la puerta de acceso al conocimiento del hecho, ya que sin la intervención del juez la puerta no habría podido ser derribada a patadas.

Aclaro que la prohibición no podría

afectar a “hechos conocidos fuera del proceso”, aunque hayan sido llevados también al mismo (por ejemplo, un testigo presencial cuenta a un periodista lo que ha visto; un contable o auditor entrega la copia de un documento al que tuvo acceso en el ejercicio de su profesión, y no por mandato judicial, aunque el original lo hubiese aportado al juzgado; el propio investigado filtra voluntariamente informaciones de que dispone que le convienen, o alguien oye en un bar a un abogado decir algo sobre su cliente relativo al asunto que está declarado secreto).

Tampoco afectaría a la información sobre el “hecho en sí del proceso” (“se está investigando a tal persona y todo indica que por este delito”, o “ha sido llamado a declarar esta persona”, o “ha ingresado en prisión preventiva”). En este último caso, se estaría informando de actuaciones judiciales, pero no de las informaciones obtenidas por las mismas.

**D)** En cuarto lugar, las diligencias judiciales a través de las cuales se ha tenido conocimiento del hecho han de estar expresamente declaradas secretas, y la prohibición únicamente duraría mientras no se alzase el secreto. No me refiero, pues, al secreto propio de toda investigación penal (que no admite información relevante fuera del círculo procesal del juez y las partes), sino al secreto “especial” que permite privar incluso a las partes –incluido el investigado– temporalmente de su conocimiento:

estaríamos hablando de una información que, según el criterio del juez, no ha de ser conocida todavía por la persona investigada, y que ha sido filtrada desde la policía, desde el juzgado o por cualquier persona que haya tenido intervención en la investigación.

E) Y en quinto lugar, la difusión de tal hecho así conocido ha de comportar un riesgo para la investigación, poniendo en peligro, frustrando o neutralizando las razones para el buen fin de la instrucción.

## El derecho a ser informado colisiona con el interés público de eficaces investigaciones judiciales

Es posible que hubiera que precisar aún más el ámbito de la prohibición; pero, al menos, la delimitación propuesta tiene la virtud de que no depende de apreciaciones, es decir, todos sus elementos son objetivamente constatables, lo que sin duda limita el riesgo de introducir en el sistema un límite difuso a la libertad de información que pudiera minar su entereza. Digo esto porque un límite penal difuso es en sí mismo un torpedo en la línea de flotación de dicha libertad. La regresión en materia de libertades no se produce solo por las más o menos numerosas condenas, sino también por la incertidumbre que genera la proliferación de querellas, imputaciones judiciales y

procesos, aunque finalmente no concluyan con condena; de ahí la importancia de que las prohibiciones legales no sean elásticas, flexibles y carezcan de toda fuerza expansiva, más allá de su ámbito definido con total precisión.

Pongamos algunos ejemplos para ver a qué estamos refiriéndonos.

### 3. Algunos ejemplos.

Supongamos que un juez está investigando una banda criminal de tráfico de estupefacientes, armas y blanqueo de capitales. Las diligencias están declaradas secretas. El juez instructor acuerda una intervención de las comunicaciones de un individuo, y en ellas aparecen conversaciones alusivas a la participación de un policía, un político, un juez o un fiscal en un negocio de esa banda. Naturalmente, la información es de interés público, y en principio parece veraz, por lo que quedaría amparado por la libertad de información y no daría lugar a una indemnización civil a la persona concernida. Pero el problema no es tanto, en este caso, la afectación del derecho al honor o a la intimidad de esa persona como la necesidad de que esa conversación no sea conocida todavía, mientras se sigue investigando, a fin de que la medida de intervención telefónica pueda seguir dando resultados. El derecho a ser informado colisiona con el interés público de la eficacia de la investigación judicial.

Supongamos que un medio de comunicación tiene un acuerdo con un fun-

cionario de policía para que le pase, a cambio de precio, informaciones “suculentas” que suscitarán indudable interés público, con el objetivo de ser el primero en dar exclusivas informativas antes de que el asunto sea conocido cuando el proceso avance. Imaginemos que, en este caso, el policía informa al medio de que se sospecha de un individuo como autor de un crimen que causó alarma social, y que está siendo objeto de seguimiento por una unidad policial, a fin de encontrar en sus objetos personales vestigios de ADN para contrastarlos con los hallados en la escena del crimen, o que se están investigando sus contactos para desarticular la trama de la que forma parte. Es obvio que el policía está cometiendo delito (aunque no será fácil probar su participación en los hechos, porque sin duda el medio informativo podrá negarse a revelar la fuente), pero ¿podría sancionarse al medio por difundir esa información a conciencia de que se trata de un dato extraído de una investigación judicial secreta que va a prevenir a la persona a la que se sigue?

