

Filtraciones de información judicial reservada: investigación, obstáculos y desafíos en la persecución del delito cometido

Especial referencia al Reglamento UE 2024/1083 sobre la libertad de los medios de comunicación

Sumario

La investigación de las filtraciones de información judicial reservada en un proceso penal se enfrenta frecuentemente al obstáculo que representa el derecho del periodista a no revelar sus fuentes. El ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros, no contempla una regulación expresa sobre este derecho, y es la jurisprudencia la que determina aquellos casos en los que es posible practicar diligencias que sirvan para identificar al autor de la filtración, de una manera restrictiva y dejando escaso margen de maniobra. En este contexto, entra en juego el Reglamento UE 2024/1083 sobre la Libertad de los Medios de Comunicación. Se trata de una norma que incluye ciertas previsiones que afectan de manera directa a la eventual preservación del anonimato de las fuentes periodísticas en el curso de una investigación penal. Previsiones que van desde una eventual obligación a revelar las fuentes de información hasta la posibilidad de instalar programas espía en los dispositivos utilizados por los periodistas. El presente trabajo analiza las disposiciones reglamentarias, con vistas a determinar hasta qué punto su entrada en vigor supone un cambio de tendencia que permita ampliar los supuestos en los que sea posible quebrantar el espacio inviolable que hasta ahora ha ocupado el derecho del periodista a no revelar sus fuentes.

Abstract

The investigation of leaks of confidential judicial information in criminal proceedings often faces an obstacle: the journalist's right not to reveal their sources. The Spanish legal system, unlike others, does not contemplate an express regulation on this right, and it is case law that determines those situations in which it is possible to take measures to identify the author of the leak, in a restrictive manner. In this context, EU Regulation 2024/1083 on Freedom of the Media comes into play. This regulation includes certain provisions that directly affect the preservation of the anonymity of journalistic sources in the course of a criminal investigation, such as the obligation to reveal the sources of information or the possibility to install spyware on the devices used by journalists. This paper analyses the regulatory provisions, to determine whether they represent a change of trend that would limit the right to confidentiality of sources in order to obtain information about the author of a judicial leak.

Title: Leaks of confidential judicial information: obstacles and challenges in the investigation of the offence committed. Special reference to EU Regulation 2024/1083 on freedom of the media.

Palabras clave: Filtraciones, Confidencialidad, Libertad de prensa, Fuentes, Unión Europea, España, Derecho a la información.

Keywords: Leaks, Confidential, Free press, Sources, European Union, Spain, Right to information.

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.15

3.2025

Recepción

26/3/2025

-

Aceptación

24/04/2025

-

1. Introducción

2. La investigación judicial sobre eventuales filtraciones a partir del Reglamento (UE) 2024/1083, de 11 de abril sobre la libertad de los medios de comunicación

3. El secreto profesional del periodista como obstáculo en la investigación penal sobre la filtración de información judicial de naturaleza reservada

4. Conclusiones

5. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento

-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción

Tras su entrada en vigor en el mes de mayo de 2024, en agosto de 2025 deviene plenamente aplicable el Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo 2024/1083, de 11 de abril, sobre la Libertad de los Medios de Comunicación. Con él se pretende establecer un conjunto de normas encaminadas a proteger el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación en la UE y, con ello, garantizar que puedan operar más fácilmente a través de las fronteras en el mercado interior de la UE, sin presiones indebidas y teniendo en cuenta la transformación digital del espacio mediático¹. En este sentido, y de manera particular, algunos de los fines perseguidos por esta nueva norma de aplicación directa en el espacio comunitario europeo se centran en la protección de la independencia editorial, la protección de las fuentes periodísticas –en especial frente al uso de programas espía–, y la garantía de un funcionamiento independiente de los medios de comunicación públicos. No hay que olvidar que la UE se encuentra enfocada en reforzar «la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación» con el fin de garantizar «el flujo de información» y asegurar su «papel clave a la hora de exigir responsabilidades al poder»², en la línea de lo establecido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuyo artículo 10 consagra el derecho a una libertad de expresión en la que se incluye tanto «la libertad de expresar opiniones» como de «recibir y transmitir información e ideas sin interferencia de la autoridad pública». Todo ello unido a la necesidad de garantizar «la libertad y pluralismo de los medios de comunicación»³.

Más allá del interés que pueda presentar el contenido del Reglamento mencionado en sus consideraciones sobre la independencia de los medios de comunicación, lo cierto es que desde una perspectiva jurídica y procesal la norma europea genera ciertos interrogantes que merecen ser objeto de análisis, en especial en aquellos aspectos relacionados con la investigación que se desarrolla para determinar la responsabilidad penal por la filtración de una información judicial de carácter confidencial. Práctica esta última que resulta habitual en un contexto en el que existe «un acceso generalizado de los medios de comunicación a información contenida en expedientes judiciales» y en particular a las diligencias sumariales, según ha sido reconocido

¹ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/protecting-democracy/european-media-freedom-act_es. La nueva normativa toma como base la Directiva de servicios de comunicación audiovisual de 2010, modificada en el año 2018 (<https://www.boe.es/doue/2018/303/L00069-00092.pdf>). A este respecto es preciso tener en cuenta que existen ciertas excepciones que, si bien no se aplican al objeto del presente trabajo –artículo 4, apartado 3–, conviene mencionar. Así: a) el artículo 3 deviene aplicable a partir del 8 de noviembre de 2024; b) el artículo 4, apartados 1 y 2, el artículo 6, apartado 3 y los artículos 7 a 13 y 28 a partir del 8 de febrero de 2025; c) los artículos 14 a 17 a partir del 8 de mayo de 2025; d) y el artículo 20 a partir del 8 de mayo de 2027. Asimismo, es preciso subrayar que el Reglamento es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro de la UE.

² <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/media-freedom>

³ La Convención para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, del Consejo de Europa –Roma–, sigue los mismos parámetros a través de un artículo 10 en el que se establece cómo «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». Véase a este respecto las consideraciones efectuadas por AZURMENDI sobre la terminología empleada y la necesidad de evitar el uso del término «libertad de expresión» en la definición del «derecho a la información» [«Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1999): cuarenta años de jurisprudencia sobre el derecho a la información», *Comunicación y Sociedad*, vol. XIII, núm. 1, 2000, pp. 15].

por nuestros propios tribunales de justicia⁴. En este sentido, es importante recordar que la fase de instrucción del proceso penal es reservada, por lo que sólo las partes que están personadas pueden acceder a las actuaciones, según lo que establece el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRim.). Esta limitación del principio de publicidad con relación a quienes no son parte en el proceso se basa en la necesidad de preservar el éxito de la investigación criminal. Esto es, el carácter reservado que presenta la fase de instrucción, y la ausencia de publicidad en la práctica de sus diligencias, encuentra su razón de ser en la voluntad de evitar que el flujo de información pueda llegar a aquel o aquellos sujetos cuya participación en el hecho delictivo todavía no ha sido concretada y que, por tanto, no han adquirido por el momento la condición formal de investigados. Una circunstancia del todo punto lógica que se ve justificada por la doctrina que, con carácter consolidado, viene emitiendo el Tribunal Constitucional⁵. Además, junto a la eficacia en el desarrollo de la investigación criminal, podemos considerar igualmente, como elemento complementario que sirve para justificar la reserva de las actuaciones procesales de instrucción, la necesaria preservación del derecho a la intimidad de quien es investigado. Un sujeto que, no hay que olvidarlo, se encuentra amparado por el principio de presunción de inocencia⁶.

La protección penal que se aplica sobre la exigencia de reserva establecida en la fase de instrucción y de la eventual declaración de secreto de las actuaciones para las partes personadas en la instrucción encuentra una primera proyección en la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la previsión de una multa aplicable a aquellos abogados o procuradores que «revelaren indebidamente el contenido del sumario», cuyo importe puede situarse entre 500 y 10.000 euros. Sanción económica en la que incurrirá igualmente «cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta» (artículo 301 LECrim.). Junto a ello se establece una remisión al Código Penal en lo que atañe a los funcionarios públicos, estableciéndose al respecto una responsabilidad criminal asociada con carácter general a la revelación de secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados. Supuesto éste en el que puede aplicarse una pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años; incrementándose la pena a prisión entre uno y tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años, en aquellos casos en los que la revelación cause «grave daño para la causa pública o para tercero»

⁴ SAP de Barcelona, Sección 3, núm. 195/2022 (nº. de recurso 11/2022) de 28 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:13740A, Ponente: Yolanda Rueda Soriano).

⁵ STC (Sala primera) 95/2019, de 15 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019, pág. 89701). En esta línea, la STC 13/1985. En torno al secreto de sumario, es conveniente precisar, siguiendo a BARRERO ORTEGA y al amparo de la doctrina emitida por el Tribunal Constitucional, que «sólo quedan cubiertos por el secreto de sumario los conocimientos extraídos ilegítimamente de las mismas actuaciones procesales, pero no lo sabido al margen del proceso, ni las informaciones obtenidas antes o en paralelo al proceso, lo cual no sólo implica que los terceros que tuvieran conocimiento de hechos relativos a la investigación judicial pueden relatarlos públicamente, sino que los propios testigos y hasta las partes pueden relatar públicamente lo que hayan declarado ante la autoridad judicial, ya que el conocimiento de tales datos no les viene dado por el sumario, sino que trae causa de la percepción directa de lo acontecido» (BARRERO ORTEGA, *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, 2010, p. 69).

⁶ Véase lo dicho por RIAÑO BRUN (*Derechos y defensas del investigado en el proceso penal*, ed. Aranzadi, 2022, p. 101). Asimismo, resultan de interés las consideraciones de AZURMENDI sobre la eventual flexibilización del secreto sumarial y las posiciones doctrinales mantenidas al respecto, en su trabajo «Derecho a la información y administración de Justicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, septiembre-diciembre 2005, p. 147-148.

(artículo 417 CP). Junto a ello, el Código Penal establece igualmente una previsión específica para aquellos casos en los que se produzca una revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial -secreto de sumario- por parte del Juez o miembro del Tribunal, representantes del Ministerio Fiscal, Letrado de la Administración de Justicia o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, incrementando las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior (artículo 466 CP). Algo que se ve completado con una referencia a la revelación de actuaciones procesales secretas por abogados, procuradores y cualquier otro particular que intervenga en el proceso, que podrán incurrir en una multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de uno a cuatro años, en el caso de los profesionales jurídicos, y de la misma pena en su mitad inferior, los particulares.

El carácter necesariamente reservado de las actuaciones judiciales en instrucción y la responsabilidad penal asociada a la eventual revelación -filtración- de datos asociados a la misma, determina la necesaria incoación de un procedimiento penal en aquellos casos en los que un medio de comunicación publique información de esta naturaleza sobre el desarrollo de la investigación, con el objetivo de identificar la fuente que nutre el contenido del artículo periodístico. Esta investigación, sin embargo, se encuentra de manera habitual con el obstáculo que representa el reconocimiento del derecho del periodista a no revelar la fuente que le ha facilitado la información. En este sentido, el artículo 20 de la Constitución, tras señalar de manera explícita la necesaria protección del derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», menciona igualmente el «secreto profesional» como elemento esencial «en el ejercicio de estas libertades», exigiendo al respecto una regulación legal al efecto que –todavía y todo sea dicho- no se ha llevado a cabo a pesar de los diferentes proyectos legislativos planteados hasta el momento –el último, fechado en 2022⁷. El reconocimiento constitucional del derecho mencionado constituye el principal problema con el que se encuentra la autoridad judicial y policial a la hora de determinar la identidad de quien es autor del delito cometido; fundamentalmente porque, en la mayoría de los casos, la única vía para obtener resultados eficaces en la investigación no es otra que fijar la atención en el periodista, bien sea a través de su declaración testifical, bien sea a través de la práctica de diligencias que permitan recabar documentos, correos electrónicos, conversaciones o encuentros con la fuente de la información publicada⁸.

⁷ El secreto profesional del periodista, a diferencia de otros, «no protege la información objeto de confidencia, sino la fuente», y se regula en un precepto constitucional diferente. Así, frente al contenido del artículo 24.2 CE en el que se determina que «ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos», en el ámbito del periodismo es el artículo 20 el que determina la necesaria regulación por ley del secreto profesional. Este último constituye, según apunta DE CARRERAS SERRA, un derecho del informador, mientras que en el caso del secreto profesional de, por ejemplo, abogados o médicos, hablaremos ya de un deber profesional (DE CARRERAS SERRA, *Las normas jurídicas de los periodistas. Derecho español de la información*, 2008, p. 336). En la misma línea se pronuncia ESPÍN (ESPÍN, «Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información», en *Derecho Constitucional, volumen I*, 9^a edición, 2013, p. 269).

⁸ El secreto profesional del periodista «adquiere su máxima eficacia cuando se ejerce frente a instancias policiales y judiciales. No se trata de exonerar a los periodistas de sus responsabilidades civiles, sino de evitar convertirlos en confidentes o coadyuvantes forzosos de la policía», en la consideración de SERRANO MAÍLLO, citando a FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR (SERRANO MAÍLLO, «Libertad de expresión y derecho a la información», en SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 299).

Ahora bien, cabe preguntarse hasta qué punto el derecho principal a proporcionar de manera libre información veraz y el derecho instrumental a no revelar las fuentes empleadas deben prevalecer sobre el principio de reserva de las actuaciones judiciales que se desarrollan en fase de instrucción; principio merecedor de una especial protección si tenemos en cuenta su influencia, tanto en la preservación de la eficacia de la investigación como en protección de la integridad moral, social y personal de quien –en este momento del proceso- no es sino un sujeto «investigado» y no «encausado». El eventual daño ocasionado a la investigación o a quien, siendo «investigado», puede ser absuelto en este momento inicial del procedimiento, ¿no merece ser situado en primer término frente al secreto profesional en el ejercicio de la labor periodística? El Reglamento europeo 2024/1083 sobre la libertad de los medios de comunicación hace mención a ello, subraya la intrínseca relación existente entre la libertad de información y la protección de las fuentes periodísticas, pero también reconoce la posibilidad de adoptar medidas encaminadas a la obtención de dicha información sobre la fuente siempre y cuando se respeten las garantías procesales necesarias. Será admisible, por tanto y al amparo de la norma comunitaria, investigar las comunicaciones confidenciales entre el periodista y sus fuentes con el objeto de determinar la responsabilidad penal de quien ha filtrado una información de naturaleza reservada. Y junto a ello, será igualmente viable establecer la obligación de revelar la identidad de la fuente en el marco de la declaración testifical que pueda prestar un periodista en el proceso penal desarrollado al efecto.

La pregunta que nos formulamos a este respecto se centra en determinar hasta qué punto, y en qué medida, la normativa europea aporta elementos novedosos con relación a la legislación interna española que sirvan para superar en la investigación penal el obstáculo que representa el secreto profesional periodístico, tal y como es concebido en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Un secreto profesional cuyo reconocimiento ha imposibilitado en la práctica la obtención de resultados eficaces en la investigación penal desarrollada sobre la base de la regulación establecida en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cuya problemática no es exclusiva del ordenamiento jurídico español. Baste citar como ejemplo el ordenamiento francés, en el que, previa alegación del mismo, se obtuvieron únicamente por vulneración del secreto de la instrucción 3 condenas en 2015, 2 en 2016, 5 en 2017 y 3 en 2018; y por la difusión por una de las partes de piezas o actas pertenecientes a un procedimiento de instrucción – penalizada por el artículo 114.1 del Código procesal penal- 1 condena en 2016 y 2 condenas en 2018.

2. La investigación judicial sobre eventuales filtraciones a partir del Reglamento (UE) 2024/1083 de 11 de abril sobre la libertad de los medios de comunicación

El Reglamento europeo subraya la intrínseca relación existente entre la libertad de información y la protección de las fuentes periodísticas, e igualmente reconoce la posibilidad de adoptar medidas para obtener dicha información –la fuente- siempre y cuando «sean autorizadas por una autoridad que pueda evaluar de manera independiente e imparcial si ello está justificado por una razón imperiosa de interés general», como puede ser «un órgano jurisdiccional, un juez, un fiscal en el ejercicio de su función judicial u otra autoridad competente para autorizar dichas medidas de conformidad con el Derecho nacional» (Considerando 21). Añadiendo a ello, la necesidad de que «se informe a su debido tiempo –sin poner en peligro la eficacia de las

investigaciones en curso— de las medidas de vigilancia adoptadas sin el conocimiento del interesado» (Considerando 22). Considerandos que se ven reflejados en el texto del articulado a través de una serie de previsiones a la que conviene hacer referencia.

En su artículo cuarto, la norma europea comienza por establecer que los Estados miembros «se asegurarán de que las fuentes periodísticas y las comunicaciones confidenciales son protegidas de manera efectiva». De manera que «no adoptarán ninguna de las siguientes medidas: 1) obligar a los prestadores de servicios de medios de comunicación o a su personal editorial, a revelar información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales, o que sea susceptible de identificarlas, u obligar a cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o con su personal editorial, pudiera disponer de dicha información, a que la revele; 2) detener, sancionar, interceptar o inspeccionar a los prestadores de servicios de medios de comunicación o a su personal editorial, o someterlos a ellos o sus instalaciones empresariales o privadas a vigilancia o poner a dichas personas en busca y captura, todo ello con el fin de obtener información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales, o que sea susceptible de identificarlas, o detener, sancionar, interceptar o inspeccionar a cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o con su personal editorial pudiera disponer de dicha información, o someterlas a ellas o sus instalaciones empresariales o privadas a vigilancia o poner a dichas personas en busca y captura, todo ello con el fin de obtener dicha información; 3) instalar programas informáticos de vigilancia intrusiva en cualquier material, dispositivo digital, máquina o herramienta utilizados por prestadores de servicios de medios de comunicación, su personal editorial o cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o su personal editorial, pueda disponer de información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales o sea susceptible de identificarlas».

El Reglamento define los sujetos que son objeto de protección en el ámbito de la revelación de las fuentes empleadas, refiriéndose «a los prestadores de servicios de medios de comunicación o a su personal editorial», así como «a cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o con su personal editorial, pudiera disponer de dicha información»⁹. Tal y como se puede apreciar, se lleva a cabo una referencia amplia a los sujetos que pueden ser titulares del derecho, mencionando a quienes tengan una relación habitual o profesional con el prestador de servicios o su personal editorial. Ello incluirá, según describe el propio Reglamento en su Considerando 20, «a las personas que participen o hayan participado profesionalmente en la preparación, producción o difusión de programas o publicaciones de prensa, y que solo constituyen un objetivo debido a sus estrechos vínculos con prestadores de servicios de medios de comunicación, periodistas u otros miembros del personal editorial». E igualmente, junto a ellos, «al personal de los prestadores de servicios de medios de comunicación, como el personal técnico, incluidos los

⁹ En su artículo segundo, el Reglamento define «servicio de medio de comunicación» como aquel «cuya finalidad principal, o la de una parte disociable del mismo, consista en ofrecer programas o publicaciones de prensa al público en general por cualquier medio, a fin de informar, entretenir o educar, bajo la responsabilidad editorial de un prestador de servicios de medios de comunicación». Junto a ello, «prestador de servicios de medios de comunicación» será «una persona física o jurídica cuya actividad profesional es prestar un servicio de medios de comunicación y que ostenta la responsabilidad editorial sobre la elección del contenido del servicio de medios de comunicación y determina la manera en que se organiza».

expertos en ciberseguridad, que podría constituir un objetivo, dado el importante papel de apoyo que proporciona a los periodistas que desempeñan en su trabajo diario, que requiere soluciones para garantizar la confidencialidad del trabajo periodístico y la consiguiente probabilidad de que tengan acceso a información relativa a fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales». Todo ello sirve, en definitiva, para incluir como sujetos titulares del derecho a aquellos que participan en la elaboración del contenido informativo, en la línea establecida por GIL GONZÁLEZ y CONTRERAS cuando explican el desarrollo de la labor informativa como un trabajo colectivo en el que intervienen, «por ejemplo, el fotógrafo que ilustra con imágenes el reportaje, el director del medio que, como responsable subsidiario de la publicación, exige al firmante del texto que le verifique las fuentes, otras posibles fuentes con las que se ha contrastado la información...»¹⁰.

Sobre este particular, cierto sector de la doctrina se ha inclinado por considerar que los titulares del derecho son únicamente «los periodistas profesionales», restringiendo el ámbito delimitado por el Tribunal Constitucional cuando señala que serán considerados como tales aquellos que «prestan un trabajo habitual retribuido, profesional, por tanto, en los medios de comunicación» (STC núm. 176/1995)¹¹. Esto es, consideran que debe entenderse por periodista «toda persona que, gozando de la formación universitaria exigida, asume el compromiso moral y profesional, con todo lo que ello implica, de difundir información veraz para mantener informada a la sociedad de manera habitual a través de los medios de comunicación. Aquí reside, en esencia la radical diferencia con los particulares, en su compromiso con la verdad periodística. Lo éticamente adecuado sería que, para ejercer esta labor intelectual de tan alta repercusión social, al profesional se le obligase a estar colegiado, como así sucede en otras profesiones, pero en España la colegiación es voluntaria y muchas de las empresas periodísticas del país no exigen dicho requisito». Se lleva a cabo una diferenciación entre particulares y periodistas, situándose en estos últimos la titularidad del derecho a no revelar las fuentes empleadas y admitiendo la posibilidad –siguiendo la línea mantenida por CARRILLO– de incluir junto a ellos a «colaboradores habituales de los medios, es decir, aquellas personas que, aunque generalmente participan en géneros de opinión y ocasionalmente en géneros interpretativos, forman parte de la plantilla del medio de comunicación, bien por con un contrato laboral o bien con un contrato profesional, a través del cual realizan una prestación de servicios». A sensu contrario, señalan los autores mencionados, «no podrán invocar el secreto profesional los que

¹⁰ GIL GONZALEZ/CONTRERAS, *Ética y deontología en el periodismo contemporáneo*, 2022, p. 105. Conviene mencionar al respecto pronunciamientos como el emitido por la AP Vitoria, Sección 2, de 31 de marzo de 2010 (AAP VI 263/2010 - ECLI:ES:APVI:2010:263A), en el que se establece que «respecto de la testifical de D. Valentín, reportero gráfico que grabó las imágenes emitidas, es dudoso que no pueda extenderse a su labor profesional el manto del secreto profesional periodístico, al menos en una mínima parte, pues, de otro modo, sería ilusorio el del compañero periodista con el que realizó el reportaje; se convertiría en irrelevante el secreto de uno si el otro estuviera obligado a declarar sin dispensa ni consideración alguna a la labor profesional llevada a cabo, ya que una estricta diferenciación entre la titulación de un reportero gráfico y un redactor afectaría a la finalidad del secreto profesional».

¹¹ STC (Sala segunda) núm. 176/1995, de 11 de diciembre (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996). Sobre este particular, ORTEGA GUTIÉRREZ apunta que «parece mayoritariamente admitido que se considera periodista al profesional cuyo trabajo principal, regular y retribuido, consiste en obtener y elaborar información para difundirla por cualquier medio de comunicación, de manera periódica», citando a autores que «llegan a calificar como inconstitucional la exigencia de titulación académica y colegiación obligatoria para ser considerado jurídicamente como periodista» (ORTEGA GUTIÉRREZ, *El derecho a la comunicación. Un análisis jurídico-periodístico*, 2017, p. 189; citando con relación a la última posición mencionada a FERNÁNDEZ-MIRANDA, *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, 1990, p. 116 ss.)

estando en posesión de licenciatura en periodismo no ejerzan ni habitual ni ocasionalmente la profesión para la que han sido formados. Ni tampoco los que, con independencia de su formación intelectual, colaboren de manera ocasional con los medios de comunicación [...] Éstos no participan de los rasgos esenciales que hemos definido con anterioridad: la habitualidad en el trabajo, ni la retribución como intercambio de una labor profesional»¹².

Las previsiones mencionadas, establecidas con el fin de proteger el derecho a no revelar las fuentes manejadas en la publicación de la información, se ven sometidas por el Reglamento a una serie de excepciones, determinadas por circunstancias específicas. El artículo 4.3.a contempla la posibilidad de obligar al periodista a revelar información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales, o que sea susceptible de identificarlas, u obligar a cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación a que la revele, complementando tal previsión con la posibilidad de establecer sanciones al respecto (4.3.b). Se trata de una previsión que incorpora un elemento normativo novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, dada la ausencia de referencias legales específicas a la declaración de periodistas en el marco de un proceso penal en curso. Es preciso tener en cuenta que, en el curso de una investigación penal desarrollada con el fin de identificar la fuente que ha facilitado al periodista la información publicada, constituye un elemento imprescindible la citación judicial de este último con vistas a la prestación de una declaración testifical. La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece a este respecto, y con carácter general, la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supiere el testigo sobre lo que le fuere preguntado, bajo pena de multa de 200 a 5.000 euros y, en caso de no concurrir o de persistir en la resistencia a declarar, responsabilidad penal por la comisión de un delito de obstrucción a la justicia o de desobediencia grave a la autoridad (artículo 410 LECrim.), contemplando igualmente una serie de excepciones en el cumplimiento de la obligación mencionada. En primer lugar, estarán dispensados de la obligación de declarar el Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, así como los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y los sujetos objeto de dispensa (artículo 416 LECrim.). En segundo lugar, se establece que no podrán ser obligados a declarar como testigos –en primer lugar– los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio. En segundo lugar, los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida (artículo 417 LECrim.)¹³.

¹² GIL GONZALEZ /CONTRERAS, *Ética y deontología en el periodismo contemporáneo*, 2022, pp. 103 a 105.

¹³ Apunta a este respecto SAN MIGUEL CASO que «el secreto profesional del periodista denota unas características propias que lo diferencian del resto de secretos profesionales». Así, «el objeto del secreto profesional de los periodistas radica en la confidencialidad de la identidad del sujeto que proporciona la información, pero no, en la información misma, mientras que, por el contrario, el secreto relativo a otras profesiones, como la abogacía o la medicina, la confidencialidad se predica, exclusivamente, de la información que el cliente facilita al profesional». Junto a ello, «el secreto profesional de los periodistas tiene como finalidad proteger el derecho a la información», mientras que «el derecho a la intimidad es el bien jurídico común en el resto de los secretos profesionales». Y ya por último, «también se diferencian en el tipo de relación existente entre el profesional y el cliente y, entre el periodista y su informador. En el primer tipo de relación se presume la existencia de una confianza que no debe darse, necesariamente, en el segundo caso» (SAN MIGUEL CASO, *De los juicios paralelos en la*

Tal y como se puede apreciar, la normativa procesal penal no efectúa una referencia explícita a los periodistas, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como puede ser el francés, cuyo Código de procedimiento penal establece en el artículo 109, párrafo segundo, que «todo periodista que sea llamado como testigo de una información recogida en el ejercicio de su profesión es libre de no revelar su fuente». O, también, a diferencia de lo establecido en el Anteproyecto de LECrim. de 2020, en el que se efectúa una mención al periodismo en la regulación establecida en el artículo 661 sobre las exenciones a la obligación de declarar por razón de secreto profesional. En este sentido, dice el texto, no podrán ser obligados a prestar testimonio los abogados y procuradores respecto de las informaciones, instrucciones o explicaciones que reciban de sus clientes, los médicos y el personal sanitario respecto de los datos revelados que les hayan sido confiados en el ejercicio de su profesión, y los periodistas, «en los supuestos en los que deban guardar silencio para preservar la identidad de sus fuentes»; añadiéndose la referencia a ministros de confesiones religiosas reconocidas por el Estado, así como a los traductores e intérpretes en relación con las conversaciones y comunicaciones en las que hayan intervenido que se encuentren cubiertas por el secreto profesional. Es ésta una propuesta de previsión -la referida al periodista- que sirve para incorporar de manera expresa en la norma legal un derecho plasmado en la Constitución y desarrollado en la jurisprudencia, en la que, sin embargo, se echa en falta un mayor grado de concreción que, más allá de la referencia al «caso por caso», permita aclarar mejor y en mayor medida los supuestos en los que pueda aplicarse la exención en la declaración¹⁴. En cualquier caso, y dejando de lado esta propuesta legislativa, lo cierto es que la ausencia de una referencia específica en la normativa vigente no ha supuesto en la práctica un impedimento para que la jurisprudencia haya reconocido la existencia de un secreto profesional merecedor de una protección equivalente, a partir de su mención en el texto constitucional y de su vinculación con la protección del derecho a la libertad de información. Todo ello en la línea marcada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos en torno a la declaración testifical del periodista sobre la identidad de las fuentes empleadas reconocen la existencia del derecho y amparan su debida protección.

La previsión contenida en el Reglamento, vinculada con el establecimiento de una eventual obligación, y sanción, presenta un alcance importante en el contexto de la declaración testifical que deba prestar el periodista en el marco de la investigación de las filtraciones producidas desde el momento en que, a partir de ella, contamos con una norma de aplicación directa que legitima de manera específica la actuación judicial en orden a requerir la revelación de las fuentes empleadas en el marco de una declaración testifical. Siempre que se cumplan una serie de requisitos: 1) que sea autorizada por un órgano judicial; 2) que esté justificada por una razón imperiosa de interés general y resulte proporcionada; 3) que la medida esté establecida en el ordenamiento jurídico nacional. Pudiéndose entender con relación a este último punto que la previsión legal se refiere a la medida en sí misma considerada, y no al hecho de que se vea contemplada de manera expresa su aplicación a un periodista o medio de comunicación (como

Sociedad Global de la Información, Problemas y soluciones. Capítulo III. Del principio de publicidad procesal al principio de publicación del proceso, 2023, pp. 134-135).

¹⁴ Véase, a este respecto, las consideraciones efectuadas por RICHARD GONZÁLEZ al respecto («El examen de testigos y peritos en el Anteproyecto de LECrim. de 2020, en JIMÉNEZ CONDE (dir.)/FUENTES SORIANO (dir.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, ed. Tirant lo Blanch/Fundación Manuel Serra Domínguez/Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, 2022, p. 694).

sucede, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico francés, en el que se regula de manera expresa la entrada y registro en la sede de un medio de comunicación). Ahora bien, su incorporación normativa, aun siendo novedosa, no resulta transformadora desde el momento en que ya el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su apartado segundo la posibilidad de limitar la libertad de expresión –a través de «ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley»- cuando ello sea necesario en una sociedad democrática, «para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la salud o de los derechos ajenos» o para «impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Y junto a ello, desde el momento en que la jurisprudencia del TEDH contempla la posibilidad de restringir el derecho a no identificar la fuente empleada en la práctica de diligencias de investigación, determinando el alcance que deba concederse a tal posibilidad en los supuestos habilitantes contemplados en el mencionado artículo 10.2 CEDH, y en especial en lo que atañe a la prevención del delito, a impedir la divulgación de informaciones confidenciales o a garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Alcance explicitado mediante una referencia casuística a los criterios que sirven para justificar la restricción del secreto profesional y la aplicación al periodista de las reglas generales que determinan la obligación de prestar declaración testifical: necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad. En el fondo, la utilización por el Reglamento de conceptos jurídicos abiertos o indeterminados –razón imperiosa de interés general y proporcionalidad- determinan el traslado de la decisión a los tribunales de justicia ordinarios, y en último término al Tribunal Constitucional a través del eventual recurso de amparo que se pueda plantear frente a la aplicación de penas o sanciones sobre el periodista que se niegue a revelar la información. Tribunal cuya doctrina –consolidada- es elaborada en la línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Reglamento contempla igualmente ciertas posibilidades cuya repercusión en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas puede presentar un alcance de nivel superior. Así, el artículo 4 recoge en su apartado cuarto la opción de detener, interceptar, inspeccionar o vigilar con el fin de obtener información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales, siempre que se respeten las mismas exigencias requeridas con relación a la obligación de revelar las fuentes utilizadas a las que se ha hecho referencia con anterioridad. Esto es, que la medida esté contemplada en el Derecho de la Unión o nacional; que sean respetados los principios de legalidad y proporcionalidad al amparo de lo establecido en el artículo 52.1 de la Carta de derechos fundamentales de la UE; y que esté justificada por una razón imperiosa de interés general; y que cuente con la debida autorización judicial «o de una autoridad decisoria independiente e imparcial o, en casos excepcionales y urgentes debidamente justificados, sea autorizada posteriormente por dicha autoridad sin demora indebida».