O supongamos que un letrado de la administración de justicia filtra que se ha efectuado por orden judicial una observación del ordenador de una persona conocida y que se ha encontrado material de pornografía infantil obtenido a través de una red dedicada al tráfico de dichos contenidos, lo que da lugar a unas diligencias de investigación que se declaran secretas, con objeto de inten-

tar conocer por dentro esa red y llegar a los organizadores. Tampoco aquí se trata del derecho de esa persona a que no sea conocida la privacidad de su ordenador (acabará conociéndose, salvo que no sea delictiva y carezca de interés general), sino a que no se sepa mientras la red se está investigando en secreto.

Sin embargo, imaginemos que un funcionario que ha sido testigo del amaño de una contratación pública y que lo ha denunciado al juzgado o a la policía lo cuenta también a un periódico, y que el juzgado ha abierto una investigación declarada secreta: en este caso, estaríamos fuera del ámbito de la prohibición que planteo, porque la información no ha sido obtenida como consecuencia de una actuación judicial, sino de la observación directa de alguien “fuera del proceso”. Si, en cambio, es un funcionario de justicia quien filtra a la prensa el contenido de la denuncia, su difusión sí entraría en el ámbito de la prohibición para el medio informativo, puesto que la información le ha llegado como consecuencia del proceso.

En la misma línea, no caería dentro de la prohibición la difusión de unas grabaciones privadas efectuadas (lícita o ilícitamente) por un particular que, aunque se hayan incorporado a un proceso, hayan sido filtradas a la prensa por ese mismo particular. Obviamente, que sobre unos hechos exista una investigación judicial declarada secreta no impide a un periodista investigar en paralelo

esos mismos hechos e informar de sus averiguaciones. Lo que sí puede ser objeto de una prohibición expresa es la información sobre el contenido mismo de la investigación judicial mientras el juez haya acordado que nadie debe tener acceso al mismo.

#### 4. ¿Un límite insoportable para la libertad de información?

Considerar delito la difusión en prensa de estas informaciones a que me refiero tropieza, de entrada, con un argumento difícil de salvar: por hipótesis, una causa penal tiene relevancia pública y, por tanto, el periodista o el medio que reciba una filtración tienen en sus manos un dato o una información con trascendencia para la opinión pública, por lo que su labor de información en principio estaría amparada constitucionalmente.

### El derecho constitucional de no revelar la fuente cumple una función imprescindible

Siguiendo esta línea, podría añadirse que, en términos globales, merece la pena habilitar de manera incondicionada ese derecho de información en todo caso, aunque ello comporte en algunos casos el sacrificio de un derecho individual o de otros intereses públicos.

En efecto, el derecho constitucional del periodista de no revelar su fuente

de información cumpliría una función imprescindible, que consiste en la creación de un espacio o escenario del que se destierra el temor de quien traslada datos a un medio informativo a ser delatado. El derecho de información opera así –permítanme la metáfora– a modo de “banco suizo” del caudal informativo, el cual facilita un blanqueo del (eventualmente) ilícito modo de obtención de la noticia, como puede ser un espionaje, un asalto al juzgado, una filtración espontánea o comprada. Ese modo ilícito de obtención, si se prueba, es desde luego susceptible de sanción penal, como delito de revelación de secreto, pero una vez en manos de la prensa la licitud de su difusión no depende de ese modo de obtención, sino exclusivamente de si tiene o no relevancia pública.