Una vez más, la mención que efectúa el Reglamento a la práctica de diligencias de investigación sobre periodistas o medios de comunicación no resulta transformadora. Se trata de medidas cautelares y diligencias ordinarias de investigación ya previstas en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación en la investigación penal sobre eventuales filtraciones resulta de hecho factible, con el límite determinado por los presupuestos ordinarios establecidos en la LECrim. y por la protección de un secreto profesional cuyo alcance se encuentra definido por la jurisprudencia constitucional y europea, a partir de un análisis «escrupuloso» sobre el

cumplimiento de los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad¹⁵. Tan solo puede generar ciertas dudas la mención que el Reglamento efectúa a la eventual detención de los periodistas «con el fin de obtener información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales», principalmente porque estamos hablando de una privación de libertad provisional respecto a un sujeto -el periodista- que no tiene responsabilidad penal por la publicación de la información y que, por tanto, no puede adquirir la condición de investigado. Privación de libertad que en el ordenamiento jurídico español presenta una naturaleza cautelar, y que en ningún caso debería poder ser utilizada «con el fin de obtener información relacionada con fuentes periodísticas»¹⁶.

Las consideraciones efectuadas hasta el momento guardan relación con la obligación de revelar las fuentes de información utilizadas, o con la adopción de medidas cautelares y de investigación ordinarias restrictivas de derechos fundamentales. Junto a ello, el Reglamento recoge la posibilidad de instalar programas informáticos de vigilancia intrusiva en dispositivos «utilizados por prestadores de servicios de medios de comunicación, su personal editorial o cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o su personal editorial, pueda disponer de información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales o sea susceptible de identificarlas»¹⁷. Y establece, en este último caso, la necesidad de cumplir con todas y cada una de las exigencias establecidas con relación al resto de medidas de investigación adoptadas (legalidad, proporcionalidad, razón imperiosa de interés general y autorización, bien judicial, bien emitida por una autoridad independiente e imparcial), y limitando su aplicación a aquellos casos en los que se proceda a la investigación –en primer lugar- de los delitos enumerados en el artículo 2.2 de la Decisión Marco que regula la orden de detención europea y tales delitos sean punibles en el Estado miembro de que se trate con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de una duración máxima de al menos tres años; o –en segundo lugar- de «otros delitos graves punibles en el Estado miembro de que se trate con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad con una duración máxima de al menos cinco años, según determine el Derecho de dicho Estado miembro». Estableciéndose, como cláusula final asociada al principio de subsidiariedad, una previsión que excluye la instalación de

¹⁵ La STEDH de 25 de febrero de 2003 (*Roemen y Schimt vs Luxemburgo*) efectúa un resumen ilustrativo sobre la consolidada doctrina jurisprudencial existente, y la exigencia de un análisis escrupuloso llevado a cabo caso por caso, cuando señala que «la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, y las garantías que se deben dar a la prensa revisten especial importancia», constituyendo la protección de las fuentes periodísticas «una de las piedras angulares de la libertad de prensa» (§46). Véase en el mismo sentido las STEDH de 15 de julio de 2003 (*Ernst y otros vs. Bélgica*) y 27 de noviembre de 2007 (*Tillack vs Bélgica*).

¹⁶ La propia jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado de manera expresa con relación a la detención encaminada a identificar la fuente que traslada la información judicial reservada al periodista, en una línea restrictiva, llegando incluso a manifestar su sorpresa al verificar «hasta qué punto las autoridades neerlandesas estaban dispuestas a llegar para conocer la identidad de la fuente, en un supuesto en el que se detuvo a un periodista para obligarle a revelar sus fuentes en el marco de una investigación penal por tráfico de armas» [STEDH de 22 de febrero de 2008 (*Voskuil vs. Países Bajos*) (§ 71)].

¹⁷ El Reglamento ofrece, en este contexto, una definición sobre aquello que deba considerarse «programa informático de vigilancia intrusiva», señalando este respecto que constituirá el mismo «cualquier producto con elementos digitales especialmente diseñado para aprovechar las vulnerabilidades de otros productos con elementos digitales, que permita vigilar de manera encubierta a personas físicas o jurídicas mediante el control, la extracción, la recopilación o el análisis de datos de dichos productos o de las personas físicas o jurídicas que utilicen dichos productos, también de forma indiscriminada» (artículo 2).

programas de vigilancia intrusiva cuando la información solicitada pueda ser obtenida a través de las medidas contempladas en apartados precedentes (establecimiento de una obligación de revelar las fuentes, así como detener, sancionar, interceptar o inspeccionar).

Nos encontramos ante una previsión cuyo grado de interferencia en los derechos fundamentales del periodista alcanza un nivel superior, y es por ello por lo que únicamente se admite su práctica en supuestos de especial gravedad o incidencia delictiva, relacionados en la Decisión Marco de 2002. Así, darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor: pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro, delitos de alta tecnología, en particular delito informático, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas, ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robos organizados o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques o sabotaje.

Con relación a esta excepcional medida, es preciso tener en cuenta que, en su versión original, el precepto establecía la posibilidad de instalar «un programa espía en cualquier dispositivo o máquina utilizado», siempre que tal medida estuviera justificada, caso por caso, «por razones de seguridad nacional», se ajustara a las exigencias de legalidad y proporcionalidad establecidas en el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, se situara en el marco de la investigación de formas graves de criminalidad y no fuera posible obtener la información buscada a través del resto de medidas enunciadas en el apartado precedente (detención, sanción, intercepción, vigilancia o inspección). La redacción final proporcionada especifica de una manera más detallada el ámbito delictual que legitima su adopción, por medio de una remisión a la orden europea de detención y entrega, requiriéndose una pena cuya duración máxima se sitúe al menos en tres años de privación de libertad, y junto a ello, estableciéndose una cláusula de cierre que permita la adopción de la medida en otros tipo de delitos graves que sean punibles en el Estado miembro de que se trate con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad con una duración máxima de al menos cinco años. En la versión definitiva del precepto se sustituye la referencia a «razones de seguridad nacional» por una justificación basada en «una razón imperiosa de interés general», se incorpora el criterio de proporcionalidad como elemento complementario y se sustituye la mención general a la necesidad de que se trate de «delitos graves» por una referencia específica a ciertos delitos

castigados con pena de una duración máxima de al menos tres años, y una referencia general a delitos graves castigados con pena de una duración máxima de al menos cinco años.

La previsión establecida por el Reglamento ha de ponerse en relación con la normativa interna española, y más en concreto, con el artículo 588 septies de la LECrim., cuyo tenor admite –a partir de la reforma operada en el año 2015– la posibilidad en el ordenamiento jurídico español de «instalar un software que permita, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, sistema electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos»; medida prevista únicamente para la investigación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional, o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación¹⁸. La comparación entre la versión española y la nueva versión europea muestra una ampliación del ámbito delictivo que justifica la adopción de esta excepcional medida, proyectándose más allá de aquellos delitos de especial gravedad que se hallan vinculados con acciones terroristas, acciones contra la seguridad nacional o contra menores y personas con su capacidad judicialmente modificada. Lo cual genera un margen de maniobra superior para el Estado en la adopción de un medio de investigación que supone un grado de intrusión elevado en el quebrantamiento del derecho a la intimidad del periodista.

Es interesante comprobar cómo, en el proceso de elaboración del Reglamento, hay diferentes pronunciamientos críticos que plantean incluso la exclusión de esta medida en la regulación final. Es el caso, por ejemplo, del dictamen emitido por el Supervisor Europeo de Protección de Datos, quien muestra su convencimiento «de que la única opción viable y eficaz para proteger los derechos y libertades fundamentales en la Unión, incluida la libertad de los medios de comunicación, contra los programas espía de uso militar muy avanzados es la prohibición general de su desarrollo y despliegue —con excepciones muy limitadas y definidas de forma exhaustiva— complementada por sólidas salvaguardias, como las sugeridas en las observaciones preliminares del SEPD sobre los programas espía modernos», publicadas el 15 de febrero de 2022. Documento este último en el que se establece que «las leyes de procedimiento penal deberían prohibir el uso de herramientas de piratería altamente intrusivas como Pegasus. Basándose en el artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la UE tiene competencia para adoptar normas mínimas sobre los derechos de las personas en los procedimientos penales. Esto incluye restringir la admisibilidad de las pruebas recopiladas con la ayuda de herramientas de piratería altamente intrusivas como Pegasus o incluso proscribirlo». El contenido del dictamen mencionado no fue atendido, y dentro del proceso de negociación en la iniciativa europea, se impuso el criterio de ciertos países que apostaron por

¹⁸ A este respecto, y sobre este precepto, resultan de interés los trabajos publicados por SAN MIGUEL (*Los juicios paralelos en la sociedad global de la información*, ed. Tirant lo Blanch, 2023), GÓMEZ COLOMER (*La contracción del Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 317 ss.), GONZÁLEZ NAVARRO («El uso de las nuevas tecnologías en la investigación de delitos de terrorismo», en ALONSO/CUERDA/FERNÁNDEZ (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2018), VELASCO NUÑEZ/SANCHÍS CRESPO (*Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, 2019) o BACHMAIER WINTER («Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», *Boletín del Ministerio de Justicia* núm. 2195, Enero de 2017, p. 3 ss.).

admitir, con ciertos límites, esta posibilidad. En este sentido, resultan de interés las discusiones sostenidas por los diferentes Estados integrantes de la UE sobre, precisamente, los límites aplicables; y en particular, respecto al mantenimiento o no de la cláusula de «seguridad nacional» como razón que pudiera justificar la medida. Ante la amenaza de bloqueo en la tramitación legislativa, se presentó por parte de Alemania una solución al respecto, sustituyendo la misma por una cláusula final que determinara que «este artículo se aplicará sin perjuicio de las responsabilidad de los Estados miembros para la salvaguardia de los ámbitos sobre los cuales son responsables». Cláusula que fue finalmente expresada en la versión vigente del Reglamento con la expresión «se respetarán las responsabilidades de los Estados miembros establecidas en el TUE y en el TFUE», en una formulación general que, en el fondo, no cambia nada e, igualmente, exigirá la interpretación de los tribunales para determinar su contenido, caso por caso¹⁹.

Ahora bien, al margen del interés que pueda representar la regulación en el Reglamento de la utilización de programas espía en la investigación de las fuentes periodísticas, hay que tener en cuenta que la referencia a este tipo de medidas en el presente trabajo tiene un interés relativo, ya que su práctica sólo será posible en aquellos casos en los que se proceda a la investigación de aquellos delitos graves y específicos enunciados de manera expresa, entre los que no se incluye la filtración de información reservada relacionada con una investigación judicial en curso. En este sentido, tan solo cabría plantearse la posibilidad de incluir en el grupo de delitos que legitiman la instalación de este tipo de programas aquellos que puedan estar referidos a la revelación de secretos judiciales. En el ámbito del Reglamento Europeo es ésta una opción difícil de admitir, habida cuenta de la enumeración *numerus clausus* establecida y del hecho de que limita tal posibilidad a un ámbito de gravedad delictual que parece situarse en un nivel diferente y superior. Con relación al artículo 588 septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la doctrina se ha pronunciado sobre la enumeración de delitos establecida, criticando la relación cerrada de delitos establecida y la exclusión de la cláusula general habilitante que, en las intervenciones telefónicas y telemáticas, permite adoptar la medida cuando se trate de un delito doloso castigado con pena con límite de, al menos, tres años de prisión. Así, por ejemplo, ZARAGOZA, señala al respecto que la redacción del precepto es desafortunada, ya que resulta difícilmente justificable que «a través de estas medidas de investigación no puedan ser perseguidos, o esclarecidos, hechos penológicamente graves como un delito de homicidio, asesinato, o agresión sexual, cuando dicha medida sí puede ser utilizada, a prima facie, para investigar figuras delictivas más leves como una estafa cometida a través de internet, o un delito de ofensa a sentimientos religiosos». En este sentido, sostiene que «hubiera sido, en mi opinión, mucho más razonable seguir una regulación similar a la establecida en el anteproyecto de 2013 que preveía la utilización de este tipo de softwares en aquellos casos en los que se trataba de investigar delitos graves y, además, en los que el uso de los mismos eran necesarios para el esclarecimiento del hecho delictivo». Planteamiento que, sin embargo, es objeto de una crítica parcial por parte de autores como SANCHÍS, quien señala que «aún coincidiendo en que faltan en el listado delitos graves», es mejor opción, *de lege ferenda*, «una inclusión de los mismos pero no el uso de una formula genérica», ya que «no debe abandonarse el carácter restrictivo que ha de informar una medida tan invasiva como ésta»²⁰. Línea de argumentación

¹⁹ <https://www.investigate-europe.eu/fr/posts/hardline-eu-governments-push-legitimise-surveillance-journalists-media-freedom-act>.

²⁰ VELASCO NUÑEZ/ SANCHÍS CRESPO, *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 503. En la misma línea, GÓMEZ COLOMER

mantenida igualmente por RICHARD, quien considera que la exigencia de que concurra la investigación por unos determinados tipos delictivos es «un plus de garantía» para los ciudadanos, que no podrán ser monitorizados remotamente por investigaciones referentes a delitos distintos de los previstos por la Ley²¹.

El artículo 588 septies no incorpora una habilitación genérica de delitos castigados con una determinada pena, pero sí establece la posibilidad de utilizar esta medida de investigación cuando se trate de «delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o de la telecomunicación o servicio de comunicación». Y es aquí donde nos preguntamos si es posible admitir la inclusión de las filtraciones al medio de comunicación en esta expresión normativa. La respuesta, en mi opinión, ha de ser negativa. Según reconoce de entrada la Fiscalía General del Estado, la posibilidad de recurrir a esta medida en el caso de los delitos cometidos por vía informática se encuentra en la necesidad de facilitar su persecución, ante la posibilidad de que ésta sea la única forma posible de perseguir el delito cometido en el ámbito digital²². Sin embargo, y aun siendo cierto, ello no debe hacernos perder de vista la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad, asociado al carácter especialmente intrusivo de la medida, que aconseja excluir de su ámbito objetivo de aplicación la criminalidad menos grave. En la línea de lo establecido por GONZÁLEZ, cuando señala con acierto que, aunque parece que con ello «se equipara el hecho de que para la comisión del hecho delictivo se hayan utilizado las nuevas tecnologías con que para la investigación de los hechos (que perfectamente pueden ser de escasa relevancia, pues nada especifica el precepto en sentido contrario) se utilice una medida tan gravosa», la sola existencia de un ilícito penal que haya sido cometido por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información «no puede ser suficiente para legitimar, por sí misma y de forma automática, la utilización de esta medida», tal y como sostienen quienes mantienen que «el artículo 588 ter a. LEcrim no introduce una regla general que libere al juez de verificar el juicio de proporcionalidad que contempla el artículo 588 bis a. LEcrim.»²³. Criterio compartido finalmente por la Fiscalía General del Estado cuando señala que, aun considerando que la enumeración de un catálogo de delitos suponga una concreción de exigencias mínimas respecto al principio de proporcionalidad, ello no elimina la necesidad de que la resolución judicial, «después de justificar que la medida se acuerda para la investigación de uno de los delitos incluidos en el precepto, lleve a cabo un juicio de ponderación que valore si resulta proporcionada la concreta intromisión en los derechos fundamentales del investigado que se producirá con la medida en el caso investigado, en relación con la gravedad del hecho

sostiene que «es una medida altamente agresiva», razón por la cual «el legislador quiere reforzar el ámbito objetivo de la medida, para lo que se han acotado con un listado *numeris clausus* los delitos que la pueden habilitar» (*La contracción del Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 300).

²¹ RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, ed. La Ley, 2017, p. 198.

²² Tal y como señala BACHMAIER WINTER, la inclusión de una referencia a los delitos cometidos por vía digital se encuentra asociada a «la mayor dificultad de esclarecer el delito en caso de que no se adopten medidas de investigación tecnológica», de manera que el interés público viene determinado por el hecho de que, por sus peculiares características, la inmensa mayoría de los delitos informáticos no podrán descubrirse –y por tanto quedarán impunes– a menos que se autoricen medidas de investigación telemática («Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», 2017, pp. 16 y 23).

²³ GONZÁLEZ NAVARRO, «El uso de las nuevas tecnologías en la investigación de delitos de terrorismo», en ALONSO/CUERDA/FERNÁNDEZ (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 573-574.

que se investiga»²⁴. En definitiva, el hecho de que el delito se haya cometido a través de sistemas informáticos, según apunta, no justifica automáticamente la medida, pero sí abre la puerta a que la misma se adopte, requiriéndose en último término una valoración sobre su proporcionalidad²⁵. Apuntado esto, sin duda y según señala GÓMEZ COLOMER, sería deseable una mayor precisión en la referencia que el texto legal hace a este tipo de delitos informáticos, principalmente para evitar la aplicación en la criminalidad menor de una medida intrusiva que representa «la cúspide del intervencionismo público de las autoridades encargadas de la persecución de los delitos²⁶. E igualmente podría ser positivo, tal y como apunta LÓPEZ-BARAJAS con referencia al informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de la ley de reforma del año 2015, tener en consideración la intensidad del acceso remoto que pueda llevarse a cabo. De manera que, por ejemplo, la monitorización de un dispositivo electrónico cuyo único fin fuera la geolocalización de su usuario no se restringiera a delitos especialmente graves, dado su menor nivel de afectación a los derechos de carácter personal²⁷.

3. El secreto profesional del periodista como obstáculo en la investigación penal sobre la filtración de información judicial de naturaleza reservada

En el curso de un proceso penal encaminado a determinar la responsabilidad penal que se deriva de la filtración a un medio de comunicación de información judicial reservada, uno de los aspectos que cobra mayor relevancia es aquel que guarda relación con las fuentes utilizadas y la obligación –o no– que tienen los sujetos que intervienen en la publicación de revelar su identidad a requerimiento del órgano judicial. Se trata de una materia que guarda relación, en primer lugar, con el reconocimiento del derecho que puedan tener periodistas o responsables de medios de comunicación a no proporcionar las fuentes empleadas en el marco de una declaración testifical prestada durante la investigación penal sobre las filtraciones producidas. Y, en segundo lugar, con el reconocimiento –o no– de la posibilidad de practicar diligencias de vigilancia policial –físicas o tecnológicas– con el objetivo de identificar la fuente que proporciona la información.

En el ordenamiento jurídico español, y situados en el ámbito penal, la persecución de las filtraciones que puedan producirse en el marco de un proceso judicial se encuentra de manera habitual con un problema relacionado con la práctica de la prueba y vinculado con la previsión constitucional del derecho a mantener la confidencialidad de las fuentes manejadas, así como con el reconocimiento jurisprudencial del mismo en sentencias dictadas por nuestro Tribunal

²⁴ Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos (BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2019).

²⁵ BACHMAIER, «Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», 2017, pp. 16 y 24.

²⁶ GÓMEZ COLOMER, *La contracción del Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 327 y 329. Con ello se evitaría, tal y como señala, LÓPEZ-BARAJAS, la generación de inseguridad jurídica (LÓPEZ-BARAJAS PEREA, «El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informáticos», en DÍAZ/LÓPEZ-BARAJAS (dir.), *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 164).

²⁷ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, «El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informáticos», 2018, p. 165.

Constitucional, al amparo de la doctrina proporcionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este último tribunal se ha pronunciado de manera recurrente en torno a la libertad de información, su relación con el derecho a mantener en secreto la identidad de las fuentes y la determinación del alcance concreto que la protección de este último derecho debe presentar en el contexto de un proceso penal que se encamina a la investigación de hechos delictivos.

Con relación a la libertad de información, los pronunciamientos emitidos por el TEDH no pueden ser más claros. Se trata de un derecho fundamental cuya protección se sitúa en la base de una sociedad democrática, por cuanto sirve para formar una opinión libre e independiente. En este sentido, la STDH de 25 de junio de 2024 (*Ucrania vs. Rusia*) califica la libertad de expresión e información como «uno de los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de cada individuo»²⁸. Tal y como expresa el propio Consejo de Europa, «inseparable de la democracia, la libertad de expresión está consagrada en una serie de instrumentos nacionales, europeos, internacionales y regionales que promueven este sistema político reconocido como el único capaz de garantizar la protección de los derechos humanos»²⁹, subrayándose «el papel esencial de perro guardián que desempeña la prensa en una sociedad democrática», y vinculando la función de los periodistas en la difusión de información e ideas sobre asuntos de interés general «al derecho del público a recibirlas». Si bien fue la prensa la que originó el concepto de «perro guardián público», el Tribunal –según se explica en la documentación emitida por el propio Consejo de Europa– reconoce que «las ONG desempeñan el mismo papel (*Animal Defenders International vs. Reino Unido* [GS], § 103; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros vs. Bosnia y Herzegovina* [GS], § 86; *Cangi vs. Turquía*, § 35). Además, los investigadores universitarios y los autores de obras sobre temas de interés público también se benefician de un alto nivel de protección. El Tribunal también ha observado que dado que los sitios web contribuyen en gran medida a mejorar el acceso público a las noticias y, en general, a facilitar la difusión de la información, la función de los blogueros y usuarios populares de las redes sociales también puede asimilarse a la de un “perro guardián público” respecto a la protección otorgada por el artículo 10 (*Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungría* [GS], § 168)»³⁰.

La libertad de información guarda una relación intrínseca con el secreto profesional periodístico, o lo que es lo mismo, con el derecho a no revelar la identidad de las fuentes que facilitan la información. Así lo ha manifestado de manera clara la STEDH de 1 de abril de 2021 (caso *Sedletska vs. Ucrania*), al igual que la STEDH de 19 de enero de 2016 (caso *Görmüs vs. Turquía*), al señalar que «la protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa. Sin tal protección, las fuentes pueden verse disuadidas de ayudar a la prensa a informar al público sobre asuntos de interés público. En consecuencia, la función vital de vigilancia pública de la prensa puede verse socavada, y su capacidad para

²⁸ Véase en el mismo sentido la STEDH de 19 de enero de 2016 (*Görmüs vs. Turquía*), o la STEDH de 21 de mayo de 2021 (*Big Brother vs UK*, § 442), entre otras.

²⁹ En este sentido cabe citar diferentes pronunciamientos al respecto, tales como los establecidos en los casos *Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy vs. Finlandia* [GS], § 126; *Bédát vs. Suiza* [GS], § 51; *Axel Springer AG vs. Alemania* [GS], § 79; *Sunday Times vs. Reino Unido* (no 2), § 50; *Bladet Tromsø y Stensaas vs. Noruega* [GS], §§ 59 y 62; *Pedersen y Baadsgaard vs. Dinamarca* [GS], § 71; *News Verlags GmbH & Co.KG vs. Austria*, § 56; *Dupuis y otros vs. Francia*, § 35; *Campos Dámaso vs. Portugal*, § 31).

³⁰ *Guía sobre el artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos: libertad de expresión*, ed. Consejo de Europa, p. 52.

proporcionar información exacta y fiable puede verse afectada negativamente (véanse, entre otras, *Goodwin vs. el Reino Unido*, 27 de marzo de 1996, § 39, Reports of Judgments and Decisions 1996 II y *Sanoma Uitgevers B.V. vs. los Países Bajos* [GC], no. 38224/03, § 50, 14 de septiembre de 2010)» (§ 54)³¹. A este respecto, conviene tener presente que la interpretación del Tribunal sobre el concepto de «fuente» periodística abarca «cualquier persona que proporcione información a un periodista y se ha considerado que la información que identifica a una fuente incluye cualquier información que pueda conducir a la identificación de una fuente, tanto las circunstancias de hecho de la adquisición de información de una fuente por un periodista» como «el contenido no publicado de la información proporcionada por una fuente a un periodista (véanse, por ejemplo, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. y otros vs. Países Bajos*, no. 39315/06, § 86, de 22 de noviembre de 2012, y *Saint-Paul Luxembourg S.A. vs. Luxemburgo*, nº 26419/10, § 50, de 18 de abril de 2013)» (§ 55). En el mismo sentido, cabe citar la STEDH de 19 de enero de 2016 (*Görmüüs vs Turquía*), así como la STDEH de 7 de diciembre de 2011 (*Standar Verlagsgesellschaft vs. Austria*)³².

El Comité de Ministros del Consejo de Europa se pronuncia igualmente sobre ello a través de la Recomendación de 8 de marzo de 2000 -R(2000)7- sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información, con un anexo en el que se recoge la necesidad de que los Estados miembros del Consejo de Europa prevean en sus ordenamientos jurídicos una protección explícita y clara del mencionado derecho, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la CEDH, así como la forma y supuestos en los que pueden aplicarse límites en su ejercicio (subsidiariedad e interés legítimo basado en un imperativo preponderante, circunstancias graves, necesidad social imperativa y un margen de apreciación sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -principio número 3-), las condiciones relativas a la divulgación, o las exigencias establecidas en la interceptación de comunicaciones, vigilancia, registros e incautaciones. A este documento sigue otra Recomendación emitida con fecha de 10 de julio de 2003 en torno a la difusión de informaciones por los medios de comunicación sobre los procedimientos penales, en cuyo anexo se contemplan una serie de principios relacionados con la libertad de información, el necesario respeto de la presunción de inocencia o la veracidad de la información facilitada a los medios por las autoridades judiciales y policiales. La Recomendación de 8 de marzo de 2000 muestra su convencimiento de que «la protección de las fuentes de información de los periodistas constituye una condición esencial

³¹ En el mismo sentido, STEDH de 21 de mayo de 2021 (*Big Brother vs UK*), § 443. Con relación a la línea mantenida por la jurisprudencia del TEDH sobre el secreto profesional, son de interés las consideraciones efectuadas por AZURMENDI [«Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1999): cuarenta años de jurisprudencia sobre el derecho a la información», *Comunicación y Sociedad*, vol. XIII, núm. 1, 2000, p. 26 ss.]

³² El secreto profesional del periodista, como apuntan GIL GONZÁLEZ/CONTRERAS en la línea marcada por el TEDH, «tiene una doble vertiente. En primer lugar, protege al periodista de las solicitudes de terceros (la Administración, los partidos políticos, los tribunales, la propia empresa, en su caso,); teniendo la posibilidad de negarse a cumplir con las exigencias informativas de otros elementos exógenos a su propia investigación. En segundo lugar, ampara a la fuente suministradora de la información, a la que evita, con su silencio, cualquier tipo de perjuicio. Sin esa doble protección, sería imposible que los periodistas de investigación accedieran a determinadas informaciones sensibles o recibieran ayudas comprometedoras de los funcionarios del Estado o de los empleados de otras empresas. Es decir, esta garantía de protección a las fuentes es la que posibilita las aportaciones a los medios, pues, en caso contrario, nadie lo haría, perjudicándose a la ciudadanía que vería seriamente dañado su derecho a recibir libremente información veraz de asuntos trascendentales para su devenir» (GIL GONZÁLEZ /CONTRERAS, *Ética y deontología en el periodismo contemporáneo*, 2022, p. 101). En la misma línea se pronuncia ESPÍN («Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información», en *Derecho Constitucional, volumen I*, 9^a edición, 2013, p. 270).

para que puedan trabajar libremente», definiendo la figura del periodista como la de aquella «persona física o jurídica que desarrolle de manera regular o profesional la recopilación y la difusión de informaciones al público a través de cualquier medio de comunicación masiva», y señalando que por fuente se entiende «cualquier persona que proporciona información a un periodista». Junto a ello, define igualmente la información identificativa de la fuente, incluyendo en la misma, nombre, datos personales, voz e imagen de la fuente, las circunstancias concretas en la que la información ha sido obtenida de la fuente, la parte del documento proporcionado por la fuente que no haya sido publicada y los datos personales de los periodistas y de sus empleados que estén vinculados a su actividad profesional³³.

Tanto el derecho a la libertad de información como el derecho a no revelar las fuentes empleadas cuentan con una protección reforzada en la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, ello no significa que su vigencia sea absoluta, ya que en determinadas circunstancias es posible llevar a cabo la restricción de uno y otro. Así lo expresa el artículo 10.2 de la CEDH cuando señala que «el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». La formulación establecida es acogida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que determina de manera consolidada dos ideas: primera, que es posible establecer medidas legislativas que determinen «restricciones o sanciones» en aquellos casos en los que sea necesario para la preservación de determinados intereses jurídicos, tales como «la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito»; segunda, que el ejercicio de la libertad de información está sometido a «deberes y responsabilidades», que deberán ser objeto de cumplimiento por todo informador en el ejercicio de su función o profesión.

La libertad de información y el anonimato de las fuentes no constituyen, por tanto, derechos de naturaleza inquebrantable y cabe, en consecuencia, la posibilidad de establecer ciertas limitaciones en su ejercicio. No vamos a detenernos en la exposición completa de todas y cada uno de los motivos que justifican una eventual restricción, pero sí lo haremos en lo que respecta a las eventuales limitaciones que puedan aplicarse con relación a la publicación de una información judicial que presenta carácter secreto o reservado en atención a una previsión legal específica³⁴. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto a través de una doctrina consolidada que desarrolla la posibilidad de restringir el derecho a no revelar las fuentes periodísticas empleadas, cuando la información se corresponda

³³ Según ABAD, esta Recomendación es el documento que, de manera más completa, define las condiciones en las que debe regularse el secreto profesional «y podría servir de base de cualquier intento de regulación de este derecho en nuestro país» (ABAD ALCALÁ, «Sobre la regulación del secreto profesional de los periodistas», *Cuadernos de Periodistas*, número 44, 2022, p. 82).

³⁴ Tal y como señala el Consejo de Europa, «los dos fines legítimos que se invocan con mayor frecuencia para justificar la injerencia en el secreto de las fuentes son «la seguridad nacional» e «impedir la divulgación de informaciones confidenciales». Junto a ello, en cualquier caso y de igual manera, «la defensa del orden», «la prevención del delito» y «la protección de los derechos ajenos» también han sido invocados en varios asuntos de esta naturaleza (*Guía sobre el artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos: libertad de expresión*, ed. Consejo de Europa, p. 60).

con elementos confidenciales pertenecientes a un proceso penal en curso. Ahora bien, únicamente en aquellos casos en los que un análisis «escrupuloso» determine la necesidad y proporcionalidad de la eventual medida de investigación prevista por la ley, a partir de una interpretación restrictiva que favorezca en último término el derecho mencionado³⁵. Tales han sido los términos empleados en asuntos de relevancia, como aquel que dio origen a la STEDH de 28 de diciembre de 2012 (*Ressiot vs. Francia*). El pronunciamiento emitido trae causa de la solicitud presentada por cinco periodistas pertenecientes a los medios de comunicación *L'Équipe* y *Le Point*, que publicaron información detallada relacionada con una instrucción judicial desarrollada en el año 2004 sobre el dopaje de ciclistas pertenecientes a un equipo profesional. Una información que incluyó transcripciones de escuchas telefónicas y datos confidenciales en torno al resultado de los diferentes registros domiciliarios practicados. Teniendo bajo sospecha a 10 policías que intervinieron en la investigación, se inició una instrucción judicial con el fin de identificar a los autores de los tipos delictivos relacionados con la vulneración del secreto de la instrucción, practicándose diferentes diligencias que afectaron directamente a los periodistas, a saber, requerimientos a las compañías telefónicas de información sobre las llamadas efectuadas y recibidas, intervención de las propias comunicaciones telefónicas, registro de la sede de ambos medios de comunicación así como del domicilio de los periodistas o incautación de ordenadores con el fin de identificar eventuales ficheros de documentación. Todo ello en un procedimiento en el que, al margen de la fiscalía, se constituyó como parte civil un corredor ciclista por entender que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia a partir de la publicación de información judicial de naturaleza reservada.

En el curso del procedimiento penal desarrollado, se solicitó la anulación del resultado obtenido en los registros practicados, y de las diligencias practicadas de manera subsiguiente, así como de los resultados de las intervenciones telefónicas efectuadas, sobre la base de las normas de derecho interno que protegían las fuentes periodísticas, así como del artículo 10 de la CEDH. Frente a ello, el tribunal de apelación en instrucción (*Chambre de l'instruction*), tras reconocer el papel fundamental que presenta la libertad de información y la protección de las fuentes periodísticas en una sociedad democrática, efectuó en la resolución del recurso una referencia a los artículos 9-1 del Código Civil y 11 del Código de Enjuiciamiento Criminal³⁶. En

³⁵ Véase a este respecto las SSTEDH de 19 de enero de 2016 (*Görmüs vs. Turquía*), de 1 de abril de 2021 (*Sedletska vs. Ucrania*) y de 22 de noviembre de 2021 (*Norman vs. UK*). Este último pronunciamiento subraya la necesidad de guardar la mayor prudencia posible cuando las medidas adoptadas o las sanciones impuestas a la prensa determinan una suerte de disuasión respecto a la participación en el análisis de problemas de interés general legítimo (§ 84). Por su parte la STEDH de 15 de julio de 2003 subraya la necesidad de que la medida adoptada se encuentre prevista por la ley, teniendo en cuenta a este respecto que «el término "ley" debe entenderse en su acepción "material" y no "formal". En un ámbito cubierto por el derecho escrito, la "ley" es el texto vigente tal como lo han interpretado los órganos jurisdiccionales competentes (mutatis mutandis, *Kruslin y Huvig vs. Francia*, sentencias de 24 de abril de 1990, serie A no 176 A y B, respectivamente, págs. 22, § 29 y 53, § 28)» (§ 96).