Para seguir con la metáfora, se estaría afirmando que la plenitud del derecho de información requiere una especie de “paraísos fiscales” exentos de todo control sobre el mercado negro de la información, y ello porque, en términos globales, aunque en algún caso produzca daños, merece la pena una protección radical de la información sobre hechos de relevantes: la libertad informativa, se diría, o es radical, o no es tal. En consecuencia, al medio informativo no debería poder sancionársele, ni tampoco podría obligársele a desvelar la fuente, por lo que habría de ser quien tenga en su poder la información sensible quien deba cuidar de que esta no sea difundida.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la limitación o restricción para el derecho de información derivado de la prohibición (sancionable) de publicar es puramente temporal y reversible, mientras que el daño para la eficacia de la instrucción penal por su filtración y difusión podría ser irreversible. Levantado el secreto por haberse cumplido ya su razón de ser, el medio podrá informar cumplidamente, con lo que el conocimiento por parte del público de algo que le interesa solo habrá sufrido un retraso. Si la razón de ser del blindaje del derecho de información es la contribución a la formación de una opinión pública, como exigencia imprescindible de un sistema democrático, dicha finalidad no queda en realidad comprometida. La información acabará llegando al público. Es cierto que vivimos en la civilización de la prisa y que, en la cultura de nuestro tiempo, la demora es insoportable, si bien ¿no podría quedar justificada esa demora por otro interés público tan importante como es la prevención de la delincuencia y la represión de los delitos? También es importante la libertad de movimientos y, sin embargo, un juez puede restringirla provisionalmente durante la investigación (esto es, mientras el investigado sigue presumiéndose inocente) para impedir que altere, esconda o destruya pruebas, es decir, por razón del buen fin de la investigación.

Asimismo, una instrucción penal es especialmente incisiva respecto de de-

rechos fundamentales de las personas concernidas, y esto requiere circundar bien el terreno de juego. La instrucción da acceso al juez a informaciones que no podrían de ninguna manera obtenerse lícitamente fuera del proceso penal, y ahí pueden quedar comprometidos intereses muy sensibles de las personas concernidas (y no necesariamente culpables: al contrario, supuestamente inocentes). El juez tiene, en ciertas condiciones, la posibilidad de invadir esferas constitucionalmente protegidas para conocer la verdad sobre un delito. Es natural que toda esa información sea seleccionada y filtrada, de manera que el juez, antes de levantar el secreto, si sigue las buenas prácticas procesales, expulse de la causa (y entregue al investigado) todo el material así obtenido que no vaya a tener relevancia para el proceso, es decir, que no tenga relevancia penal, por más que desde otros puntos de vista sí interese a la opinión pública: la información se obtuvo, con gravamen para un derecho fundamental, para investigar un delito, y para ninguna otra cosa debe servir, aunque sea “interesante”.

Si, por ejemplo, se está investigando a una persona por un delito de corrupción, la intervención de sus comunicaciones o de su correspondencia o del disco duro de su ordenador puede dar lugar a “hallazgos casuales”: que esa persona es infiel a su pareja, o que milita en una organización secreta (no delictiva) o que se ha convertido al islam. Aunque esas

informaciones pudieran tener relevancia pública, han sido conocidas por medios de investigación solo justificados por la finalidad de esclarecer un posible delito y, por tanto, no deberían poder ser difundidas, porque no son delito. El blindaje eficaz de la información que pueda obtenerse fortalecería un espacio de tranquilidad que favorece tanto la persecución de los delitos como la protección del investigado.

### Evitar el comercio de informaciones extraídas del sumario traería ventajas

Por último, la medida sugerida resultaría disuasoria de una práctica que no creo que sea habitual, pero al menos sí ocasional. Las filtraciones de diligencias de instrucción (la grabación de una declaración, la transcripción de una conversación telefónica) son muy apetecibles para los medios. Se gana mucha audiencia con ellas y, por ende, dinero, porque no solo facilitan información, sino también espectáculo. Un medio puede estar tentado a buscar la filtración y a pagarla, en relativas condiciones de impunidad. Yo no creo que solo los neuróticos sospechen que existe un mercado ilícito de

la información. Hay oferta y demanda, y eso estimula la vulneración de derechos. No solo eso: no creo que pueda descartarse que existen empresas que suministran servicios ilegales tendentes a distorsionar y frustrar procesos judiciales mediante todo tipo de ardidés (por ejemplo, filtraciones o “trampas” al juez para que incurra en causas de nulidad), y personas relevantes que se encuentren inmersas en una investigación pueden verse tentadas a acudir a ese tipo de servicios ilegales.

Evitar el comercio de informaciones extraídas del sumario entiendo que, pese al inconveniente de la limitación temporal del derecho a informar, traería ventajas: una vez que se levante el secreto y, desde luego, una vez que se abra la fase de juicio oral (que es pública), la información (la que no se haya expulsado de las actuaciones por no ser relevante para el proceso) será pública y gratuita. Sin carreras, sin filtraciones interesadas, sin cohechos, sin mafias. Prohibir (con sanción penal) su publicación mientras la causa es secreta, ¿no supondría también un cierto saneamiento del espacio informativo, que no acaba de lograrse con la autorregulación y los códigos de buenas prácticas?

Con gusto e interés, me someto ahora al turno de réplica. ■