³⁶ El artículo 9-1 del Código civil francés reconoce de manera expresa el derecho a la presunción de inocencia, estableciendo al respecto que «cuando una persona sea, antes de cualquier condena, presentada públicamente como culpable de hechos que sean objeto de una investigación o de una instrucción judicial, el juez podrá, incluso en procedimiento sumario, sin perjuicio de la reparación del perjuicio sufrido, prescribir cualquier medida, como la inserción de una rectificación o la difusión de un comunicado de prensa, con el fin de poner fin a la violación de la presunción de inocencia, a cargo de la persona física o jurídica responsable de dicha violación». Y junto a ello, el artículo 11 del Código de procedimiento penal determina que, «salvo disposición contraria de la ley y sin perjuicio de los derechos de la defensa, las actuaciones durante la investigación y la

tal sentido, el tribunal de apelación constató que «la publicación de una gran cantidad de información amparada por el secreto de sumario había supuesto un «obstáculo considerable» para la organización de los trabajos del juez de instrucción encargado del caso, que había declarado que «la casi totalidad de las personas que estaban siendo investigadas o que podían haber sido oídas como testigos ya conocen no sólo nuestras intenciones, sino también los detalles de los cargos que se les imputan». También consideró que la publicación en el diario *L'Équipe* de amplios extractos de las entrevistas que había realizado había «torpedeado» la investigación en curso al impedir que se siguiera investigando, añadiendo que los investigadores no tendrían más ramificaciones. Igualmente señaló que en el momento de la publicación del artículo de Le Point, el 22 de enero de 2004, todavía no se le había comunicado ninguna de las escuchas telefónicas transcritas en el artículo. El tribunal de apelación constató en fin que, para las personas mencionadas en los artículos publicados, la supuesta violación del secreto de instrucción había supuesto una vulneración de la presunción de inocencia y que la publicación de algunas de sus conversaciones telefónicas grabadas también constituía una vulneración de su intimidad.

Continuando con el razonamiento esgrimido por el tribunal de apelación francés, se consideró demostrado que la violación del secreto de la instrucción «había comprometido el avance de la investigación así revelada y había supuesto una vulneración de la presunción de inocencia de las personas a las que se referían estos artículos, así como una vulneración de su intimidad por la publicación de algunas de sus conversaciones telefónicas». A partir de ello, se declararon nulas las diligencias practicadas antes de la primera toma de declaración judicial en instrucción de los periodistas, así como la práctica de ciertas investigaciones técnicas sobre los dispositivos de los policías sospechosos, por considerar que constituyeron una injerencia desproporcionada con relación al momento y a las necesidades de la investigación en curso. Y se mantuvieron aquellas diligencias desarrolladas con posterioridad, por considerar que las mismas –en concreto los registros efectuados– constituyeron «la única medida útil para esclarecer la verdad», llevándose a cabo «con celeridad, de conformidad con el Derecho interno y respetando los principios derivados del artículo 10 del Convenio». Respetando, por tanto, los principios de necesidad y proporcionalidad, y constituyendo en segundo término medidas amparadas en un fin legítimo.

Planteado el correspondiente recurso de casación, el mismo fue desestimado por considerarse que la injerencia en el derecho a la libertad de prensa y la protección de las fuentes periodísticas fue necesario, proporcionado y amparado en un fin legítimo. Añadiendo a ello que «las medidas impugnadas lo fueron a causa de la divulgación del contenido, que por ley debía permanecer secreto, de documentos de una investigación en curso», constituyendo «medidas justificadas tanto por los imperativos de interés general de protección de los derechos de los demás, entre los que figura la presunción de inocencia, como por la necesidad de preservar información confidencial, así como por la necesidad de prevenir conductas que pudieran impedir el descubrimiento de la verdad».

Precisamente en Francia, el problema relacionado con la protección de las fuentes periodísticas ha cobrado actualidad en los últimos años a partir del procedimiento judicial con relación a la información publicada por la periodista Ariane Lavrilleux, por razón de la revelación de

instrucción serán secretas. Todas las personas implicadas en estos procedimientos están obligadas a guardar el secreto profesional en las condiciones y penas previstas en los artículos 226-13 y 226-14 del Código Penal».

secretos vinculados con la seguridad nacional asentada en la publicación de documentos clasificados; una periodista que, en enero de 2025, no fue finalmente imputada por la comisión de ilícitos penales por decisión del órgano judicial correspondiente. La investigación incluyó la entrada y registro del domicilio de Lavrilleux, quien fue igualmente detenida, todo ello al amparo razones imperativas de interés público. La periodista señaló, precisamente, a los medios de comunicación, que el objetivo del registro de su domicilio durante diez horas no fue otro que rastrear sus fuentes de información, recalando que «sin fuentes no hay periodismo posible», con el riesgo de que la información a publicar quede limitada a «meros comunicados de prensa».

A raíz de la situación generada, 110 organizaciones apelaron a la protección de las fuentes periodísticas, y organizaciones como *Reporteros sin fronteras*, *Fondos para una prensa libre* y el Sindicato Nacional de Periodistas Franceses remitieron una carta común al primer ministro, François Bayrou, así como a los ministros de Cultura, Interior, Justicia y Defensa, en la que formularon cinco recomendaciones para garantizar el secreto de las fuentes periodísticas: 1) Restricción de las condiciones que permitan el levantamiento del secreto profesional de los periodistas, delimitando con claridad las situaciones que justifiquen el mismo y limitándolas a la prevención y la represión de delitos de una gravedad particular, evitando con ello formulaciones generales justificativas tales como la existencia de un «imperativo preponderante de interés público»; 2) Autorización judicial para cualquier acto de investigación que afecte al secreto mencionado, como pueda ser el registro de un domicilio o la geolocalización; 3) Extensión del secreto aplicable a las fuentes más allá de los periodistas tradicionales, aplicándolo igualmente a los colaboradores de los medios, los autores de obras de investigación y los autores de documentales; 4) Posibilidad de solicitar, vía recurso, la nulidad de los actos de investigación que vulneren el secreto profesional; 5) Tipificación en el Código Penal de un delito específico por vulneración del secreto de las fuentes empleadas, en la línea de la protección ofrecida al secreto profesional de médicos y abogados. Esto es, el periodismo en Francia, si bien requiere la protección efectiva del secreto profesional del periodista, admite una eventual limitación aplicable sobre el mismo. Y, en lo que a nosotros nos interesa, solicita una delimitación, con claridad, de las situaciones que justifiquen el mismo y su restricción a la prevención y la represión de delitos que presenten una gravedad particular³⁷.

El caso es que, volviendo al asunto *Ressiot* y a la sentencia dictada en casación, se plantea un recurso frente a alle ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, generándose la sentencia a la que estamos haciendo referencia, de 28 de diciembre de 2012 (*Ressiot vs. Francia*). En ella, y a partir de la doctrina consolidada establecida al efecto sobre la libertad de información, y ésta es una idea importante a tener en cuenta, el tribunal sitúa como cuestión a resolver determinar «si, en las circunstancias particulares del caso de autos, el interés en informar al público sobre un tema importante como el dopaje en el deporte (véanse los apartados 114 y 116 supra) prevalecía sobre los “deberes y responsabilidades” que incumbían a los demandantes en razón del origen dudoso de los documentos que les habían sido enviados (véase la sentencia Dupuis y otros, apartado 42)». Y junto a ello, «si el objetivo de preservar la confidencialidad de la investigación constituía una justificación pertinente y suficiente de la injerencia». El derecho de los periodistas a ocultar sus fuentes, subraya a este respecto la Sala, debe considerarse «un

³⁷ Sobre al tratamiento que en Francia se lleva a cabo sobre esta materia, puede consultarse el trabajo de DENIS («La protection des sources journalistiques», *Revue Juridique de l'Ouest* 2003/3, pp. 255-282).

auténtico atributo del derecho a la información, que debe tratarse con la máxima prudencia». Y es precisamente esta prudencia la que conduce al tribunal a considerar, en los hechos acaecidos, la incapacidad del Gobierno francés para demostrar la existencia de un balance equitativo de intereses que justifique las medidas adoptadas. Si bien los motivos invocados pueden ser considerados pertinentes, en ningún caso pueden ser considerados suficientes para justificar los registros e incautaciones llevados a cabo. Las medidas que limitan la libertad de expresión deben constituir «el último recurso» y asentarse en el cumplimiento de «una necesidad social imperativa». En el caso objeto de análisis, las diligencias de investigación adoptadas –registros en la sede del medio de comunicación y en el domicilio de los periodistas– fueron confirmados por las instituciones judiciales francesas «sin que se demostrara la existencia de tal necesidad» y sin respetar el principio de proporcionalidad debido, teniendo en cuenta el profundo efecto que los registros efectuados en la sede de los dos periódicos tuvo en los profesionales que allí trabajaban y la percepción por ellos de una amenaza potencial al libre ejercicio de su profesión. En este sentido, señala el tribunal, «los investigadores que, provistos de órdenes de registro, sorprenden a los periodistas en su lugar de trabajo o en su domicilio, disponen de poderes de investigación muy amplios porque tienen, por definición, acceso a toda su documentación». Y ello hace que el principio general que exige un escrutinio escrupuloso sobre las medidas a adoptar se vea reforzado³⁸.

El caso *Ressiot* muestra que es posible quebrantar el derecho a no revelar las fuentes periodísticas en aquellos casos en los que se estime la existencia de una «necesidad social imperiosa», proporcionada «por una finalidad legítima» (STEDH de 20 de mayo de 1999, *Bladet vs. Noruega*; 28 de diciembre de 2012, *Ressiot vs. Francia*), y que, a partir de ello, la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a las opciones de restricción ofrecidas por el artículo 10.2 de la CEDH permitirá tan solo en contadas y excepcionales ocasiones adoptar sobre periodistas o medios de comunicación medidas que sirvan en el proceso penal para identificar a la fuente de una filtración. El análisis escrupuloso (STDEH de 27 de marzo de 1996, *Goodwin vs. UK*) sobre la prevalencia de un interés jurídico superior, tomando en consideración en todo caso la proporcionalidad de la medida adoptada lo es desde un punto de vista prácticamente absoluto. Y ello determinará previsiblemente que nunca, o casi nunca, pueda considerarse legítimamente aplicable una restricción sobre el derecho a la libertad de información o el derecho a mantener las fuentes en el anonimato³⁹, garantizándose una protección en muchos casos excesiva por parte del TEDH con relación al derecho a no revelar las fuentes de información. Y el caso *Ressiot*, como decimos, es un buen ejemplo de ello. Sentencia de instancia y de casación reconociendo la legitimidad de las medidas judiciales adoptadas para determinar la identidad de la filtración, y resolución del tribunal europeo en sentido contrario, al amparo de consideraciones excesivamente generales

³⁸ La jurisprudencia del TEDH ha subrayado con posterioridad el carácter especialmente restrictivo que presenta un eventual registro en la sede del medio de comunicación o en el propio domicilio del periodista. Así, la STEDH de 19 de enero de 2016 (*Görmüs vs. Turquía*) establece al respecto que «una orden de incautación y registro en los locales profesionales de los periodistas afectados constituye un acto más grave que una advertencia de revelar la identidad de la fuente. En efecto, los investigadores que, provistos de una orden de registro, sorprenden a un periodista en su lugar de trabajo tienen poderes de investigación muy amplios por el hecho de que tienen, por definición, acceso a toda la documentación que posee el periodista (*Roemen y Schmit vs. Luxemburgo*, no 51772/99, § 57, CEDH 2003 IV)» (§ 46). En el mismo sentido, STEDH de 21 de mayo de 2021 (*Big Brother vs UK*), § 443.

³⁹ STEDH de 19 de enero de 2016 (*Görmüs vs. Turquía*).

en torno al principio de proporcionalidad, a pesar de tomar como punto de partida el interés jurídico legítimo y justificativo de las medidas mencionadas⁴⁰.

A partir de la restrictiva interpretación efectuada por el TEDH, el Tribunal Constitucional ha establecido una línea consolidada de protección encaminada a preservar el derecho principal a la libertad de información y el derecho instrumental a no revelar las fuentes empleadas. En tal sentido, resulta de interés efectuar una referencia a la STC 30/2022, en la que se analiza precisamente la cuestión relativa al secreto de las fuentes periodísticas, en un caso –*Caso Cursach*– en el que se investiga por el Juzgado de Instrucción número 12 de Palma de Mallorca, y a través de pieza separada, filtraciones a la prensa de documentos judiciales y policiales que obraban en la pieza principal. En concreto, la obtención de una información confidencial «que no debía ser divulgada y que dio lugar a la publicación de diversas noticias periodísticas» (antedecedente 2)⁴¹.

La STC 30/2022 analiza la trascendencia que deba darse a la protección de las fuentes periodísticas, señalando que la protección de las mismas, «también conocida como garantía del secreto profesional de los periodistas, ha sido categorizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una de las piedras angulares de la libertad de prensa, fundamentándose en que “la ausencia de dicha protección puede disuadir a las fuentes de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general” (STEDH de 25 de febrero de 2003, asunto *Roemen y Schmit vs. Luxemburgo*, § 46). De no existir esta garantía, señala el Tribunal Europeo Derechos Humanos, el papel vital de “guardián público” (*watchdog*) de los medios periodísticos “puede verse socavado y la capacidad de los mismos para proporcionar información precisa y confiable puede verse afectada negativamente” (SSTEDH de 28 de junio de 2012, asunto *Ressiot y otros vs. Francia*, § 99; 27 de marzo de 1996, asunto *Goodwin vs. Reino Unido*, § 39, y 25 de febrero de 2003, asunto *Roemen y Schmit vs. Luxemburgo*, § 46). El grave riesgo que la obligación de revelar las fuentes de prueba puede suponer para el núcleo esencial de la libertad de información y la formación de una opinión pública libre (art. 10 CEDH) ha justificado que el Tribunal Europeo Derechos Humanos haya venido establecido que las limitaciones a la confidencialidad de las fuentes periodísticas, al igual que ocurre con la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente, deben estar sometidas a un control de proporcionalidad mucho más riguroso que cualquier otro medio de investigación, debiendo evaluar si existe una “necesidad social urgente” de la restricción y si esta está justificada atendiendo al “interés de la sociedad en asegurar y mantener una prensa libre” (STEDH 27 de marzo de 1996, asunto *Goodwin vs. Reino Unido*, § 40). Esta ponderación, además, no debe resolverse atendiendo únicamente a la utilidad de la medida de investigación (por ejemplo, por ser la única posible para el esclarecimiento de los hechos) sino que también ha de tenerse en cuenta tanto la gravedad del delito objeto de investigación, como el propio interés público de la

⁴⁰ Tal y como apunta FRANCILLON, «cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio de este derecho resulta injustificable. Pero una concepción tan radical de la libertad de expresión choca con otras exigencias de la sociedad. Hay informaciones que todo el mundo sabe que no pueden divulgarse sin riesgo o perjuicio. Por ejemplo, la información confidencial relativa a la defensa nacional, la vida privada y la reputación de las personas, o el correcto desarrollo de una investigación policial o judicial. Los casos que se exponen a continuación ilustran la dificultad de encontrar el justo equilibrio entre la necesidad de proteger las fuentes de los periodistas y la no menos imperiosa necesidad de defender intereses legítimos dignos de protección legal» (FRANCILLON, *Liberté d'expression. Protection des sources des journalistes*, 2014. https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/NOVEMBRE_2014/RSC.pdf).

⁴¹ STC (Sala primera) 30/2022 de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022).

noticia objeto de divulgación (STEDH de 6 de octubre de 2020, asunto *Jecker vs. Suiza*, § 38-40)» (FJ 4).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, «ha venido estableciendo una serie de garantías procesales directamente dirigidas a consolidar una esfera de protección en las relaciones de confidencialidad entre los periodistas y sus fuentes. Así, a la anteriormente mencionada ponderación de los derechos e intereses en juego, hay que unir también la exigencia de control judicial efectivo que determine si existe un interés público suficientemente prevalente en el levantamiento del secreto profesional (STEDH de 14 de septiembre de 2010, asunto *Sanoma Uitgevers B.V. vs. Países Bajos*, § 90), y la necesidad de un procedimiento específico destinado a identificar y aislar, previo al acceso a dicho material, la información que pueda conducir a la identificación de fuentes a partir de información que no conlleva tal riesgo (STEDH de 16 de octubre de 2007, asunto *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH vs. Austria*, § 62-66, aplicada a un caso de acceso a dispositivos informáticos de abogados)».

Siguiendo tales consideraciones, se forma un cuerpo de doctrina constitucional en torno al secreto profesional en el ejercicio del derecho a la información –reconocido en el artículo 20 CE–, y su consideración como garantía a través de la cual se preserva igualmente la satisfacción del carácter objetivo de la libertad de prensa, que juega un «papel como pieza básica en el sistema democrático» y se inserta en el «derecho a transmitir y recibir una información libre y plural» (STC 199/1999 FJ 2)⁴². El secreto profesional opera, en este sentido, en el ámbito de la libertad de la información, «como una garantía al servicio del derecho a la información, mediante la que se ensanchan las posibilidades informativas de la sociedad, dándose a conocer hechos y realidades que, sin ella, no verían la luz» [STC 24/2019, FJ 6 c)]»⁴³. Esto es, la protección de las fuentes de información «constituye un instrumento destinado directamente a generar un ámbito de confidencialidad», evitando así «que puedan verse –las fuentes condicionadas a no ayudar a la prensa y profesionales de la información, en su labor de informar a la sociedad y contribuir así a la formación de una opinión pública y libre». Nos encontramos con una garantía esencial vinculada a un derecho fundamental, lo cual requiere que «el quebrantamiento de dicha esfera de protección puede generar en la libertad de información (art. 20 CE), deba quedar sometida a una ponderación más estricta que otras medidas de investigación» y junto a ello, que deba «facilitarse la participación de todos los afectados –a través de las acciones pertinentes– para que puedan evacuar sus propios argumentos y solicitar una ponderación de sus intereses» (STC 30/2022, FJ 4 y 5)⁴⁴.

Con carácter general, en consecuencia, la confidencialidad de las fuentes manejadas es objeto de protección por vía jurisprudencial a partir de las consideraciones que se efectúan en torno a la libertad de información como derecho constitucional⁴⁵. Estableciéndose un necesario y

⁴² STC (Sala segunda) 199/1999, de 8 de noviembre (BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 1999).

⁴³ STC (Sala primera) 24/2019, de 25 de febrero (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019).

⁴⁴ Véase a este respecto la referencia efectuada por RIAÑO a los pronunciamientos judiciales mencionados en «Principio de presunción de inocencia: iniciativas de protección en el Derecho francés y su aplicación en el ordenamiento jurídico español», en *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 64, septiembre de 2024, p. 33 y ss.

⁴⁵ En este sentido, el secreto profesional aplicado a las fuentes debe entenderse referido exclusivamente con relación a la publicación de la información correlativa, y no cuando se produce la obtención de un documento encaminado a conseguir otros fines, como puede ser la propia defensa del periodista frente a una demanda

riguroso control de proporcionalidad en las eventuales limitaciones que se puedan aplicar a la misma, que examine la existencia de una necesidad social urgente, la gravedad del delito objeto de investigación, así como la utilidad de la medida de investigación y el hecho de que sea la única posible para el esclarecimiento de los hechos. Es necesaria una ponderación de los derechos e intereses en juego (libertad de información versus investigación penal sobre hechos delictivos) llevada a cabo por una autoridad judicial que determine «si existe un interés público suficientemente prevalente en el levantamiento del secreto profesional». Esto es, el derecho del periodista a preservar la identidad de las fuentes de información no constituye un elemento inquebrantable que deba ser mantenido en todo caso, sino que –respetando criterios de proporcionalidad– los tribunales pueden decidir –y exigir– la revelación de tal identidad. La jurisprudencia permite su quebrantamiento en circunstancias excepcionales no determinadas de manera concreta (necesidad social urgente y gravedad del delito, tal y como establece la STC 30/2022), a partir de una normativa que no regula de manera específica y desarrollada el derecho mencionado. Y es que, ciertamente, en nuestro ordenamiento jurídico es posible hallar previsiones normativas que sirven para preservar el anonimato de quien decide efectuar una revelación pública sobre la comisión de infracciones de naturaleza penal, pero ninguna de ellas puede situarse en el supuesto que estamos analizando (fuente que proporciona información objeto de publicación).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla una referencia específica al secreto profesional del periodista en la regulación de las dispensas testificales, a pesar de que el artículo 20 de la Constitución establece de manera expresa que «la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional»⁴⁶. Una exigencia constitucional de desarrollo

judicial. Así lo establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2009 (AAP M 5955/2009 - ECLI:ES:APM:2009:5955A). De la misma manera, el secreto profesional no puede servir como elemento que sirva para amparar una información no veraz publicada o para excusar una eventual responsabilidad por atentados contra el derecho al honor, tal y como apunta la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sección 2), en sentencia dictada el 8 de septiembre de 2003 (AAP CS 268/2003 - ECLI:ES:APCS:2003:268A).

⁴⁶ Este tipo de normas ya existen en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Así, por ejemplo y en Francia, la Ley sobre la protección del secreto de las fuentes periodísticas, de 4 de enero de 2010. Una norma cuyo artículo segundo establece que «la confidencialidad de las fuentes sólo podrá vulnerarse directa o indirectamente si existe un interés público superior para ello y si las medidas previstas son estrictamente necesarias y proporcionadas al objetivo legítimo perseguido», teniendo en cuenta que «en ningún caso dicha injerencia podrá consistir en la obligación del periodista de revelar sus fuentes» y que «se considerará violación indirecta del secreto de las fuentes, en el sentido del párrafo tercero, el hecho de intentar descubrir las fuentes de un periodista mediante investigaciones en las que participe cualquier persona que, por sus relaciones habituales con un periodista, pueda disponer de información que permita identificar a dichas fuentes». En el curso de un procedimiento penal –continúa señalado el artículo 2– «para apreciar la necesidad de la infracción se tendrá en cuenta la gravedad del delito o falta, la importancia de la información buscada para la represión o prevención del delito y el hecho de que las medidas de investigación previstas sean indispensables para el esclarecimiento de la verdad». El texto legal determinó la modificación de la ley de 1881 de libertad de prensa, así como de determinadas disposiciones del Código de Procedimiento Penal. En concreto, el artículo 56.2 (relacionado con los registros a efectuar en los locales de un medio de comunicación o en el domicilio de un periodista en el marco de investigaciones relacionadas con su actividad profesional), 60 (relacionado con la obligación de proporcionar a la policía información útil por parte de organismos públicos o entidades de derecho privado, efectuando una referencia a la información “protegida por el secreto legal” o el “secreto profesional”), 77-1-1 y 99-3 (relativos a la solicitud por el fiscal, juez de instrucción o por la policía con su autorización de documentación pertinente para la investigación, incluida la producida por un sistema informático o de tratamiento de datos personales, y a la posibilidad de alegar el secreto profesional con un motivo legítimo), 100-5 (relacionado con la prohibición de transcribir la correspondencia con un periodista que permita identificar a

legislativo que no se ha llevado a cabo hasta la fecha. No porque no se haya querido, sino porque las iniciativas planteadas no han visto la luz. Es el caso del proyecto normativo desarrollado en el año 2022, cuya aprobación y entrada en vigor quedó en suspenso como consecuencia de la disolución anticipada de las Cortes. Se trata ésta de una propuesta cuya implementación ha sido y es requerida con carácter recurrente por la Federación de Asociaciones de Periodistas (FAPE) o la Federación de Sindicatos de Periodistas (FeSP)⁴⁷, a pesar de que, en ciertos sectores del periodismo, la posibilidad de desarrollar legislativamente el contenido del secreto profesional del periodista haya sido contemplada desde el ámbito periodístico como una amenaza para el desarrollo de este derecho, tal y como apunta SAN MIGUEL citando a CEBRIÁN. Se afirma, así, que «el desarrollo de una ley positiva concreta del secreto profesional lo contemplamos como una amenaza, como si nos fueran a quitar el secreto profesional, porque hasta ahora cuando tenemos un problema de estos tenemos siempre la posibilidad de apelar a la Constitución ante los tribunales y hay un ejercicio jurisprudencial abierto que nos puede salir por peteneras, salir bien o salir mal, pero en cuanto exista esta ley como tal, con toda seguridad, nos saldrá mal»⁴⁸.

En el mismo sentido, ASENSIO MELLADO apunta al respecto que «se trata el secreto profesional de un derecho ilimitado en tanto no está desarrollado por ley en el sentido establecido por el art. 53,2 CE. Las leyes de desarrollo son leyes de límites, no de eficacia, siendo así que la ausencia de regulación legal de un derecho se traduce en su ejercicio ilimitado e incondicionado. Y aquí reside la extrema dificultad de un derecho complejo que genera problemas de consideración que, estando en el punto de conflicto entre unos derechos y otros, puede generar consecuencias ciertamente graves en momentos de tensión social y de favorecimiento de intereses que el propio proceso penal incrementa mediante un uso espurio del mismo». Podría, sin duda, ser conveniente –continúa señalando este autor– «una regulación que, siendo necesaria, podría ser suficientemente clara y expresa como para evitar excesos. Porque, la obtención de noticias de forma ilícita por terceros que las transmiten a la prensa y que ésta hace públicas siendo posteriormente utilizadas por policía y fiscalía no es un fenómeno ajeno a ciertos ordenamientos, aunque en España no haya tenido aún acogida. Considerar prueba documental las informaciones periodísticas para, de forma indirecta, avalar pruebas ilícitas es comportamiento que debe evitarse y frente al cual este derecho constituye, sin regulación, un obstáculo importante. En todo caso, la solución es compleja; pero obligado es que no penetre en el proceso»⁴⁹.

una fuente), 326 y 437 (relativos a la obligación de prestar declaración testifical y de su eventual exclusión con base en el derecho de todo periodista oír como testigo sobre informaciones recogidas en el ejercicio de su profesión a no revelar su origen»).

⁴⁷ <https://fape.es/organizaciones-y-sindicatos-de-periodistas-piden-al-gobierno-ser-escuchadas-para-implementar-el-reglamento-europeo-sobre-la-libertad-de-los-medios-de-comunicacion/>

⁴⁸ SAN MIGUEL, *De los juicios paralelos en la Sociedad Global de la Información, Problemas y soluciones. Capítulo III. Del principio de publicidad procesal al principio de publicación del proceso*, 2023, pp. 133-134. Citando a CEBRIÁN, «El secreto profesional de los periodistas: debate con Juan Luis Cebrián», en *Cuadernos y debates*, núm. 12, Madrid, 1988, p. 22.

⁴⁹ ASENSIO MELLADO, «La infracción del derecho al honor por los medios de comunicación información ilícita alguna, vulneradora de derechos de terceros y que se avale o legalice por la vigencia exclusiva y preferente de un derecho frente a otros también fundamentales», en GÓMEZ COLOMER (dir.) *Tratados sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 493-494

El Proyecto mencionado –presentado con fecha de 14 de diciembre de 2022- desarrolla lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución con el fin de «proteger a las personas físicas o jurídicas que hayan servido de fuente para informaciones periodísticas», y junto a ello «evitar que actuaciones que menoscaben el secreto profesional desincentiven a futuras fuentes de colaborar con los medios de comunicación» (EM)⁵⁰. En tal sentido, establece que ningún periodista será perseguido por proteger la identidad de sus fuentes⁵¹, estableciéndose el secreto profesional no sólo como un derecho sino también como un deber, de manera que existe la obligación de no revelar «la identidad de la fuente, la comunicación a través de la cual se transmitió la información, el contenido de la misma y cualquier otro elemento accesorio que pudiera ser empleado para identificar a la fuente» (artículo 5)⁵²; todo ello predicable tanto con relación al periodista como al director del medio de comunicación. Y teniendo en cuenta, en este sentido, la definición que ofrece del término «periodista» como aquel «profesional que se dedica a comunicar información veraz a la ciudadanía por cualquier medio de comunicación, cuya principal misión sea hacer realidad el derecho a la información que tiene la sociedad». Y que por «medio de comunicación» se entiende «todos aquellos canales (prensa, radio, televisión

⁵⁰ La iniciativa presentada no es novedosa, habida cuenta de la presentación de propuestas normativas al respecto en el pasado. Es el caso de la Proposición de Ley del año 1993 reguladora de la cláusula de secreto profesional de los periodistas, presentada por el Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, que finalmente caducó en el proceso de elaboración parlamentario. Se trata de una proposición que define el secreto profesional como aquel derecho «a negarse a desvelar la identidad del autor o autores de la información obtenida», así como a la exclusión de eventuales registros o incautaciones de material relativo a la información elaborada y difundida, centrando su atención –artículo segundo- en la alegación del derecho ante los órganos judiciales en cualquier fase procesal. Tal referencia, sin embargo, se ve matizada en el mismo precepto al señalar que «cuando el periodista sea requerido como testigo en un proceso penal por un delito de los previstos en el Título I del Libro II del Código Penal –Delitos contra la seguridad exterior del Estado- el Juez, mediante resolución motivada, podrá determinar que la declaración del periodista resulta imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad que de ello se derive». Igualmente, el artículo segundo determina en su apartado tercero que «el secreto profesional no podrá ser alegado cuando la información difundida afecte a materias clasificadas como secretas de acuerdo con lo que prevé al respecto la legislación vigente» (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados, V Legislatura. Núm. 25-1 de 14 de septiembre de 1993).

⁵¹ En torno a la eventual responsabilidad penal del periodista, PRAT WESTERLINDH, aunque reconoce la existencia de cierto sector de la doctrina que emite un pronunciamiento en sentido contrario, rechaza la posibilidad de considerar al medio de comunicación que publica una información perteneciente a la fase de instrucción como inductor o cooperador necesario de la conducta ilegal desempeñada por un tercero (funcionario, autoridad o particular) (PRAT WESTERLINDH, *Relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación. Los juicios paralelos*, 2013, pp. 562-563).

⁵² .- Tal y como apunta VILLANUEVA, «en la mayor parte de los casos de derecho comparado se puede advertir que el secreto profesional del periodista ha sido regulado como un derecho; es decir, su ejercicio es potestativo por parte del periodista. Sin embargo, hay legislaciones en donde el secreto profesional del periodista es un deber jurídico, en la medida en que el informador se encuentra obligado a mantener reserva sobre la identidad de sus fuentes, so pena de ser acreedor de una sanción o amonestación pecuniaria o corporal» (VILLANUEVA, *Derecho comparado de la información*, 2002, p. 575). Es importante notar –continúa señalando este autor- que «el secreto profesional del periodista como deber jurídico o como derecho subjetivo ha tenido como telón de fondo un apoyo sustantivo entre la propia sociedad civil, particularmente en los sectores ilustrados que han visto esta figura legal como una garantía más para la formación de una opinión pública libre, sustento sobre el que se erige un Estado Democrático de Derecho. En los Estados Unidos, por ejemplo, un sondeo de opinión levantado por Gallup en 1973 –a propósito del establecimiento de Leyes Escudo estatales de protección de las fuentes periodísticas- en 300 localidades ubicadas a lo largo del territorio americano reveló que el 57 % de los 1.462 entrevistados apoyaba el derecho periodístico de la protección de las fuentes noticiosas. Este apoyo fue mayor entre los universitarios, al registrar el 68 % de simpatías en pro de crear una legislación que introdujera el secreto profesional» (p. 575).

digital) que difunden informaciones verdaderas y están sustentados en una sociedad editora o persona física propietaria (pública o privada) comprometida con las buenas prácticas y códigos deontológicos que rigen el periodismo» (artículo 2)⁵³.

La regla general de protección establecida puede, sin embargo, ser exceptuada «mediante mandato judicial expreso de un órgano de la jurisdicción penal, que deberá valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida» en dos concretos supuestos: a) cuando se constate fehacientemente que la fuente ha falseado conscientemente la información; b) cuando la revelación de la fuente sea el único medio para evitar un daño grave e inminente a la vida, la integridad física o la seguridad de las personas. En tales casos, «la autoridad judicial podrá ordenar la práctica de las actuaciones admisibles en Derecho, si bien queda excluida la requisición de las herramientas de trabajo de los periodistas, sean éstas del tipo que sean, en el ejercicio de su profesión»⁵⁴.

El tenor del Proyecto legislativo presenta una naturaleza restrictiva, en tanto en cuanto la necesidad de la medida -y su proporcionalidad- únicamente podrán ser valoradas en aquellos supuestos concretos en los que la información publicada sea falsa o exista un riesgo para terceros, sin dar cabida a supuestos que –según la jurisprudencia del TEDH- podrían legitimar la actuación judicial en caso de ser adoptados con la debida proporcionalidad para dar cumplimiento a una «necesidad social imperiosa», proporcionada «por una finalidad legítima». Supuestos que el artículo 10 del Convenio europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales sitúa en la necesidad de preservar «la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». El contraste apuntado queda en nada como consecuencia del decaimiento del Proyecto, y determina que -en ausencia de normativa interna específica- sea el precepto recogido en el Convenio Europeo, así como la jurisprudencia emitida por el Tribunal

⁵³ El secreto profesional en el ámbito del periodismo tiene por objetivo proteger la identidad de la fuente, en razón de muy diversos factores, tal y como apunta ESPÍN: «la propia reserva sobre la vida privada del informante, cuestiones de seguridad personal del mismo, evitar acciones legales contra él —que pueden consistir incluso en actuaciones policiales si se trata de personas buscadas por presuntos hechos delictivos—, etc. Así pues, frente al secreto profesional aplicable en otras actividades, en las que el profesional no debe proporcionar información sobre el cliente, en el secreto profesional de los periodistas la reserva versa exclusivamente sobre la identidad de esa fuente, mientras que la información que proporciona la fuente (que aquí sustituye al «cliente») tiene precisamente el destino opuesto de ser difundida» (ESPÍN, Eduardo. «Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información», en *Derecho Constitucional, volumen I*, 9^a edición, 2013, p. 269).

⁵⁴ La referencia a la necesidad de que exista un riesgo de esta naturaleza es apuntada por NIEVA, en un sentido diferente al establecido en el Proyecto, cuando señala que «resulta imprescindible limitar el alcance de ese secreto profesional, evitándose además que el periodista pueda construir con sus investigaciones sobre hechos penales gravísimos, una especie de novela por entregas con finalidades simplemente crematísticas. En coherencia con ello, los ordenamientos tienen que regular dichos límites, que deben tener en cuenta lo acabado de expresar, recogiendo la posibilidad de que el secreto pueda ser alzado, con las debidas garantías de protección para los diferentes testigos y para el propio periodista. Ese alzamiento quizás podría llevarlo a cabo un órgano mixto de composición judicial y periodística, en supuestos de especial gravedad. Y, por último, como antes se dijo, el secreto periodístico solamente puede tener lugar en caso de que con él se proteja la vida o integridad física, psíquica, social o económica de los informantes o del propio periodista, y siempre y cuando exista como trasfondo la investigación de un hecho delictivo. De lo contrario, el periodista debe revelar sus fuentes, habida cuenta de que ningún motivo existirá para la protección del secreto al no poderse provocar daños a persona alguna» (NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal III. Proceso penal*, 2019, p. 368).

Europeo de Derechos Humanos, la base fundamental en la regulación de la libertad de información y del derecho a no revelar la identidad de las fuentes empleadas. Por lo menos hasta la entrada en vigor del Reglamento UE 2024/1083 sobre la Libertad de los Medios de Comunicación, en el que se incluyen previsiones que afectan de manera directa a la eventual preservación del anonimato de las fuentes periodísticas en el curso de una investigación penal. Previsiones que van desde una eventual obligación a revelar las fuentes de información hasta la posibilidad de instalar programas espía en los dispositivos utilizados por los periodistas.

El Reglamento sigue la línea marcada por el Consejo de Europa, que admite la opción de someter el derecho a la libertad de expresión –y dentro de él, la libertad de información- a «formalidades, condiciones, restricciones o sanciones»⁵⁵. De manera más precisa en la concreción de las medidas que se puedan adoptar (obligación de revelar información, detención, sanción, interceptación, inspección, vigilancia o instalación de programas informáticos de vigilancia intrusiva), pero de forma más genérica en lo que atañe a la eventual justificación –motivación- en la adopción de las mismas (basta una razón imperiosa de interés general y la aplicación de la debida proporcionalidad, en lo que atañe a la mayor parte de las medidas). Con la salvedad, en este último aspecto, de la instalación de programas de vigilancia intrusiva, cuya aplicación sólo estará permitida en el caso de que se lleve a cabo en la investigación de determinados delitos. El Reglamento no aporta elementos específicos que sirvan para complementar, aclarar y concretar la aplicación del principio de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia del TEDH, limitándose a establecer una formulación general cuya interpretación deberá ser llevada a cabo por los tribunales de justicia y que sólo se encuentra objetivada en medidas especialmente intrusivas como puede ser la instalación de programas informáticos espía, a través de la enumeración de los delitos en los que podrá ser aplicada. A diferencia de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando regula los principios generales aplicables a las medidas de investigación tecnológica y nos proporciona una referencia más concreta sobre el equilibrio de intereses en juego y la proporcionalidad que deba aplicarse. Así, el artículo 588 bis.a) determina que sólo se considerarán proporcionaladas «cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros». Para la ponderación de los intereses en conflicto, «la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho». Las consideraciones recogidas en este precepto trasladan al texto legal la línea que la jurisprudencia ha venido manteniendo en la definición de la proporcionalidad que se requiere para la adopción de cualquier medida de investigación que vulnere un derecho fundamental. Y es algo que se hace de manera clara y adecuada. Tal y como apunta GÓMEZ-COLOMER, «los únicos criterios para decidir si estamos ante una medida proporcionada ya no son sólo la gravedad del hecho ni la trascendencia social del mismo, sino que se aumentan y adaptan mejor a la realidad»⁵⁶.

⁵⁵ Con relación a la regulación que se efectúa sobre el secreto profesional en diferentes ordenamientos jurídicos, puede consultarse la referencia que efectúan HERNÁNDEZ OROZCO/SANTOYO CASTRO al respecto (HERNÁNDEZ OROZCO /SANTOYO CASTRO, *Deontología jurídica del periodismo. Ética y responsabilidad legal*, 2011, p. 187 ss.) Igualmente, pude consultarse la mención de VILLANUEVA a la regulación -normativa o jurisprudencial- del secreto profesional como absoluto, cuasiabsoluto o limitado (VILLANUEVA, *Derecho comparado de la información*, pp. 583-584).

⁵⁶ GÓMEZ COLOMER, *La contracción del Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 322.

El problema con el que se puede encontrar el Reglamento europeo en su aplicación, así como la propia normativa interna, es que las pautas establecidas con vistas a la aplicación de las medidas referidas se apoyan en consideraciones relativas al interés general y a la debida proporcionalidad, con lo cual su aplicación se enfrentará probablemente con los mismos obstáculos que han impedido la vigencia real de las previsiones establecidas en el Convenio Europeo de 1950, a saber, una interpretación en exceso rigorista y favorable a la libertad de información por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que utiliza la ausencia de proporcionalidad como argumento principal para desarmar la argumentación –en ocasiones fundamentada– empleada por determinados tribunales nacionales –véase, por ejemplo, el caso *Ressiot*⁵⁷. Ahora bien, y recuperando las preguntas formuladas en el aparato introductorio del presente trabajo, ¿hasta qué punto el derecho principal a proporcionar de manera libre información veraz y el derecho instrumental a no revelar las fuentes empleadas deben prevalecer sobre el principio de reserva de las actuaciones judiciales que se desarrollan en fase de instrucción? El eventual daño ocasionado a la investigación y a quien, siendo «investigado», puede ser absuelto en este momento inicial del procedimiento, ¿no merece ser situado en primer término frente al secreto profesional en el ejercicio de la labor periodística? ¿Debería tener prevalencia la función de los tribunales de preservar la ley y el orden frente al secreto profesional? En mi opinión, para poder resolver estos interrogantes es necesario remontarnos al análisis del bien jurídico protegido por el derecho a la libertad de información, y determinar si todo contenido expresado en los medios de comunicación es susceptible de amparo jurídico.

A este respecto, URÍAS pone de manifiesto la vinculación entre la libertad de opinión y aquellos contenidos que tengan algún tipo de relación con el funcionamiento de una sociedad democrática, de manera que permitan la generación de una opinión pública libre como «condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático». O, dicho en otras palabras, el objetivo constitucional de la protección de la libre expresión «es asegurar el derecho a opinar sobre cómo funciona la sociedad». Estas consideraciones pueden ser igualmente aplicables al derecho a la información, si tenemos en cuenta que «la transmisión de informaciones es posiblemente la manifestación de la comunicación con más trascendencia política y social. Está directamente relacionado con la existencia de un flujo comunicativo que permite a la ciudadanía acceder al conocimiento de hechos trascendentales que merece ser garantizado. La existencia misma de un sistema democrático exige que la ciudadanía pueda tener conocimiento de lo que sucede en la sociedad, en especial en lo que atañe a la gestión pública», ya que «solo a partir del acceso libre a la

⁵⁷ En este sentido, pronunciamientos como el emitido por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8) el 10 de septiembre de 2021, en referencia a la solicitud que se efectúa en el recurso acerca de la obtención de las fuentes de conocimiento periodísticas, subrayan su confidencialidad al amparo de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos, «que ha tenido al secreto profesional del periodista (derecho a no revelar sus fuentes, reconocido además en el art. 20 C.E.), como garantía básica y piedra angular que sustenta el derecho a la libertad de información. Garantía de reserva de las fuentes periodísticas que, sin distinción, determina que pueda considerarse como quasi absoluta, que únicamente podría ceder (a la luz de las restricciones que el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su art. 10 conforme a la interpretación que efectúa el TEDH) en supuestos excepcionales o de suma gravedad o serio compromiso de orden público» (AAP B 9636/2021 - ECLI:ES:APB:2021:9636A).

información sobre los hechos con trascendencia social, pueden los ciudadanos ejercer tanto la facultad de control sobre los gestores públicos como el derecho al voto»⁵⁸.

Las consideraciones mencionadas nos llevan a concluir que el derecho a la libertad de información requiere, para ser protegido, que las noticias publicadas tengan algún tipo de utilidad que contribuya al buen funcionamiento de la sociedad y al ejercicio adecuado de la ciudadanía por los individuos particulares. Se trata ésta de una idea que se enmarca en el tradicional debate sostenido sobre el fundamento de la protección ofrecida a este derecho, principalmente en el ámbito norteamericano y con relación a la primera Enmienda. Así, se han planteado teorías que abogan por permitir una libertad de expresión absoluta, en un «mercado de ideas» en el que sea el propio ciudadano quien compare la información recibida para llegar a sus propias conclusiones. Frente a ello surgen voces discrepantes, partidarias de limitar la libertad de expresión cuando el contenido de la información o de la opinión no sirva para resolver los problemas que afectan a la comunidad social. Lo cual nos conduce a pensar que «el derecho a la libertad de expresión ofrece diferentes tipos de protección según la clase de expresión que se exteriorice»⁵⁹. Esta es la línea a seguir, ya que-en mi opinión- no es posible desligar el contenido del proceso penal que se esté desarrollando, y por tanto el contenido de la información publicada, de la eventual protección que se pueda ofrecer al periodista en la aplicación del secreto profesional. Sólo en el caso de que tal contenido presente interés público en el sentido mencionado, será posible argumentar en favor del derecho a la libertad de información y a no revelar las fuentes empleadas. En el resto de casos, no existirá una base razonable para evitar el funcionamiento ordinario de la declaración testifical del periodista o de cualquier otra medida de investigación que se pueda aplicar sobre el mismo.

El criterio de interés público como pauta para medir la legitimidad de la información publicada y el merecimiento de una protección reforzada en lo que respecta a la confidencialidad de las fuentes, no resultará sencillo de aplicar, debido a la existencia de espacios dudosos, en los que la pauta deberá ser establecida por los tribunales de justicia, caso por caso. Tal y como reconoce POSETTI, «la idea de aplicar un "test de interés público" para medir la validez de una actuación periodística en lo que respecta a la protección de las fuentes es compleja». Sobre todo porque

⁵⁸ URÍAS, «De qué diantres hablamos, cuando hablamos de libertad de expresión», en RÍOS VEGA /SPIGNO (dir.), *Los derechos fundamentales en el siglo XXI*, ed. Tirant lo Blanch, 2021, p. 9 y 21. Es de reseñar el desarrollo que efectúa este autor a la hora de diferenciar, dentro de la libertad de expresión en sentido general, tres elementos diferenciados: libertad de información, libertad de opinión –o libertad de expresión en sentido estricto- y libertad de creación. Véase igualmente al respecto las consideraciones efectuadas por PAUNER, *Derecho de la información*, ed. Tirant lo Blanch, 2014, p. 22.

⁵⁹ SABA, *Libertad de expresión: un ideal en disputa. Estudio preliminar*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2020. Sobre las diferentes posiciones adoptadas para determinar el ámbito de protección ofrecido por el derecho a la libertad de expresión y de información, en el ámbito de la primera emienda estadounidense, puede consultarse el contenido de las obras de MEIKLEJOHN (*Free Speech and its relation to self-government*, Harper-Brothers publishers, New York, 1948), KAUPER («Meiklejohn: political freedom», *Michigan Law Review*, Vol. 58, núm. 4, 1960, pp. 619-628), CARROL («The violence of free speech and press metaphors», *Washington and Lee Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2024, pp. 87-168) o CALVERT («Meiklejohn, Monica & Mutilation of the thinking process», *Pepperdine Law Review*, vol. 26, núm. 1, 1998, pp. 37-59). Véase igualmente, por su interés, MARCIANI BURGOS («La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos», *Pensamiento Constitucional* Vol. 11, núm. 11, 2005, pp. 352-378), SÁNCHEZ GONZÁLEZ («Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón», *Revista de Administración Pública* núm. 27, Enero-abril 1992, pp. 45-83) o POST («El Estado frente a la libertad de expresión», ed. Colección de Ciencias Jurídicas. Yale Law School-Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 2011).

una prueba de interés público presenta un peligro potencial, especialmente cuando el elemento de interés público no está claro, y cuando los jueces podrían utilizar una interpretación restrictiva del "periodismo de interés público" para exigir la revelación de fuentes mientras intentan navegar en el espacio intermedio que existe entre las fuentes confidenciales sobre los chismes de los famosos y la revelación de una corrupción gubernamental». Sobre esta idea, es interesante comprobar cómo los propios periodistas son partidarios de establecer límites en la protección de las fuentes - y del derecho a la información- en atención al interés público de la noticia. Así, y según recoge POSETTI, un ex redactor jefe de The Guardian sostiene que algunos actos periodísticos no deberían gozar del privilegio de la protección de la fuente. «Si todo lo que están haciendo -se pregunta- es recoger la información sobre la vida sexual de los futbolistas, ¿por qué debería haber protección para eso?», pregunta⁶⁰.

En conclusión, para poder contar con una protección constitucional que se proyecte a la confidencialidad de las fuentes, la información judicial publicada debe tener un interés público que sirva para formar de manera trascendente la opinión del ciudadano. Fuera de estos casos, no existirá protección que valga, excluyéndose con claridad aquellos supuestos en los que se publican noticias en asuntos no trascendentales cuyo conocimiento responda a razones de morbo o espectáculo. Ahora bien, sentada esta base, deberíamos preguntarnos hasta qué punto un conocimiento como el mencionado -de interés público, trascendente en la formación de una opinión ciudadana de utilidad social- puede proporcionarse con garantías en la primera fase del proceso penal, cuyo objetivo último no es otro que proporcionar de manera provisional elementos suficientes para formular la acusación y plantear la defensa. Sobre esta cuestión, autores como GÓMEZ-REINO Y CARNOTTA plantean la posibilidad de ofrecer una respuesta diferente en función de la fase del proceso en la que nos encontramos. Así, sostiene que «la ponderación y eventual sacrificio de unos y otros derechos debe ser distinta según la fase del procedimiento penal. En fase sumarial o instructora, el conflicto es menor, pudiendo prevalecer, normalmente, el secreto profesional sobre el interés de la justicia. En cambio, en la oral o plenaria, la presunción de inocencia y el derecho de defensa (art. 24 2 CE), exigen en favor del acusado el máximo de pruebas posibles (el artículo 24 reconoce también el derecho a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa) y, en consecuencia, puede existir en determinados casos, un interés mayor en la revelación de las fuentes de información»⁶¹. Esta interpretación, basada en consideraciones finalistas de utilidad probatoria, no es compartida por SAN MIGUEL, quien considera que «que se apreciará un mayor grado de intensidad en la fase de instrucción que en la fase de juicio», y ello por tres razones fundamentales: «en primer lugar, al encontrarse la investigación bajo secreto sumarial, todas aquellas informaciones que contengan datos de carácter reservado incurrirán en los delitos descritos con anterioridad. En segundo lugar, la difusión de esa información puede influir, de forma negativa, en el curso de la investigación judicial y afectar al normal desarrollo del proceso. En tercer lugar, la publicación de información reservada originará, desde la perspectiva que nos ocupa, un proceso paralelo que supondrá una merma en las garantías procesales del sujeto, por lo que, la ponderación de ambos derechos fundamentales cobrará mayor virtualidad en la fase inicial por el carácter secreto de sus actuaciones»⁶². Estas razones, que comparto, deben complementarse con un

⁶⁰ POSETTI, *Protecting Journalism Sources in the digital age*, UNESCO Series of Internet Freedom, 2017, p. 123.

⁶¹ GÓMEZ-REINO Y CARNOTTA, Enrique, «El secreto profesional de los periodistas», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, Enero-Diciembre 1983, pp. 628-629.

⁶² SAN MIGUEL CASO, *De los juicios paralelos en la Sociedad Global de la Información, Problemas y soluciones*, 2023, p. 136.

cuarto argumento relacionado con la propia naturaleza de la fase de instrucción procesal. Planteada como base del derecho a la información la existencia de un interés público en que los ciudadanos adquieran un conocimiento de utilidad social –de utilidad en el desarrollo social y comunitario-, tal interés no puede verse satisfecho de manera adecuada cuando la publicación se refiere al contenido de la fase de instrucción procesal. Se trata de actuaciones que anteceden al juicio oral, encaminadas a la averiguación del delito e identificación del delincuente, que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, y «cuya finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio oral proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa» (STC 141/2001, de 18 de junio). Actuaciones que presentan un grado de provisionalidad que en ningún caso pueden servir para formar la opinión de los ciudadanos en torno a supuestos específicos y que, por tanto, no presentarán el interés público requerido para legitimar, justificar y admitir su publicación a través de los medios de comunicación. La filtración de información perteneciente a la fase de instrucción del proceso penal no contribuye, aun siendo cierta, a la generación de un conocimiento fiable sobre los hechos y la valoración que se pueda hacer sobre ellos en sede judicial. Investigados que pueden ser absueltos, documentos cuya apreciación adquiere un sentido diferente en la sentencia que se dicte, declaraciones cuya fiabilidad se ve disminuida cuando son sometidas a contradicción en juicio o, en último término, determinación de la verdad judicial por el órgano que emite la sentencia definitiva, son elementos que han de tenerse en cuenta para considerar que cualquier información que se publique en sede de instrucción no es merecedora de la protección que el interés público proporciona a la libertad de prensa, y por extensión, a la confidencialidad de las fuentes.

4. Conclusiones

Las filtraciones que se producen en el marco de una investigación penal determinan la publicación de información judicial reservada en los medios de comunicación prácticamente de una manera simultánea a las medidas adoptadas. A menudo, el contenido de las diligencias de investigación practicadas o elementos confidenciales que se insertan en el desarrollo de la fase de instrucción son publicadas en la prensa, generándose con ello un perjuicio relevante en lo que respecta a la investigación en curso y a los derechos fundamentales de los sujetos investigados. Frente a ello, dado que la propia filtración constituye un delito tipificado en el Código Penal a través de las diferentes figuras relacionadas con la revelación de secretos, cabe iniciar un proceso penal con el fin de identificar a los sujetos autores de la misma; actuación judicial en la que resultará difícil obtener evidencias probatorias y en la que las diligencias practicadas sobre los periodistas o medios que comunicación que publican la noticia presentará un carácter relevante. El principal obstáculo vendrá determinado por el reconocimiento del derecho a no revelar las fuentes de información, situado por el artículo 20 de la Constitución en el marco del derecho a la libertad de información. Se trata de un derecho no regulado de manera específica -a pesar de la exigencia recogida en el propio texto constitucional- que es objeto de un desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional así como por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tanto uno como otro toman como base la Convención Europea de derechos humanos, en la que el reconocimiento explícito del derecho a la libertad de información se ve acompañado por un reconocimiento igualmente explícito en torno a la posibilidad de someter su ejercicio «a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática» para salvaguardar determinados intereses jurídicos, entre los que se encuentra la prevención del delito o la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina es asumida por el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado sobre tales limitaciones, desarrollando una jurisprudencia consolidada de naturaleza restrictiva en la que se subraya la necesidad de respetar, en la adopción de eventuales medidas de investigación, los principios de legalidad, necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, rectificando en numerosas ocasiones la admisión de medidas por parte de los tribunales nacionales y concediendo un escaso margen de maniobra en la investigación penal sobre las filtraciones producidas. Todo ello determina que resulte notoriamente difícil obtener resultados y establecer responsabilidades penales para quien, vulnerando la legalidad, traslada información reservada a los medios de comunicación.

Así las cosas, y al margen de propuestas normativas internas que no han llegado a ver la luz, en 2024 se aprueba un Reglamento Europeo en el que se recoge expresamente la posibilidad de limitar el derecho a no revelar las fuentes de información a través de una enumeración explícita de medidas, entre las que se incluye la posibilidad de obligar al periodista o medio de comunicación a revelar las fuentes empleadas, así como a interceptar, inspeccionar, vigilar o detener al periodista, añadiendo a ello la posibilidad de instalar programas informáticos de vigilancia intrusiva con el fin de obtener información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales. Esto es, en un precepto -artículo 4- referido a los derechos de los prestadores de servicios de medios de comunicación, en el que se reconoce que tales derechos no presentan un carácter absoluto y se establece de manera expresa la posibilidad de establecer medidas de investigación que limiten su contenido. Se trata de una novedad relevante, por cuanto supone un reconocimiento explícito y detallado de medidas específicas que limitan derechos fundamentales con el objetivo de descubrir la fuente que posibilita la publicación de la información. Y junto a ello, por cuanto describe de la misma manera las condiciones en las que deben ser adoptadas.

Ahora bien, con relación a ello es preciso tener en cuenta una serie de cuestiones. En primer lugar, que el Reglamento incluye previsiones cuya admisión resulta cuando menos cuestionable, si no rechazable. Así, contempla en primer término la opción de detener a un periodista con el objetivo de obtener información sobre la fuente. Junto a ello, en segundo término, recoge igualmente la opción de instalar programas informáticos de vigilancia intrusiva en dispositivos utilizados por el periodista cuando la investigación penal tenga por objetivo determinados delitos (enumerados en el artículo 2.2 de la Decisión Marco que regula la orden de detención europea) que sean punibles en el Estado miembro de que se trate con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de una duración máxima de al menos tres años; o –en segundo lugar- de «otros delitos graves punibles en el Estado miembro de que se trate con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad con una duración máxima de al menos cinco años, según determine el Derecho de dicho Estado miembro». La enumeración de delitos establecida, entre los que no cabe incluir la revelación de secretos, y el hecho de que el Reglamento limite tal posibilidad a un ámbito de especial gravedad delictual, llevan a la conclusión de que no será posible utilizar esta medida intrusiva en la investigación de filtraciones judiciales. De la misma manera, en el ámbito de la legislación interna, tampoco será posible la instalación de un software que permita el examen remoto y telemático de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático o instrumento de almacenamiento masivo de datos con el fin de identificar a la fuente periodística al amparo del artículo 588 septies de la LECRim. aun a pesar de que este precepto lo permite en delitos «cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier

tecnología de la información o la telecomunicación», si tenemos en cuenta que el principio de proporcionalidad aconseja excluir de su ámbito de aplicación la criminalidad de menor gravedad.

En segundo lugar es preciso tener en cuenta que el Reglamento no aporta elementos específicos que sirvan para complementar, aclarar y concretar la aplicación del principio de proporcionalidad en la adopción de medidas que restrinjan el derecho a la confidencialidad de las fuentes. Lo cual nos llevará de nuevo a la interpretación que la jurisprudencia del TEDH y TC vienen aplicando con relación al artículo 10 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos, excluyente en la mayoría de los casos de cualquier diligencia que sirva en la investigación de las filtraciones judiciales. Si queremos evitar que las previsiones normativas queden en papel mojado, y posibilitar la práctica de las medidas mencionadas, deberemos remontarnos al análisis sobre el bien jurídico protegido por el derecho a la libertad de información y determinar si todo contenido expresado por los medios de comunicación es susceptible de amparo jurídico. Para poder contar con una protección constitucional que se proyecte a la confidencialidad de las fuentes, la información publicada debe tener un interés público que sirva para formar de manera trascendente la opinión del ciudadano. Fuera de estos casos, no habrá protección que valga. Junto a ello, debemos dejar sentado que el conocimiento proporcionado no tendrá solvencia y fiabilidad cuando proceda de la fase de instrucción, ya que el objetivo de la misma no es la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios para la acusación y la defensa. Todo ello nos conduca a considerar que la protección del derecho a la información, y de la confidencialidad de las fuentes, no será aplicable en aquellos casos en los que un órgano judicial investigue las filtraciones producidas en la investigación criminal con el fin de determinar la responsabilidad penal de la fuente. Y que por ello será posible desarrollar de manera ordinaria, y sin cortapisas, las diligencias previstas en la LECRim. al efecto.

5. Bibliografía

- ABAD ALCALÁ, Leopoldo. «Sobre la regulación del secreto profesional de los periodistas», *Cuadernos de Periodistas*, número 44, 2022, pp. 79-92.
- ASENCIO MELLADO, Jose María. «La infracción del derecho al honor por los medios de comunicación información ilícita alguna, vulneradora de derechos de terceros y que se avale o legalice por la vigencia exclusiva y preferente de un derecho frente a otros también fundamentales», en GÓMEZ COLOMER (dir.) *Tratados sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 473 ss.
- AZURMENDI, Ana. «Corte Europea de Derechos Humanos. Valor de sus sentencias», en Villanueva, Ernesto/ González, Hilda Nucci (coord.), *Diccionario Enciclopédico de Derecho de la Información, Tomo I*, Ius Literatus, México, 2019, pp. 297-304.
- AZURMENDI, Ana. «Derecho a la información y administración de Justicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, septiembre-diciembre 2005, pp. 135-178.
- AZURMENDI, Ana. «Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1999): cuarenta años de jurisprudencia sobre el derecho a la información», *Comunicación y Sociedad*, vol. XIII, núm. 1, 2000, pp. 7-36.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. «Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», *Boletín del Ministerio de Justicia* núm. 2195, Enero de 2017, p. 3 ss.

- BARRERO ORTEGA, Abraham. *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- CARROL, Erin C. «The violence of free speech and press metaphors», *Washington and Lee Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2024, pp. 87-168.
- CEBRIÁN, Juan Luis. *El secreto profesional de los periodistas*, Madrid, ed. Centro de Estudios constitucionales, 1988.
- CALVERT, Clay. «Meiklejohn, Monica & Mutilation of the thinking process», *Pepperdine Law Review*, vol. 26, núm. 1, 1998, pp. 37-59.
- DE CARRERAS SERRA, Lluís. *Las normas jurídicas de los periodistas. Derecho español de la información*, ed. Uoc, 2008, p. 336).
- DENIS, Löic. «La protection des sources journalistiques», *Revue Juridique de l'Ouest* 2003/3, pp. 255-282.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. *El secreto profesional de los informadores*, ed. Tecnos, madrid, 1990.
- FRANCILLON, Jacques. *Liberté d'expression. Protection des sources des journalistes*, DALLOZ, 2014.
- GARCÍA-ROMERO, Beatriz. *Del Whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- GIL GONZÁLEZ, Juan Carlos/CONTRERAS, Fernando R.. *Ética y deontología en el periodismo contemporáneo*, ed. Tirant lo Blanch, 2022.
- GÓMEZ-COLOMER, Juan Luis. *La contracción del Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTTA, Enrique. «El secreto profesional de los periodistas», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, Enero-Diciembre 1983, p. 611 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. «El uso de las nuevas tecnologías en la investigación de delitos de terrorismo», en ALONSO/CUERDA/FERNÁNDEZ (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 543 ss.
- HERNÁNDEZ OROZCO, Horacio Armando/SANTOYO CASTRO, E. Alejandro. *Deontología jurídica del periodismo. Ética y responsabilidad legal*, ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- ESPÍN, Eduardo. «Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información», en *Derecho Constitucional, volumen I*, ed. Tirant lo Blanch, 9^a edición, 2013, p. 255 ss.
- KAUPER, Paul. «Meiklejohn: political freedom», *Michigan Law Review*, Vol. 58, núm. 4, 1960, pp. 619-628.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. «El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informáticos», en DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel/ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada (dir.), *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 135 ss.
- MARCIANI BURGOS, Betzabé. «La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos», *Pensamiento Constitucional* Vol. 11, núm. 11, 2005, pp. 352-378.
- MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and its relation to self-government*, Harper-Brothers publishers, New York, 1948.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III. Proceso penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2019.
- OCÁRIZ, Matías. «Los límites para el análisis de información contenida en dispositivos de almacenamiento digital en las investigaciones penales. La aplicación de la plain view doctrine. El privilegio defensivo y el secreto profesional», en DUPUY, Daniela, *Tratado internacional sobre procedimiento criminal, transnacional y digital*, ed. Tirant lo Blanch, 2025, p. 299 ss.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David. *El derecho a la comunicación. Un análisis jurídico-periodístico*, ed. Universitaria Ramón Areces/Universidad Rey Juan Carlos, 2017.
- OVEJERO PUENTE, Ana M.^a. «La presunción de inocencia», en BUSTOS/FERNÁNDEZ DE FRUTOS/FOSSAS (dir.) *La protección jurisdiccional de los derechos*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 449 ss.
- PAUNER CHUVI, Cristina. *Derecho de la información*, ed. Tirant lo Blanch, 2014.

PAUNER CHUVI, Cristina. «La protección de las fuentes periodísticas en la era digital y el impulso regulatorio de la Unión Europea», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 54, 2024, pp. 189-216.

POSETTI, Julia. *Protecting Journalism Sources in the digital age*, UNESCO Series of Internet Freedom, 2017.

POST, Robert C. *El Estado frente a la libertad de expresión*, ed. Colección de Ciencias Jurídicas. Yale Law School-Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 2011.

PRAT WESTERLINDH, Carlos. *Relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación. Los juicios paralelos*, ed. Tirant lo Blanch, 2013.

RIAÑO BRUN, Iñaki. «Los derechos del investigado frente al principio de publicidad y el derecho a la información», en RICHARD/RIAÑO *Derechos y defensas del investigado en el proceso penal*, 2022, Ed. Aranzadi.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, ed. La Ley. Wolters Kluwer, 2017.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. «El examen de testigos y peritos en el Anteproyecto de LECrime. de 2020, en *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020* JIMÉNEZ CONDE, Fernando/FUENTES SORIANO, Olga (dir.), ed. Tirant lo Blanch/Fundación Manuel Serra Domínguez/Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, 2022, p. 679 ss.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. «Los whistleblowers y su protección legal en Portugal: del *Law in books* al *Law in action* a partir de la Ley 93/2021, *Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* n.º 10, ed. Tirant lo Blanch, 2024, p. 123 ss.

SABA, Roberto. *Libertad de expresión: un ideal en disputa. Estudio preliminar*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2020.

SAN MIGUEL CASO, Cristina. *Los juicios paralelos en la Sociedad Global de la Información, Problemas y soluciones. Capítulo III. Del principio de publicidad procesal al principio de publicación del proceso*, ed. Tirant lo Blanch, 2023.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. «Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón», *Revista de Administración Pública* núm. 27, Enero-abril 1992, pp- 45-83.

SERRANO MAÍLLO, Isabel. «Libertad de expresión y derecho a la información», en *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales -coord. Sánchez González, Santiago-*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 273 ss.

URÍAS, Joaquín. «De qué diantres hablamos, cuando hablamos de libertad de expresión», en RÍOS VEGA, Luis Efrén/SPIGNO, Irene (dir.), *Los derechos fundamentales en el siglo XXI*, ed. Tirant lo Blanch, 2021, p. 3 ss.

VELASCO NUÑEZ/ SANCHÍS CRESPO. *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, 2019

VILLANUEVA, Ernesto. *Derecho comparado de la información*, ed. Universidad iberoamericana/fundación konrad adenauer, México, 2002.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Las libertades de opinión y de información*, ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1992.